

Jurisprudence étrangère

PAR JULIEN JEANNENEY

Éternel intérim – Le Tribunal constitutionnel espagnol voué aux gémonies

Tribunal constitutionnel espagnol, assemblée plénière,
2 octobre 2023, n° 128/2023

Mots clés : inertie institutionnelle, intérim, prorogation, conflits entre institutions, stratégies institutionnelles, politisation de la justice constitutionnelle, interférence du juge constitutionnel dans la procédure parlementaire, communication du juge constitutionnel, influences supranationales

1. L'indépendance judiciaire ne serait-elle plus en Espagne qu'une vaine formule ? L'image des juridictions, apparemment mues par des mobiles politiques, paraît s'y dégrader. Du côté des juges de première instance ou d'appel, on n'hésite plus, dans la motivation de jugements comme sur les réseaux sociaux, à prendre des positions idéologiquement marquées¹. Au Tribunal suprême, organe juridictionnel le plus élevé du pays, sauf pour ce qui concerne les questions constitutionnelles, la singulière sévérité des jugements rendus à l'encontre de leaders indépendantistes catalans, accusés notamment de sédition², en méconnaissance de prescriptions de la Cour de justice de l'Union européenne³, nourrit un sentiment de captation politique de la fonction juridictionnelle. Le Tribunal constitutionnel même prend figure d'un organe où les exigences de neutralité et d'impartialité habituellement attachées à la fonction juridictionnelle ont perdu leur sens. Ses membres se soumettent à une discipline partisane habituellement réservée aux assemblées parlementaires⁴. Un bloc progressiste s'y oppose aujourd'hui à un bloc conservateur, au gré de votes et de raisonnements apparemment empreints de stratégies politiques⁵. Par quoi se comprennent les blâmes qui lui sont régulièrement adressés.

À cette tendance protéiforme, on ne saurait trouver de cause unique. Il est néanmoins devenu courant d'imputer certaines de ces déviations institutionnelles à l'organe directeur de la magistrature espagnole, toujours soupçonné de faire le jeu d'intérêts partisans –, voire de s'apparenter à un groupe d'influence au sein

même de l'État⁶ : le Conseil général du pouvoir judiciaire. C'est l'effet d'un hiatus pérenne, depuis près d'un demi-siècle, entre les nobles ambitions assignées à cette institution et les conséquences funestes des règles supposées les concrétiser. Ainsi se comprend que, depuis sa fondation, le Conseil général du pouvoir judiciaire – comparable à plusieurs égards au Conseil supérieur de la magistrature français – suscite critiques et controverses⁷.

La Constitution de 1978 en fait l'« organe de gouvernement [du pouvoir judiciaire]⁸ ». Le Tribunal constitutionnel en déduit que l'exercice de ses pouvoirs doit tendre à la garantie de l'indépendance du pouvoir judiciaire⁹. La Constitution délimite partiellement ses compétences en renvoyant à une loi organique le soin de définir – selon des modalités vouées à évoluer au cours du temps¹⁰ – les fonctions de ses membres, « en particulier en ce qui concerne les nominations, les promotions, les inspections et le régime disciplinaire [des juges et magistrats]¹¹ » – autant de tâches qui relevaient, sous le régime franquiste, du ministère de la Justice. La Constitution habilite expressément le Conseil général du pouvoir judiciaire à proposer au roi la nomination de deux membres du Tribunal constitutionnel¹², ainsi que celle du président du Tribunal suprême¹³. En pratique, la compétence royale est liée : son titulaire ne saurait s'opposer aux choix de l'institution¹⁴. Dès la première loi organique adoptée à son propos, cette liste de compétences se trouve étendue, dans l'ordre notamment de l'édiction de règles relatives à l'organisation des juridictions, de la préparation de rapports sur l'état de ces dernières et de la rédaction de projets de normes relatifs au pouvoir judiciaire¹⁵.

À l'aune des responsabilités ainsi confiées à cet organe, on comprend que la détermination de la composition et des conditions de nomination de ses membres soit, dès l'origine, perçue comme épineuse. La Constitution, sur ce point, est le fruit d'un « compromis dilatoire¹⁶ » partiel – situation dans laquelle les

(1) V., J. Urías, « Spain has a problem with its judiciary », *Verfassungsblog*, 15 janv. 2020.

(2) V., A. Sfez, « Catalogne : une indignation compréhensible », *Blog Juspoliticum*, 29 oct. 2019.

(3) V., J. Solanes Mullor, « Spain, Judicial Independence, and Judges' Freedom of Expression : Missing an Opportunity to Leverage the European Constitutional Shift ? », *European Constitutional Law Review*, vol. 19, 2023, p. 271-293, p. 281-282.

(4) V. P. Rodríguez-Patrón, « Función y utilidad : un acercamiento al problema de la politización del Tribunal Constitucional », *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 49, 2022, p. 269-291, p. 269-286 ; J. Vázquez, « Le Tribunal constitutionnel espagnol : chronique d'une crise de crédibilité », *Blog Juspoliticum*, 26 janv. 2023.

(5) V., R. Paour, *Le pouvoir des cours constitutionnelles. Analyse stratégique des cas espagnol, français et italien*, Société de législation comparée, 2023.

(6) V., X. Vidal-Folch, « Groupes de pression dans l'Espagne actuelle », *Pouvoirs* 2008, vol. 124, p. 63 s., spéc. p. 83.

(7) V. E. Pedraz Penalva (dir.), *El gobierno de la justicia. El Consejo General del Poder Judicial*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1996 ; E. Arnaldo Alcubilla, « Le fonctionnement du pouvoir judiciaire », in T.-S. Renoux (dir.), *Les conseils supérieurs de la magistrature en Europe*, Doc. fr., 1999, p. 191-200 ; P. Bon, « Administration et fonctionnement de la justice en Espagne », *Annuaire européen d'administration publique*, 1991, p. 17-43 ; id., « Indépendants et responsables ? Note sur la situation constitutionnelle des juges espagnols », *Cah. Cons. constit.* 2003, vol. 14, p. 90-96.

(8) Constitution espagnole de 1978, art. 122, al. 2.

(9) Tribunal constitutionnel espagnol, n° 191/2016, 15 nov. 2016 [« Fondements juridiques », 5.].

(10) V., Luis López Guerra, « Consejo General del Poder Judicial y política de la justicia en España », *Derecho PUCP*, vol. 55, 2002, p. 7-25, p. 7-20 ; I. Sánchez Barrios, « El Consejo General del Poder Judicial y la selección y formación de jueces y magistrados », in *La administración de justicia en España y en América*. Liber Amicorum José Martín Ostos, Séville, Astigi, 2021, p. 1785-1806.

(11) *Ibid.*

(12) Constitution espagnole de 1978, art. 159, al. 1^{er}.

(13) Constitution espagnole de 1978, art. 123, al. 2.

(14) V. P. Pérez Tremps, *Sistema de Justicia Constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, 2019, p. 43.

(15) Loi organique espagnole n° 1/1980, 10 janv. 1980, « sur le Conseil général du pouvoir judiciaire », art. 2-5 ; loi organique espagnole n° 6/1985, 1^{er} juill. 1985, « sur le pouvoir judiciaire », art. 107-110.

(16) V., C. Schmitt, *Théorie de la Constitution* [1928], PUF, coll. « Quadrige », 2008, p. 159-166, p. 257.

forces politiques rédigeant un ensemble d'énoncés normatifs, parce qu'elles ne sont pas d'accord sur une question, s'accordent pour la laisser irrésolue, dans l'espoir qu'elle sera plus aisément réglée ultérieurement. Elle ne trace en la matière qu'une partie du chemin. Elle confie sa présidence *ex officio* au président du Tribunal suprême¹⁷. Elle fixe à vingt, en outre, le nombre de ses membres – communément qualifiés de *vocales*. Ces derniers doivent être nommés par le roi pour une période de cinq ans – par décret contresigné par le ministre de la Justice, sur proposition d'autres organes, selon la loi organique¹⁸. Une volonté de prémunir l'institution d'un excès de corporatisme et d'endogamie¹⁹ conduit à imposer en son sein une répartition d'ordre professionnel : d'un côté, huit candidats doivent être choisis « parmi des avocats et autres juristes dont la compétence est reconnue et qui exercent leur profession depuis plus de quinze ans » ; de l'autre, douze candidats doivent l'être « parmi les juges et les magistrats de toutes les catégories judiciaires » – les seconds étant habituellement plus avancés dans la carrière que les premiers²⁰. Ces deux groupes sont soumis à des régimes de sélection distincts. La Constitution ne prescrit une procédure que pour les premiers : ils doivent être proposés au roi à parts égales par le Congrès des députés et par le Sénat, chaque fois au terme d'un vote à la majorité qualifiée des trois cinquièmes des membres de l'assemblée concernée²¹.

En confiant ces importants pouvoirs au Conseil général du pouvoir judiciaire tout en prévoyant une sélection parlementaire d'une partie de ses membres, la Constitution fait d'emblée naître un soupçon : le caractère politique de cet organe, dont les choix seraient guidés avant tout par les fidélités partisans et les préférences idéologiques de ses membres. Au fil du demi-siècle suivant, pratiques institutionnelles et réformes diverses échouent à dissiper cette impression collective. Cette dernière est singulièrement ravivée depuis décembre 2018. Le Conseil général du pouvoir judiciaire aurait dû être renouvelé – pour cinq ans – il y a cinq ans. Las, par l'effet de manœuvres stratégiques, de négociations inabouties et de réformes inefficaces, il ne l'a toujours pas été. Par quoi le droit constitutionnel espagnol donne à voir une configuration originale qui soulève des difficultés inattendues : un intérim sans fin.

Le Tribunal constitutionnel espagnol vient, le 2 octobre 2023, de prendre position sur la question dans une décision qui a suscité diverses critiques. Pour en prendre toute la mesure, il importe, avant d'étudier cette dernière, de rappeler les tâtonnements législatifs qui ont favorisé cet état de fait, de présenter les conditions dans lesquelles il s'est prolongé, et de mettre en perspective certaines de ses décisions antérieures, où les intérêts partisans de la majorité de ses membres semblent avoir été toujours servis.

Tâtonnements législatifs

2. L'histoire de l'encadrement législatif de la procédure de nomination au Conseil général du pouvoir judiciaire des douze membres choisis parmi les juges et magistrats est celle d'une succession de rendez-vous manqués. C'est le fruit d'une double tendance : d'un côté, de bonnes volontés qui s'attachent régulièrement à dépolitiser le pouvoir judiciaire et à évincer du processus de sélection des membres du Conseil général du pouvoir judiciaire les réflexes principalement partisans ; de l'autre, des pratiques politiques rémanentes qui continuent de faire obstacle à ce projet. Cette histoire est celle d'un long tâtonnement : une réforme après l'autre, les déceptions se succèdent, au fil de séquences où se manifestent naïvetés, idéalismes et incompréhensions.

3. La naïveté guide la préparation de la première loi organique vouée à concrétiser la Constitution en la matière, en 1980, par un Parlement à majorité centriste : elle consiste à croire qu'en confiant le choix de ces candidats au Conseil général du pouvoir judiciaire aux juges et magistrats – au scrutin personnel, égal, direct et secret²² –, on exclura la politique de la procédure. L'espoir est alors de tempérer les effets politiques de la nomination parlementaire des huit autres membres de l'institution. Dans le détail, les candidats doivent être soutenus soit par un nombre important de ces juges et magistrats, soit par une association professionnelle à laquelle appartiennent au moins quinze pour cent des juges et magistrats. Créations nouvelles, ces associations sont les seules entités où ils peuvent se réunir : la Constitution les y autorise, tout en prohibant leur adhésion aux partis politiques et aux syndicats²³.

Rapidement, cette ambition de dépolitisation de la procédure est tenue en échec. La seule association atteignant le seuil fixé par la loi organique est en effet l'Association professionnelle de la magistrature. Or cette dernière est très marquée à droite, comme l'essentiel de la magistrature. Cela découle partiellement d'un effet générationnel : à l'exception des plus jeunes d'entre eux, les juges espagnols ont alors mené l'essentiel de leur carrière professionnelle sous le régime franquiste – en soutien, bien souvent, de ce dernier²⁴. Ainsi la règle favorise substantiellement les candidats conservateurs. En attribuant ainsi aux juges et magistrats la sélection de ces candidats, cette première loi organique confère d'emblée – parce qu'ils sont majoritairement conservateurs –, une coloration politique au Conseil général du pouvoir judiciaire.

4. Une naïveté chasse l'autre. L'adoption d'une deuxième loi organique en 1985²⁵, cinq ans seulement après la première, résulte de l'alternance de novembre 1982 – la première dans l'histoire du régime. Forts d'une très large victoire dans les deux chambres du Parlement, les parlementaires socialistes retirent aux juges et magistrats la compétence de désignation des douze

(17) Constitution espagnole de 1978, art. 122, al. 3.

(18) Loi organique espagnole n° 6/1985, art. 111.

(19) V., I. Sánchez Barrios, *La elección de los miembros del CGPJ español y de sus homólogos europeos*, Valence, Tirant lo Blanch, 2009, p. 28.

(20) V. L. M. Díez-Picazo, « Le statut constitutionnel du pouvoir judiciaire. Rapport espagnol », in P. Bon (dir.), *Études de droit constitutionnel franco-espagnol*, Economica, 1994, p. 199-2014, p. 204 ; *id.*, « Le statut constitutionnel des juges du siège et du parquet. Espagne », *Annuaire international de justice constitutionnelle* 1995, vol. 11, 1996, p. 187-192.

(21) Constitution espagnole de 1978, art. 122, al. 3.

(22) Loi organique espagnole n° 1/1980, 10 janv. 1980, « sur le Conseil général du pouvoir judiciaire », art. 8, 12 et 13.

(23) Constitution espagnole de 1978, art. 127, al. 1^{er}.

(24) V., F. Fernández-Crehuet López, *Jueces bajo el franquismo. Once historias (y un nota sobre la depuración de los funcionarios judiciales)*, Grenade, Comares, coll. Historia, 2011 ; G. Sánchez Recio, *El estigma republicano de la magistratura. La depuración franquista de los jueces*, Alicante, Publicacions Universitat d'Alacant, 2020.

(25) Loi organique espagnole n° 6/1985, 1^{er} juill. 1985, « sur le pouvoir judiciaire ».

membres choisis parmi eux pour la confier aux deux chambres du Parlement. Par quoi ils unifient le processus de sélection des vingt membres du Conseil général du pouvoir judiciaire : la Constitution a déjà confié aux parlementaires le choix des huit membres sélectionnés parmi les avocats et juristes. Les parlementaires ont désormais tout loisir pour façonner la composition de cet organe – à l'exception de son président, toujours désigné par ses membres. De manière apparemment cohérente, cette loi organique réplique, pour ces douze membres, l'exigence imposée par la Constitution pour le choix des huit autres membres : eux aussi devront être soutenus, pour moitié au Congrès des députés, pour moitié au Sénat, par une majorité qualifiée des trois cinquièmes de leurs membres.

L'ambition qui préside à cette réforme est claire. Il ne s'agit pas de dépolitiser cette procédure de nomination ni le Conseil général du pouvoir judiciaire : il convient plutôt de les rééquilibrer politiquement. Le précédent système favorisait structurellement les candidats conservateurs. Le nouveau devra susciter l'émergence de toutes les sensibilités. Les promoteurs de la loi espèrent en outre que la légitimité de l'institution se trouvera accrue par la concentration au Parlement de la compétence de nomination de ses membres : dans cette démocratie encore récente, le retrait d'une compétence aux juges pour la confier aux parlementaires est destiné à recevoir, sous ce rapport, un accueil favorable²⁶.

L'adoption de cette loi fournit l'occasion au Tribunal constitutionnel de se prononcer, pour la première fois de son histoire, sur les nominations au Conseil général du pouvoir judiciaire. Il est saisi par les parlementaires du parti populaire – le principal parti conservateur espagnol –, ainsi que par ceux de la première promotion du Conseil général du pouvoir judiciaire, majoritairement conservatrice. Par deux décisions rendues au printemps puis pendant l'été 1986²⁷, il rejette leurs recours. Le Tribunal constitutionnel préserve la sphère de liberté du législateur organique. Il écarte en particulier le moyen tiré de ce que la Constitution, en prescrivant une procédure pour les huit membres élus par les parlementaires et non pour les douze membres choisis parmi les juges et magistrats, aurait imposé que les seconds ne soient pas choisis et nommés comme les premiers. En restant silencieuse sur la procédure relative aux seconds, la Constitution ne fait pas obstacle, selon lui, à ce que le législateur organique répète à leur propos ce qu'elle prescrit pour les premiers²⁸.

Le Tribunal ne s'en montre pas moins lucide sur certains périls de la procédure nouvelle, dans l'ordre de la politisation du Conseil général du pouvoir judiciaire. Il note, tout d'abord, qu'en confiant aux parlementaires le choix des huit membres choisis parmi les avocats et juristes, le constituant a entendu priver le gouvernement de ce choix – dans l'espoir que se trouverait ainsi réduite la menace d'une mainmise de ce dernier sur le pouvoir judiciaire, qui serait sinon nourri par des nominations et promotions en son sein²⁹. Il conteste ensuite l'hypothèse selon

laquelle le Conseil général du pouvoir judiciaire serait un organe représentatif : le principe constitutionnel d'indépendance des juges et des magistrats y faisant obstacle, le Conseil doit être conçu comme un organe de gouvernement du pouvoir judiciaire qui est garant de l'indépendance de ses membres³⁰. Il juge enfin que le nouveau système emporte un risque de politisation de la procédure de nomination qui serait « contraire à l'esprit de la règle constitutionnelle ». Le Tribunal note que ce constat pourrait pousser le législateur, plus tard, à le remplacer. Cela ne constitue cependant pas un motif suffisant à ses yeux pour déclarer la loi inconstitutionnelle. Il se montre rassuré sur ce point par l'exigence de majorité qualifiée désormais imposée pour toutes les nominations au Conseil général du pouvoir judiciaire : elle est supposée garantir la présence, en son sein, des différentes sensibilités constatées chez les juges et magistrats. Tout au plus affirme-t-il la nécessité de maintenir le pouvoir judiciaire en dehors des luttes partisans³¹.

Le vœu se révèle rapidement pieux. De nouveau en effet, ces nobles intentions sont déçues par la pratique : loin de réduire la politisation du processus de sélection des membres du Conseil général du pouvoir judiciaire, l'exigence de majorité qualifiée l'accroît substantiellement. Les parlementaires en neutralisent les vertus au gré d'un stratagème volontiers assimilé à une fraude à la Constitution³². Ils privilégient un système de quotas, ou d'allotissement des postes à proportion du poids respectif des groupes parlementaires – le terme italien *lottizzazione* est volontiers employé par la doctrine espagnole pour désigner cette tendance³³. Ils ne prévoient pas, en outre, de veto réciproque entre forces politiques – mécanisme qui inciterait les principaux groupes parlementaires à évincer les candidats qui, parce qu'ils tiendraient des positions extrêmes, risqueraient d'être bloqués par les autres groupes parlementaires importants³⁴. En résulte une tendance de chaque parti à choisir unilatéralement des candidats polarisés³⁵. Les majorités qualifiées sont ensuite constituées artificiellement, chaque groupe votant pour les autres, au terme d'un « rendez-vous aveugle » et « avec le nez bouché³⁶ », selon l'expression d'un responsable politique reprise à son compte par l'ancien président du Tribunal constitutionnel Pedro Cruz Villalón.

5. Ce double échec contribue à expliquer la lenteur de l'élaboration d'un consensus à la fin des années 1990³⁷. En procède

(26) V., E. A. Perdiguero Bautista, « Constitución y designación del Consejo General del Poder Judicial », in E. Pedraz Penalva (dir.), *El gobierno de la justicia. El Consejo General del Poder Judicial*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1996, p. 185-206.

(27) Tribunal constitutionnel espagnol, n° 45/1986, 17 avr. 1986 ; n° 108/1986, 29 juill. 1986. V. obs. P. Bon, F. Moderne, J. E. Soriano, *Annuaire international de justice constitutionnelle* 1986, vol. 2, 1988, p. 340-343 ; M. Fraile, in P. Bon, D. Maus (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2008, p. 589-598.

(28) Tribunal constitutionnel espagnol, n° 108/1986, 29 juill. 1986 [« Fondements juridiques », 12.].

(29) *Ibid.* [« Fondements juridiques », 7.].

(30) *Ibid.* [« Fondements juridiques », 9.].

(31) *Ibid.* [« Fondements juridiques », 13.].

(32) V., O. Alzaga Villaamil, « Sobre la composición del Tribunal Constitucional », *Teoría y realidad constitucional*, vol. 10-11, 2003, p. 149-180, p. 179 ; J. García Roca, « La selección de los magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones », *Revista General de Derecho Constitucional*, vol. 15, 2012, p. 1-41, p. 8.

(33) V., M. A. Presno Linera, « Cuotas de partido, sistemas de botín y clientelismo político », *Revista Jurídica de Asturias*, vol. 23, 1999, p. 131-148.

(34) V., L. Aguiar de Luque, « Encuesta sobre la renovación del Tribunal Constitucional », *Teoría y realidad constitucional*, vol. 28, 2010, p. 46-48, p. 47-48.

(35) V., A. Fernández-Miranda, « Encuesta sobre la renovación del Tribunal Constitucional », *Teoría y realidad constitucional*, vol. 28, 2011, p. 23-39, spéc. p. 33.

(36) P. Cruz Villalón, « El estado del Tribunal Constitucional », *Claves de la razón práctica*, vol. 191, 2009, p. 4-13, spéc. p. 10.

(37) V. A. M. Lorca Navarrete, « Conservadores y progresistas rompen el consenso en el Consejo General del Poder Judicial. Breves apuntes sobre un órgano constitucional polémico », *Diario La Ley*, vol. 23, n° 5486, 20 févr. 2002, p. 2-4.

l'adoption d'une troisième loi organique, en 2001, au début du second mandat du conservateur José María Aznar³⁸. La naïveté, encore une fois, préside à la réforme. L'ambition qui lui est attachée est simple : il s'agit de trouver une voie médiane entre les deux précédentes procédures. Ainsi on ne revient pas sur le principe – jugé acquis – d'une sélection parlementaire de tous les membres du Conseil général du pouvoir judiciaire, ni sur l'exigence de majorité qualifiée des trois cinquièmes. On souhaite néanmoins en tempérer les effets néfastes en confiant aux juges le soin de présélectionner les candidats choisis parmi les juges et magistrats – dans l'espoir que se raréfieront les abus jusqu'alors constatés. Concrètement, la loi organique prescrit l'établissement d'une liste de trente-six candidats potentiels – soit trois fois plus que le nombre de candidats retenus *in fine*. Elle en confie la responsabilité pour partie aux associations professionnelles de magistrats de taille raisonnable, à proportion de leurs membres respectifs, et pour partie aux juges et magistrats qui n'y sont pas affiliés – selon une clé précise de répartition.

La déception, de nouveau, est de mise. En panachant les deux premières procédures, la troisième en a additionné les défauts. Les candidats conservateurs se trouvent toujours favorisés lors de la présélection – l'Association professionnelle de la magistrature restant fortement majoritaire. Rien ne fait obstacle, en outre, à la reprise des marchandages habituels lors de la seconde phase.

6. Une décennie plus tard, le législateur organique s'attache à lutter contre la première de ces tendances. La méfiance est alors dirigée contre les associations professionnelles, rendues responsables de la politisation de la procédure. L'adoption d'une quatrième loi organique, en 2013, par un Parlement à majorité conservatrice, sous le premier mandat de Mariano Rajoy³⁹, doit être comprise à cette aune. Cette réforme tend à accroître la participation des juges et magistrats dans la procédure, tout en réduisant le rôle des associations professionnelles, supposées guidées par des mobiles idéologiques. Le *numerus clausus* des candidats présélectionnés est supprimé : tous les juges et magistrats de carrière peuvent désormais être choisis pour rejoindre le Conseil général du pouvoir judiciaire, sous réserve qu'ils aient reçu le soutien soit d'une association de magistrats, soit de vingt-cinq magistrats en activité.

La réforme est jugée mineure : les principaux équilibres de la procédure ne s'en trouvent pas modifiés. Du côté du parti populaire on la juge trop tiède : elle ne revient pas sur l'élection parlementaire des membres de l'institution, alors même qu'il s'agit d'une ambition ancienne dans ce camp⁴⁰. En somme, en plus de trois décennies, seule la loi organique de 1985 a constitué une réforme substantielle : elle n'a été modifiée qu'à la marge par celles de 2001 et de 2013. On pourrait alors juger la procédure stabilisée. Ce serait sans compter certaines pratiques institutionnelles propres à raviver les divers appétits réformistes.

Inerties institutionnelles

7. Le problème vient alors des tactiques partisans des parlementaires. Cette configuration normative suscite pour eux une tentation : jouer avec le temps, au risque de provoquer le blocage de certaines nominations. Funeste pour le fonctionnement et l'image du Conseil général du pouvoir judiciaire et du pouvoir judiciaire dans son ensemble, cette tendance répond à des ambitions diverses.

Il peut être question, d'abord, d'élargir le champ des négociations en matière de nominations. Certains groupes parlementaires suscitent à dessein une configuration qualifiée par un auteur de « corbeille institutionnelle⁴¹ » (*cesta institucional*). Il s'agit de bloquer les négociations préalables à la sélection de candidats à ces fonctions, dans l'espoir de créer artificiellement un regroupement des procédures de sélection à divers organes constitutionnels – pour élargir, *in fine*, le périmètre des quotas. Ainsi s'explique notamment le blocage du renouvellement du Défenseur du peuple en plusieurs occasions – pendant un an et demi entre 1993 et 1995, pendant deux ans entre 2010 et 2012, puis pendant quatre ans et demi entre 2017 et 2021.

S'y ajoute, en outre, l'espoir de tempérer les effets d'un revers électoral. Le parti qui, fort d'une majorité dans les deux chambres, a pu nommer un Conseil général du pouvoir judiciaire à son image peut souhaiter faire obstacle à son renouvellement, cinq ans plus tard, lorsqu'il est revenu dans l'opposition, pour éviter qu'il lui échappe.

Les paris sur l'avenir, enfin, ne doivent pas être négligés. Les responsables d'un parti minoritaire qui escomptent un retour aux affaires à moyenne échéance peuvent trouver avantage à repousser le renouvellement de l'institution, dans l'espoir d'en choisir plus tard les membres. La stratégie est payante pour le parti populaire pendant l'été 1995. Président de ce dernier, dans l'opposition au socialiste Felipe González, José María Aznar fait obstacle au renouvellement du Conseil général du pouvoir judiciaire en empêchant que soit atteinte la majorité qualifiée qui lui est nécessaire. L'institution s'en trouve paralysée : elle ne compte plus alors que onze membres, ce qui ne lui permet plus d'atteindre le quorum nécessaire pour se réunir en formation plénière⁴². Huit mois plus tard, à la faveur d'une élection anticipée, le conservateur remplace le président du gouvernement socialiste. Il dispose désormais des soutiens nécessaires pour atteindre ces majorités qualifiées, ce qui lui permet de renouveler l'institution. À l'inverse, le pari provoque parfois la déception : chef de l'opposition au président du gouvernement socialiste José Luis Rodríguez Zapatero, le conservateur Mariano Rajoy obtient un blocage équivalent entre 2006 et 2008. Vaine stratégie : les socialistes emportant une nouvelle victoire aux élections générales de 2008, il revient sur son opposition. Le phénomène fait écho à une tendance bien connue aux États-Unis : le parti majoritaire au Sénat peut y trouver intérêt à repousser *sine die* l'examen des candidatures dans des juridictions fédérales proposées par le président, dans l'espoir de permettre à son successeur, s'il est issu de

(38) Loi organique espagnole n° 2/2001, 28 juin 2001, « sur la composition du Conseil général du pouvoir judiciaire, modifiant la loi organique n° 6/1985 du 1^{er} juillet 1985 sur le pouvoir judiciaire ». V., P. Cambot, « Chronique Espagne », *Annuaire européen d'administration publique*, vol. 24, 2001, p. 397-412, p. 398.

(39) Loi organique espagnole n° 4/2013, 28 juin 2013, « sur la réforme du Conseil général du pouvoir judiciaire, modifiant la loi organique sur le pouvoir judiciaire ».

(40) V., J. Banacloche Palao, « La insólita reforma de la organización y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial », *Diario La Ley*, vol. 34, n° 8126, 15 juill. 2013, p. 2-3.

(41) J. García Roca, « La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España », in P. Pérez Tremps (dir.), *La reforma del Tribunal Constitucional*, Valence, Tirant lo Blanch, 2007, p. 17-120, p. 47. V. égal. C. Pauner Chulvi, « Nuevas y viejas cuestiones en torno a la designación parlamentaria de cargos públicos », in F. Santaolalla López, C. Pauner Chulvi, *Procedimiento de designación parlamentaria de cargos públicos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p. 55-111.

(42) Loi organique espagnole n° 6/1985, art. 129.

ses rangs, de nommer des juges réputés lui être plus favorables. En témoigne notamment le blocage de la candidature à la Cour suprême de Merrick Garland, proposée par Barack Obama en mars 2016 : en refusant, pendant dix mois, d'examiner sa candidature, les sénateurs républicains, alors majoritaires, permettent à Donald Trump de choisir son propre candidat, Neil Gorsuch⁴³.

8. Tirer durablement profit de l'inertie d'une autorité de nomination : l'ambition est périlleuse. Un détour par l'Italie permet d'en prendre la mesure. Volontiers présentée comme une œuvre perfectible par l'assemblée constituante, la Constitution de 1947 provoque, dès son entrée en vigueur, des inerties institutionnelles que contribue à expliquer la lutte entre la majorité démocrate-chrétienne, après les premières élections législatives de 1948, et la minorité communiste. Révélateur est, à cet égard, le retard avec lequel est établie la première Cour constitutionnelle⁴⁴. La Constitution prévoit son existence et son fonctionnement général⁴⁵. Elle renvoie au législateur ordinaire le soin d'établir les modalités de nomination de ses membres. Il faut attendre 1955 pour que ses premiers membres soient nommés, 1956 pour qu'elle rende sa première décision. Cela s'explique par la lenteur de l'adoption des textes le rendant possible – une loi constitutionnelle en 1948⁴⁶ et une loi ordinaire en 1953⁴⁷ – ainsi que par la double volonté du parti démocrate-chrétien de faire obstacle à la nomination de communistes à la Cour et de profiter de sa majorité confortable au Parlement pour adopter des lois qui ne risqueront pas d'être neutralisées par une Cour encore inexistante. À quoi s'ajoute une exigence procédurale qui contribue à accroître ce retard : l'imposition d'une majorité qualifiée des trois cinquièmes pour la nomination des cinq membres de la Cour relevant de la compétence du Parlement. Une première loi constitutionnelle, en 1953⁴⁸, impose, pour la phase parlementaire de la procédure, un vote de trois cinquièmes des parlementaires réunis en séance commune pour les deux premiers scrutins, puis trois cinquièmes des présents. Le seuil est relevé en 1967⁴⁹ : il faut désormais deux tiers des membres pour les trois premiers scrutins, puis trois cinquièmes des membres pour les scrutins suivants dans l'espoir de dépolitiser l'élection. Or les usages conduisent à une répartition entre partis, assortie d'un droit de veto de chacune de ces formations à l'égard des candidats envisagés par les autres⁵⁰ : deux juges sont nommés par le parti démocrate-chrétien, un par le parti communiste, un par le parti socialiste, un par une autre formation laïque. Depuis la recomposition du paysage politique italien des années 1990, quatre des cinq juges sont élus par binômes par la gauche et la droite, le cinquième devant être choisi par la majorité et approuvé par l'opposition. Cette

organisation provoque différents retards dans les nominations de juges constitutionnels⁵¹, pour des durées pouvant atteindre près de deux ans – ce qui provoque une paralysie de la Cour en 2002, parce qu'elle ne peut plus atteindre le quorum de onze juges sur quinze qu'impose la Constitution.

9. Le danger d'un tel blocage n'est pas imaginaire en Espagne. En témoigne l'impossibilité où se trouvent les parlementaires, depuis cinq ans, de renouveler le Conseil général du pouvoir judiciaire. Parmi les divers facteurs de ce blocage, trois méritent d'être distingués.

Le premier doit être trouvé dans le hasard des événements. Quelques semaines avant l'expiration du mandat du Conseil général du pouvoir judiciaire, son président adresse une liste de cinquante et un candidats aux deux chambres du Parlement où doivent être puisés les noms des douze prochains membres choisis parmi les juges et magistrats. Un accord est sur le point d'être trouvé entre les deux principaux partis. Cinq jours plus tard, le porte-parole du parti populaire au Sénat envoie à ses collègues, sur un groupe *WhatsApp* pléthorique, un message destiné à défendre l'accord rapidement publié dans la presse. Bravache, il y affirme que le candidat pressenti pour présider le Tribunal suprême et le Conseil général du pouvoir judiciaire saura contrôler, dans l'intérêt de leur parti, la chambre du Tribunal suprême compétente pour juger les parlementaires et les ministres et la chambre compétente pour interdire certains partis politiques⁵². L'intéressé retire sa candidature. L'accord entre les deux partis est annulé.

Le deuxième facteur du blocage, plus structurel, est la précarité – désormais habituelle en Espagne⁵³ – des équilibres politiques lorsque survient cette crise, en décembre 2018. Six mois plus tôt, le conservateur Mariano Rajoy, qui gouvernait sans majorité au Congrès des députés, à la seule faveur du soutien d'un autre parti, *Ciudadanos*, a été renversé à la suite de la condamnation de son parti, au terme d'un très large procès pour corruption qui a révélé l'existence d'une « caisse noire » et des pratiques de rétrocommissions dans l'attribution de contrats publics. Le recours à une motion de censure « constructive » en mai 2018 – la première depuis 1978 – a permis au socialiste Pedro Sánchez de devenir président du gouvernement, à son tour sans majorité au Congrès des députés, même en comptant ses alliés de *Podemos*⁵⁴. La situation se pérennise en 2019, en dépit de deux élections générales – en avril puis en novembre. Pendant toute cette période, les invitations adressées par le président du Conseil général du pouvoir judiciaire, Carlos Lesmes, aux présidents des deux assemblées, tendant à ce que soient renouvelés

(43) V., L. Greenhouse, *Justice on the Brink. A Requiem for the Supreme Court*, New York (NY), Random House, 2021, p. xxi.

(44) V., E. Bottini, *La sanction constitutionnelle. Étude d'un argument doctrinal*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2016, p. 211-216.

(45) Constitution italienne de 1947, art. 134-137.

(46) Loi constitutionnelle italienne n° 1, 9 févr. 1948.

(47) Loi italienne n° 57, 11 mars 1953.

(48) Loi italienne n° 87, 11 mars 1953.

(49) Loi constitutionnelle italienne n° 2, 1967.

(50) V., A. Pizzorusso, « Art. 135 », in G. Branca (dir.), *Commentario della Costituzione. Art. 134-139, Garanzie costituzionali*, Bologne, Zanichelli, Rome, Roma Società Editrice del Foro Italiano, 1981, p. 151 ; J.-C. Escarras, « Italie. La Cour constitutionnelle en 1986 », *Annuaire international de justice constitutionnelle* 1986, vol. 2, 1988, p. 467-517, p. 486-488.

(51) V., R. Pincardi, « Prime osservazioni sul problema dei ritardi parlamentari nell'elezione dei giudici della corte costituzionale », in A. Anzon, G. Azzariti, M. Luciani (dir.), *La composizione della Corte costituzionale. Situazione italiana ed. esperienze straniere*, Turin, Giappichelli, 2004, p. 223-233 ; J. Giudicelli, « La composition de la Cour constitutionnelle italienne, entre équilibre et risque de paralysie », in O. Lecuq (dir.), *La composition des juridictions, perspectives de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 128-138.

(52) V., F. Molina, « "Controlando la Sala Segunda desde detrás" : el "whatsapp" de Cosidó justificando el pacto con el PSOE en el CGPJ », *ElEspañol.com*, 19 nov. 2018.

(53) V., A. Sfez, « Pourquoi l'Espagne est gouvernée sans majorité. L'explication par un mode de scrutin hérité du franquisme », *Blog Juspoliticum*, 5 avr. 2017 ; A. Cidoncha, « Sobre la propuesta por el rey de candidato a la presidencia del gobierno », *Blog de la faculté de droit de l'Université autonome de Madrid*, 14 oct. 2023.

(54) V., A. Sfez, « Espagne : la motion de censure (peu) constructive qui a porté Pedro Sánchez au pouvoir », *Blog Juspoliticum*, 15 juin 2018.

les membres du Conseil restent sans effet : l'heure n'est pas aux accords à la majorité qualifiée. La formation plénière du Conseil général du pouvoir judiciaire décide alors, sur proposition de son président, que, faute de renouvellement, il ne sera procédé à aucune nomination dans les postes les plus élevés de la magistrature à partir de mi-janvier 2020.

Le troisième facteur du blocage, d'ordre stratégique, tient à l'intérêt bien compris du parti populaire. Nommé par lui, cinq ans plus tôt, sous la présidence de Mariano Rajoy, le Conseil général du pouvoir judiciaire lui est idéologiquement favorable. En outre, la fragilité du gouvernement Sánchez fait espérer à ses responsables un prompt retour au pouvoir. Ainsi trouve-t-il différents arguments pour bloquer un accord avec le parti socialiste. Il exige d'abord, comme préalable à la reprise des négociations, que le mouvement *Podemos*, son allié, ne participe pas à ces dernières et que soit réformé le mode d'élection au Conseil général du pouvoir judiciaire. Le gouvernement s'oppose en particulier à la seconde condition.

10. Une telle configuration soulève une difficulté majeure, à la rencontre de deux dispositions de la loi organique de 1985 – modifiées par la suite. La première, qui concrétise la disposition constitutionnelle selon laquelle les membres sont nommés « pour une période de cinq ans⁵⁵ », prescrit que « le Conseil général du pouvoir judiciaire [soit] renouvelé intégralement tous les cinq ans, à compter de la date de sa constitution⁵⁶ ». Dès lors, ses membres ne peuvent effectuer qu'un mandat – à l'exception du président de l'institution, qui peut être renommé une fois à sa tête et à celle du Tribunal suprême⁵⁷ – et le renouvellement doit intervenir à date fixe. La seconde disposition prescrit que « le Conseil sortant reste en fonction jusqu'à l'entrée en fonction du nouveau Conseil⁵⁸ ». Une lecture combinée de ces deux dispositions devrait conduire à l'interprétation suivante : la loi oblige (a.) à renouveler le Conseil selon le rythme quinquennal imposé par la Constitution (b.) tout en assurant la continuité de l'institution en prévoyant le maintien en fonction du Conseil sortant jusqu'à l'entrée en fonction du Conseil suivant.

En principe, dès lors, la seconde disposition, comprise à l'aune de la première, ne saurait organiser qu'un intérim, traditionnellement conçu comme précaire, qu'il soit ou non prévu par des textes – et non une prorogation, vouée à s'inscrire dans la durée. Les pratiques détournées de certains groupes parlementaires risquent pourtant, en raison d'une méconnaissance prolongée de la première disposition, de faire évoluer insensiblement la compréhension collective de la seconde, au risque d'en modifier la nature : l'intérim prendrait figure de prorogation. Il suffirait en effet à deux cinquièmes des parlementaires, dans chacune des deux assemblées, pour proroger par leur inertie, aussi longtemps qu'ils le souhaitent, le Conseil général du pouvoir judiciaire au-delà de cinq ans. En perdant alors, pour l'essentiel, son caractère précaire – quoique la précarité de la situation juridique continue de produire des effets pendant toute la période –, l'intérim ainsi pérennisé se transformerait *de facto*

en prorogation – au risque de nourrir, à l'avenir, les ambitions des partis qui y trouveront intérêt à leur tour.

11. Par quoi se comprennent trois nouvelles réformes de la loi organique encadrant les nominations au Conseil général du pouvoir judiciaire. La première procède d'une volonté d'éviter que l'absence de renouvellement dans les temps du Conseil général du pouvoir judiciaire par l'une des deux assemblées empêche l'autre de nommer ceux qui relèvent de sa responsabilité. Une loi organique, adoptée en 2013, modifie ainsi la clause d'intérim antérieure (« le Conseil sortant reste en fonction jusqu'à l'entrée en fonction du nouveau Conseil »). Elle en réduit le spectre en précisant que le Conseil ne reste en fonction que « si aucune des deux chambres n'a désigné les membres qui lui correspondent dans le délai légal⁵⁹ ». Le renouvellement des membres nommés par l'une des assemblées, qui suffira à ce que le nouveau Conseil soit constitué, doit alors être rendu possible par la prorogation de ceux qui avaient été nommés par l'autre, restée seule inerte⁶⁰. Le blocage né pendant l'hiver 2018 révèle rapidement les limites de ce mécanisme.

12. Deux ans après le terme du mandat du Conseil général du pouvoir judiciaire de décembre 2018, les parlementaires socialistes et *Podemos* entendent réduire les pouvoirs de ses membres que seule l'inertie volontaire du parti populaire prolonge artificiellement dans des fonctions en principe échues. Une nouvelle loi organique – la cinquième de ce point de vue – est adoptée en mars 2021⁶¹. Elle prétend remédier, selon son exposé des motifs, à une « lacune juridique constituant [...] un déficit dans la structure constitutionnelle de l'État qui doit être corrigée » – lacune subjective⁶² qui procéderait de l'absence de réglementation des compétences de l'institution pendant un tel intérim prolongé. Il s'agit, en pratique, de réduire l'incitation, pour le parti populaire, à maintenir sa position en amenuisant les pouvoirs du Conseil général du pouvoir judiciaire lorsqu'il les exerce à titre intérimaire pour n'avoir pas été renouvelé dans les temps. La loi en exclut notamment les propositions de nominations à la présidence du Tribunal suprême, au Tribunal suprême et à la Cour constitutionnelle⁶³ – en maintenant dans ses compétences les promotions réglementées en application des règles relatives aux carrières dans la magistrature.

Cette disposition législative pose différents problèmes. Tout d'abord, en neutralisant des fonctions que la Constitution elle-même attribue au Conseil général du pouvoir judiciaire, elle risque de la méconnaître. Ensuite, au lieu de lutter contre les causes de cette défaillance institutionnelle qui n'affecte pas seulement l'image du Parlement, mais aussi celle de l'institution qui en subit les conséquences, le législateur organique impose à cette dernière la réduction de ses compétences. En outre, la mesure crée un risque de défaillances en cascade : des nominations dans des juridictions de première importance peuvent être bloquées

(55) Constitution espagnole de 1978, art. 122, al. 3.

(56) Loi organique espagnole n° 6/1985, art. 114.

(57) Loi organique espagnole n° 6/1985, art. 123, 126.

(58) Loi organique espagnole n° 6/1985, art. 115, al. 2.

(59) Loi organique espagnole n° 4/2013, art. 570, al. 2.

(60) V., Loi organique espagnole n° 4/2013, exposé des motifs.

(61) V., Loi organique espagnole n° 4/2021, 29 mars 2021, « sur le pouvoir judiciaire, établissant le régime juridique applicable au Conseil général du pouvoir judiciaire à titre intérimaire ».

(62) V., J. Jeanneney, *Les lacunes constitutionnelles*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2016, p. 390-424.

(63) V., Loi organique espagnole n° 4/2021, 29 mars 2021, exposé des motifs.

du fait du blocage du renouvellement de cette institution – risque concrétisé, avec le recul, par le blocage effectif du renouvellement d'un tiers des membres du Tribunal constitutionnel. Enfin, cette pérennisation artificielle de l'intérim se trouve normalisée par ce cadre juridique propre. L'inertie des autorités de nomination et le retard qui en procède ne sont plus des anomalies juridiques, fruits d'une lecture détournée de dispositions législatives : ils ont désormais leur cadre législatif propre, ce qui contribue de façon pernicieuse à les banaliser – d'autant plus que la tendance se diffuse pour des nominations à d'autres fonctions⁶⁴.

13. Une prompte conscience de certains de ces défauts conduit à l'adoption d'une sixième loi organique en juillet 2022. Marque d'une virevolte partielle qui suscite l'impression d'un bricolage normatif, elle est destinée à rendre possible la nomination des deux juges du Tribunal constitutionnel dont la nomination relevait du Conseil général du pouvoir judiciaire, quelques semaines après la date où elle aurait dû intervenir : non seulement l'institution retrouve ainsi la compétence qu'elle vient de perdre, mais il lui est imposé de proposer ses candidats au Tribunal constitutionnel dans un délai maximum de trois mois à compter du jour suivant l'expiration du mandat des précédents juges constitutionnels – sans qu'une sanction, au demeurant, soit attachée à la méconnaissance de cette obligation⁶⁵.

En toile de fond apparaît alors une difficulté qui tient au cadre des nominations au Tribunal constitutionnel. Les douze membres de ce dernier sont nommés par le roi pour neuf ans, avec un renouvellement triennal par tiers. Ils sont sélectionnés au gré d'une répartition où se rencontrent, avec un poids inégal, chacun des trois pouvoirs. Un tiers des membres – soit quatre d'entre eux – est choisi par le Congrès des députés ; un autre tiers l'est par le Sénat, sur proposition, depuis 2007, des assemblées législatives des communautés autonomes⁶⁶ ; le troisième tiers est réparti entre le Conseil général du pouvoir judiciaire, qui choisit deux membres, et le gouvernement, qui en choisit deux autres. En pratique, le roulement conduit à ce que soient sollicités, tous les trois ans, soit le Sénat, soit le Congrès, soit le gouvernement et le Conseil général du pouvoir judiciaire.

Dans le détail, la Constitution impose aux assemblées parlementaires et au Conseil général du pouvoir judiciaire une approbation des candidats à la majorité qualifiée des trois cinquièmes. Seul le gouvernement est exonéré d'une contrainte qui n'y aurait guère de sens, hors cas rares de divisions profondes parmi les ministres. Cette exigence est conçue comme une manière de favoriser le choix des meilleurs. Cela fonctionne d'abord : les premiers membres du Tribunal sont désignés dans un contexte politique marqué par la recherche du consensus entre les principales forces politiques du pays – ce dont témoigne leur prestige intellectuel et juridique⁶⁷. La fin des années 1990 constitue, sous ce rapport, une rupture. Parce que le Tribunal constitutionnel

devient, plus qu'avant, un enjeu politique, les deux principaux partis qui se répartissent les postes tendent à choisir des juristes qui leur sont ouvertement rattachés – au risque qu'ils soient ensuite perçus comme leurs représentants⁶⁸. Ainsi s'explique une distinction désormais habituelle au sein du Tribunal entre juges progressistes et juges conservateurs. Le système favorise le gouvernement, dont les deux nominations ne sont pas soumises à une exigence de majorité qualifiée. En 2013, deux juges sont nommés par le gouvernement conservateur. Pendant les neuf années suivantes, le Tribunal constitutionnel est majoritairement conservateur.

Pour le gouvernement, l'enjeu est alors surtout politique. Il s'agit d'obtenir une majorité progressiste au Tribunal constitutionnel alors que se profile l'examen de plusieurs lois controversées sur le droit du travail, la fin de vie et l'interruption volontaire de grossesse. Le mandat de quatre membres du Tribunal constitutionnel, dont la compétence relève du gouvernement et du Conseil général du pouvoir judiciaire, expire le 12 juin 2022. Le gouvernement peut alors espérer faire basculer le centre de gravité du Tribunal de la droite vers la gauche. Deux semaines plus tard est déposé le projet de loi tendant à ce que soit rétablie la faculté, pour le Conseil général du pouvoir judiciaire intérimaire, de nommer deux membres au Tribunal constitutionnel. En dépit d'une opposition du parti populaire, de *Vox* et de *Ciudadanos*, la loi organique est adoptée le 14 juillet 2022. Elle comprend une disposition prescrivant au Conseil de procéder à ces nominations avant le 13 septembre. Le président de ce dernier, Carlos Lesmes, convoque une séance plénière du Conseil pour débattre de ces nominations, le 8 septembre. Ce jour-là, huit des dix membres élus sur proposition du parti populaire bloquent la nomination des deux juges. La veille, Lesmes a menacé de démissionner de la présidence du Conseil si ce dernier n'était pas renouvelé « dans les semaines à venir ». Le 9 octobre, il présente sa démission au roi.

Cette situation conduit le gouvernement à repousser d'abord la nomination des deux membres qui relèvent de sa compétence. Certains juristes défendent que la prescription selon laquelle les membres du Tribunal « seront renouvelés par tiers tous les trois ans⁶⁹ » impose au gouvernement d'attendre, pour nommer ses candidats, que le Conseil général du pouvoir judiciaire nomme les siens⁷⁰. D'autres jugent, à l'inverse, que la Constitution distinguant la compétence du Conseil général du pouvoir judiciaire et celle du gouvernement, l'interprétation de la Constitution ne saurait conduire à ce que l'inertie du premier paralyse le second – au risque, sinon, de conférer en pratique au premier un droit de veto sur l'exercice, par le second, d'une obligation constitutionnelle⁷¹. Le gouvernement finit, le 29 novembre, par ne plus s'estimer lié par l'inertie du Conseil général du pouvoir judiciaire. Il propose deux candidats dont les préférences partisans ne sont ignorées par personne : le juge Juan Carlos Campo, qui a été ministre de la Justice dans le premier gouvernement de Pedro Sánchez, et la professeure de droit constitutionnel Laura

(64) V., L. Baamonde Gómez, « La nominación parlamentaria de autoridades del Estado. El bloqueo, el veto y la "cesta institucional" », *Revista de Derecho Político*, vol. 113, 2022, p. 71-93, p. 79-82.

(65) V., Loi organique espagnole n° 8/2022, 27 juill. 2022, « modifiant les articles 570 bis et 599 de la loi organique 6/1985, du 1^{er} juillet 1985, sur le pouvoir judiciaire ».

(66) V., P. Bon, « Tribunal constitutionnel espagnol. Importantes modifications de sa loi organique en 2007 », in *Mél. B. Genevois*, Dalloz, 2009, p. 51-74.

(67) V. M. Carrillo, « Juges constitutionnels et doctrine. Espagne », *Annuaire international de justice constitutionnelle 2014*, vol. 30, 2015, p. 291-303, p. 298-300.

(68) V., M. Aragón Reyes, « Cuarenta años de Tribunal Constitucional », *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 25, n° 1, 2021, p. 35-55, p. 37.

(69) Constitution espagnole de 1978, art. 159, al. 3.

(70) V. par ex. M. Aragón Reyes, « Reparto por cuotas del TC », *El Mundo*, 28 nov. 2022.

(71) V., M. Azpitarte Sánchez, « El CGPJ y la renovación del Constitucional », *Diario del Derecho*, 7 nov. 2022 ; J. Vázquez, « Le Tribunal constitutionnel espagnol : chronique d'une crise de crédibilité », *Blog Juspoliticum*, 26 janv. 2023.

Díez, qui a été directrice générale des affaires constitutionnelles et de la coordination juridique au ministère de la Présidence. Un doute subsiste alors sur un point : le Tribunal constitutionnel acceptera-t-il de vérifier, comme cela est l'usage, les compétences de ces premiers candidats, ou attendra-t-il, pour le faire, de connaître les deux candidats qu'est supposé choisir le Conseil général du pouvoir judiciaire ? Le 27 décembre 2022, l'assemblée plénière du Conseil général du pouvoir judiciaire propose au roi la candidature de deux juges du Tribunal suprême : la progressiste María Luisa Segoviano et le conservateur César Tolosa. Le 31 décembre 2022, le renouvellement du Tribunal constitutionnel est assuré. L'équilibre politique en son sein est modifié, probablement pour les neuf années suivantes : à partir de janvier 2023, il compte sept progressistes et quatre conservateurs.

14. Face à un tel blocage, quels remèdes les juristes peuvent-ils envisager ? La pression morale et l'appel au sens de l'État des parlementaires n'ayant guère d'effets, il convient de se tourner vers des réformes juridiques. Deux principales pistes sont explorées et discutées à cet égard.

La première consisterait à supprimer la clause d'intérim dans la loi organique. Une controverse se forme, sur ce point, à la fin des années 2000, entre deux professeurs de droit. Le premier, Juan Alfonso Santamaría Pastor, défend que la clause d'intérim est au cœur du problème⁷². Parce qu'elle ne comporte pas de limite dans le temps, elle s'ouvre à de telles interprétations détournées. Il serait utile, dès lors, de l'abroger – ce qui ne poserait pas de difficulté technique puisqu'elle est de rang législatif et qu'elle ne découle pas nécessairement du texte de la Constitution. Ainsi peut-on espérer que l'augmentation des enjeux qui en procédera placera les groupes parlementaires face à leurs responsabilités, ce qui les incitera à trouver des accords. Le second professeur, Luis Aguiar de Luque, doute que la suppression de la clause d'intérim suffise à résoudre ces difficultés. Elle n'affecterait pas directement le fonctionnement du Tribunal constitutionnel, qui pourrait continuer de siéger avec un quorum de huit juges⁷³. L'inertie du Parlement conduirait à une situation qui nuirait encore plus gravement à l'image de l'institution. Cet échange, qui nourrit les réflexions des juristes⁷⁴ – avant d'être invoqué pour justifier l'inertie des parlementaires sur ce point⁷⁵ –, est complété par un argument tiré de l'exemple

italien, qui inviterait à relativiser la portée d'une telle suppression⁷⁶. Que les retards observés là-bas aient été possibles en l'absence de clause d'intérim illustrerait la vanité de la réforme envisagée en Espagne.

Une seconde possibilité consisterait à supprimer l'exigence de majorité qualifiée pour les douze membres choisis parmi les juges et les magistrats : la Constitution ne l'impose pas. Certains invitent à revenir sur cette dernière parce qu'ils y voient la cause des difficultés. Elle donne à chaque force politique susceptible de se présenter comme la force marginale dont dépend la capacité des autres parlementaires à atteindre les trois cinquièmes des votes un pouvoir extraordinaire : monnayer des votes ou simplement les refuser, en particulier lorsque la situation actuelle leur est plus favorable que celle qui procéderait d'un renouvellement de l'organe. D'autres, à l'inverse, estiment que cette exigence remplit une fonction intégratrice qui permet, par-delà le binôme constitué du Parlement et du gouvernement, de prendre en compte les minorités lors de ce choix en imposant un consensus au-delà de la majorité simple⁷⁷ – si bien qu'une telle réforme reviendrait à confier les nominations à la seule majorité parlementaire, ce qui risquerait d'affecter le pluralisme dans le processus de nomination⁷⁸.

S'y ajoutent, en outre, certaines suggestions. Une réforme encore plus large consisterait à revenir sur la rupture de 1985 en supprimant l'attribution aux parlementaires de l'élection des douze membres du Conseil général du pouvoir judiciaire choisis parmi les juges et magistrats. Ainsi certains auteurs invitent-ils à donner plus de poids, en la matière, à la volonté des juges et magistrats⁷⁹. D'autres auteurs proposent de simples modifications des règlements des assemblées parlementaires vouées à imposer des délais, à rendre automatique le déclenchement des procédures d'examen des candidatures, à réformer les conditions d'examen, par les parlementaires, des candidatures ou à imposer que soit envoyée à l'assemblée réunie en formation plénière une liste de noms ouverte, afin qu'elle conserve son pouvoir de sélection⁸⁰. Alors même qu'aucune solution n'est trouvée, la prolongation de ce blocage n'affecte pas seulement l'image du Conseil général du pouvoir judiciaire : elle pèse indirectement sur celle du Tribunal constitutionnel.

Désaveux juridictionnels

15. Dans ce contexte institutionnel tendu, le Tribunal constitutionnel rend trois décisions qui lui valent diverses critiques. Il est vrai que le résultat de ses choix paraît toujours servir les intérêts partisans supposés de la majorité de ses membres – d'une façon qui contribue, alors même qu'il s'agit d'améliorer l'impression d'indépendance du système judiciaire dans son ensemble, à jeter le doute sur les mobiles des membres de cette juridiction de premier rang.

(72) V., J. A. Santamaría Pastor, « La prorogatio de los órganos constitucionales. Apuntes mínimos sobre un tema que no lo es », *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 84, 2008, p. 11-26. V. égal. J. García Roca, « La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España », in P. Pérez Tremps (dir.), *La reforma del Tribunal Constitucional*, Valence, Tirant lo Blanch, 2007, p. 17-120, p. 47.

(73) V., L. Aguiar de Luque, « Una nueva reflexión sobre la prorogatio de los órganos constitucionales. Una discrepancia y algunas puntualizaciones a J. A. Santamaría », *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 85, 2009, p. 83-98.

(74) V., L. Baamonde Gómez, « La nominación parlamentaria de autoridades del Estado. El bloqueo, el veto y la "cesta institucional" », *Revista de Derecho Político*, vol. 113, 2022, p. 71-93, p. 89 ; L. López Guerra, « Vexata quaestio : sobre las dilaciones parlamentarias en la designación de titulares de órganos constitucionales », *Revista De Las Cortes Generales*, vol. 108, 2020, p. 71-104, p. 83-91.

(75) V., Elvira Perales, « Composición y elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial », in L. Aguiar de Luque (dir.), *Independencia Judicial y Estado Constitucional. El gobierno judicial*, Valence, Tirant lo Blanch, 2016, p. 27-50, p. 43.

(76) V., L. Baamonde Gómez, *La Magistratura Constitucional en España e Italia. Selección, aspectos temporales del mandato y estatuto jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2019.

(77) Contra, v. G. Tusseau, *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, LGDJ, 2021, p. 486-487.

(78) V., F. Santaolalla López, « El problema de la renovación de los órganos constitucionales », *Revista de Derecho Político*, Madrid, UNED, vol. 77, 2010, p. 73-103.

(79) V., par ex., L. Aguiar de Luque, « Artículo 122 », in M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. E. Casas Baamonde (dir.), *Comentarios a la Constitución Española, XL Aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2018, t. ii, p. 712-735, p. 732.

(80) V., A. Carmona Contreras, « Control parlamentario y designación de órganos constitucionales en España : teoría y práctica », *Revista de las Cortes Generales*, vol. 113, 2022, p. 245-273, p. 268-271.

16. À la suite de la première de ces décisions, on reproche au Tribunal constitutionnel, parce qu'il est de majorité conservatrice, de ne pas se mêler assez des conséquences néfastes du blocage du renouvellement du Conseil général du pouvoir judiciaire, qui bénéficie apparemment au parti populaire. En octobre 2020, il est saisi d'un recours d'*amparo* – ou recours en protection constitutionnelle – formé par six magistrats inscrits sur la liste définitive des personnes dont la candidature doit être considérée dans le cadre du renouvellement des membres du Conseil général du pouvoir judiciaire supposé intervenir en décembre 2018. Ils se prévalent d'une inertie prolongée et continue du Parlement. En réponse, par une ordonnance de tri, le Tribunal constitutionnel juge leur requête tardive, donc irrecevable. Ce choix fait l'objet d'attentions plus larges lorsque les requérants saisissent la Cour européenne des droits de l'homme. En juin 2023, cette dernière condamne l'Espagne en raison de l'ordonnance du Tribunal. Elle juge qu'en rejetant ainsi leur recours, ce dernier a porté atteinte à la substance même du droit d'accès à un tribunal des requérants, eu égard aux circonstances de l'espèce, à un double égard. D'une part, il a interprété et appliqué de manière imprévisible la disposition législative encadrant les recours en *amparo* en matière parlementaire⁸¹. D'autre part, cela a provoqué un effet négatif du point de vue de la « garantie fondamentale de l'accès à un tribunal pour la protection du droit de caractère civil revendiqué de manière défendable par les requérants », étroitement lié, en l'occurrence, au respect de la procédure légale de renouvellement des membres du Conseil général du pouvoir judiciaire et au bon fonctionnement du système judiciaire⁸².

17. À la suite de la deuxième décision, on reproche au Tribunal constitutionnel, dont la majorité est toujours conservatrice, une intervention inique dans le fonctionnement du Parlement : elle a pour effet de bloquer une initiative qui tendait à favoriser le renouvellement d'un tiers des membres de ce Tribunal – partant, à renverser l'équilibre politique de ce dernier, au bénéfice des juges progressistes. La critique est avivée par le fait que deux des membres du Tribunal perçus comme conservateurs prennent part à ce vote – ainsi qu'au vote sur une demande de récusation qui leur est adressée⁸³ –, alors même que leur mandat s'est achevé six mois plus tôt et qu'ils sont personnellement intéressés à la neutralisation d'une réforme susceptible d'accélérer leur remplacement.

Les faits sont les suivants. À l'occasion de l'examen d'une réforme du code pénal, les groupes socialiste et *Podemos* au Congrès des députés proposent deux amendements qui tendent à modifier la loi organique sur le pouvoir judiciaire dans une triple perspective.

Le premier amendement tend à faire évoluer le mode d'élection, par le Conseil général du pouvoir judiciaire, des deux membres du Tribunal constitutionnel relevant de sa responsabilité. La procédure normale est d'abord maintenue : les vingt et un membres du Conseil votent deux fois, une majorité qualifiée des trois cinquièmes étant nécessaire pour qu'un candidat soit élu.

La nouveauté intervient ensuite. Si la procédure est infructueuse trois mois après la date à laquelle le Conseil aurait dû nommer ces juges, ce dernier suit une procédure subsidiaire : chacun de ses membres peut proposer un candidat dans un délai de cinq jours ; son président doit convoquer, sous trois jours, une session plénière de l'institution, sous peine de mise en jeu de sa responsabilité « y compris pénale » ; un vote s'y tient où chacun de ses membres ne peut soutenir qu'un candidat.

Le second amendement tend à modifier la loi organique de 1979 sur le Tribunal constitutionnel⁸⁴. Selon lui, les deux juges du Tribunal constitutionnel dont le choix incombe au gouvernement doivent pouvoir être nommés tous les neuf ans – sans dépendre des nominations attendues au Conseil général du pouvoir judiciaire. C'est une disposition de circonstance : par elle, il s'agit d'éviter que le Tribunal constitutionnel, à majorité encore conservatrice, bloque, à l'occasion de la vérification – en principe formelle – du niveau des candidats juristes, les deux candidatures proposées par le gouvernement quelques semaines plus tôt.

Le 12 décembre 2022, le bureau de la Commission des affaires judiciaires du Congrès des députés déclare ces amendements recevables. Deux jours plus tard, le Parti populaire introduit un recours en *amparo* devant le Tribunal constitutionnel à l'encontre de cette décision du bureau. Tirant argument de ce que les amendements sans lien manifeste avec le texte discuté sont habituellement déclarés inconstitutionnels, le recours tend, d'une part, à ce que soit reconnue l'atteinte, par cette décision du bureau, au droit de ses membres à exercer un mandat représentatif⁸⁵ et au droit des citoyens de participer aux affaires publiques par le truchement de leurs représentants⁸⁶. Le recours tend, d'autre part, à ce que soient prises des mesures conservatoires, au premier chef la suspension de l'examen de ces amendements.

Le Tribunal est ainsi amené à contrôler des amendements relatifs à la modification de la procédure par laquelle le Conseil général du pouvoir judiciaire doit pouvoir y nommer des membres. Le Tribunal rend son ordonnance le 19 décembre⁸⁷. Il juge le recours en *amparo* recevable. Sur le fond, il prend, par six voix contre cinq, les mesures conservatoires demandées, dans l'attente d'un règlement de la question au fond. Il enjoint au Sénat, où le texte est désormais examiné, de bloquer l'examen de ces amendements au nom de l'urgence : si ces amendements étaient adoptés, un éventuel contrôle ultérieur des dispositions législatives par le Tribunal constitutionnel ne suffirait pas à neutraliser l'atteinte ainsi faite au droit des parlementaires d'exercer leur mandat représentatif.

L'événement est inédit : pour la première fois de son histoire, le Tribunal accepte d'intervenir au cours d'une procédure législative pour la suspendre partiellement. Du côté de la doctrine, les critiques sont nombreuses : motivation trop peu argumentée en regard de l'enjeu⁸⁸, dénaturation de l'*amparo* en contrôle

(81) Loi organique espagnole n° 2/1979, 3 déc. 1979, « sur le Tribunal constitutionnel », art. 42.

(82) CEDH 22 juin 2023, n° 53193/21, *Lorenzo Bragado et autres c/ Espagne*, para. 148.

(83) V., O. Lecucq, « De la récusation des juges d'un Tribunal constitutionnel "politisé" », *La lettre ibérique et ibérico-américaine*, vol. 30, 2022, p. 10-12.

(84) Loi organique espagnole n° 2/1979, 3 déc. 1979, « sur le Tribunal constitutionnel ».

(85) Constitution espagnole de 1978, art. 23, al. 1^{er}.

(86) Constitution espagnole de 1978, art. 23, al. 2.

(87) Tribunal constitutionnel espagnol, ord. n° 177/2022, 19 déc. 2022. V. A. Ruiz Robledo, « An Institutional Crisis that Dissolved Like a Sugar Cube », *Verfassungsblog.de*, 5 janv. 2023.

(88) V., I. Lasagabaster Herrarte, « Las medidas cautelarisimas frente a una decisión de la Mesa del Congreso de los Diputados, ATC 177/2022. Falta de conexión material entre enmiendas y proyecto de ley en tramitación ; afectación al ius in officium de los diputados », *Revista Vasca de Administración Pública*, vol. 126, 2023, p. 245-287.

préalable de constitutionnalité⁸⁹, atteinte funeste à l'autonomie fonctionnelle des assemblées parlementaires⁹⁰, caractère insatisfaisant d'un contrôle opéré sur une esquisse législative encore susceptible de modifications⁹¹.

18. Lorsque le Tribunal constitutionnel rend la troisième décision, alors même que les juges progressistes y sont désormais majoritaires, des critiques du même ordre lui sont adressées : ses choix seraient avant tout le fruit de réflexes partisans⁹². Le cœur des reproches porte sur un *obiter dictum* – un passage de sa motivation que rien n'imposait apparemment. On le soupçonne, par ce dernier, de préparer le terrain pour que le gouvernement et les parlementaires socialistes et *Podemos* mettent un terme au blocage du Conseil général du pouvoir judiciaire et obtiennent enfin le remplacement du Conseil intérimaire à majorité conservatrice par un nouveau Conseil à majorité progressiste.

Tout part de la loi organique du 29 mars 2021 – celle qui réduit les compétences du Conseil général du pouvoir judiciaire après l'expiration de son mandat. Moins d'un mois après son adoption, le 22 avril, cinquante membres du groupe parlementaire d'extrême droite *Vox* au Congrès des députés forment, devant le Tribunal constitutionnel, selon une stratégie explicite de saisine de ce dernier à des fins politiques, un recours en inconstitutionnalité tendant à ce que la loi soit déclarée inconstitutionnelle. Il s'agit donc d'une saisine *a posteriori* immédiatement après l'entrée en vigueur de la loi – le contrôle *a priori* ayant été supprimé en 1985. Réuni en séance plénière, le Tribunal l'examine avec un autre recours, introduit par le parti populaire⁹³.

Sa position est, encore une fois, rendue délicate par le fait que deux de ses membres sont choisis par l'organe même qu'il s'agit – pour l'avenir – de remettre en ordre. Il rend, le 2 octobre 2023, sa décision en réponse au recours de *Vox*⁹⁴. Elle est structurée de façon classique. Elle est rendue « au nom du roi » par la formation la plus élevée du Tribunal constitutionnel – son assemblée plénière. Onze juges participent à la délibération – le douzième, professeur du droit du travail, en ayant démissionné pour des raisons de santé en juillet 2022. La décision, préparée au rapport de la juge progressiste María Luisa Balaguer Callejón, est adoptée par les sept membres du Tribunal perçus comme progressistes, contre les quatre juges perçus comme conservateurs. Elle est rédigée dans un style qui se veut accessible au plus grand nombre. Le Tribunal s'y montre, comme à son habitude, soucieux de répondre aux divers arguments soulevés par les

parties et par les juges lors du délibéré⁹⁵. Ses motifs s'articulent classiquement en deux temps.

19. Le Tribunal commence par dépeindre « l'arrière-plan » (*antecedentes*) de son raisonnement⁹⁶. Après avoir décrit le cadre procédural de son intervention⁹⁷ et résumé la procédure législative au terme de laquelle la loi a été adoptée⁹⁸, il expose les griefs procéduraux et substantiels adressés à la loi organique par les requérants⁹⁹. Parmi eux, il en est deux qui fixent l'essentiel du débat. La Constitution attribue des compétences au Conseil général du pouvoir judiciaire sans régler les effets de l'expiration du mandat de ses membres. Une alternative en découle, selon les requérants. Si le Conseil intérimaire prévu et encadré par la loi organique prolonge simplement le Conseil prévu et encadré par la Constitution, il est à leurs yeux inconstitutionnel de limiter, comme le fait la loi organique litigieuse, certaines des compétences que lui attribue expressément la Constitution. À l'inverse, si le Conseil intérimaire créé par la loi forme une nouvelle institution, l'absence d'ancrage de cette dernière dans la Constitution constitue, selon eux, une cause d'inconstitutionnalité. Le Tribunal résume enfin les moyens soulevés en défense de la loi par le Congrès des députés¹⁰⁰ et par l'avocat de l'État¹⁰¹. Ce dernier défend notamment que les dispositions constitutionnelles renvoyant au législateur organique le soin de réglementer les fonctions du Conseil général du pouvoir judiciaire et limitant à cinq ans le mandat des membres de ce dernier appellent l'interprétation suivante : il existe une différence constitutionnelle entre, d'un côté, le Conseil général du pouvoir judiciaire composé de membres dont le mandat dure cinq ans, et, de l'autre côté, le Conseil général du pouvoir judiciaire intérimaire, dont le mandat a expiré et qui n'a pas été renouvelé – situation anormale qui ne saurait avoir été voulue par le constituant et qu'il est loisible au législateur de réglementer, dès lors, en vertu de ses compétences constitutionnelles.

Le Tribunal présente ensuite, comme à son habitude, les « fondements juridiques » de sa décision¹⁰² – où se trouve l'essentiel de sa motivation. Il ramène la requête à un moyen principal¹⁰³ : l'inconstitutionnalité de la loi résiderait dans le fait qu'elle neutralise certaines compétences du Conseil général du pouvoir judiciaire lorsqu'il exerce ses fonctions à titre intérimaire, alors même que plusieurs de ces compétences lui ont été expressément attribuées par la Constitution et que cette dernière n'a pas fixé de limite temporelle à leur exercice.

Après avoir écarté les griefs d'ordre procédural qui ne posent pas de difficulté particulière¹⁰⁴, le Tribunal en vient au cœur de la question¹⁰⁵. Il rappelle le cadre constitutionnel dans lequel s'inscrit le Conseil général du pouvoir judiciaire et constate que la Constitution n'ayant réglementé l'institution que de manière

(89) V., P. Requejo Rodríguez, « Recurso de amparo y procedimiento legislativo : el polémico Auto 177/2022 del Tribunal Constitucional español », *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 73, n. 286, 2023, p. 31-55, p. 46, p. 54.

(90) V., A. García Martínez, « Las garantías de los derechos de los parlamentarios. El caso singular del ATC 177/2022 », *Revista de las Cortes Generales*, vol. 115, 2023, p. 143-190, p. 177-181.

(91) V., C. Ortega Santiago, « Notas de futuro sobre el derecho de enmienda, el procedimiento legislativo y su posible suspensión cautelar en el recurso de amparo parlamentario, a la luz del Auto 177/2022 del Tribunal Constitucional », *Revista General de Derecho Constitucional*, vol. 38, 2023, p. 39-58, p. 56.

(92) Tribunal constitutionnel espagnol, n° 128/223, 2 oct. 2023.

(93) La décision en réponse à ce second recours est toujours attendue au moment où ces lignes sont écrites.

(94) La seconde est toujours attendue au moment où sont écrites ces lignes.

(95) V., A. Rufino do Vale, *La deliberación en los tribunales constitucionales. Un estudio empírico de las prácticas deliberativas del Tribunal constitucional de España y del Supremo Tribunal Federal de Brasil*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, coll. Estudios Constitucionales, 2017, p. 87-122.

(96) Tribunal constitutionnel espagnol, n° 128/2023, 2 oct. 2023, BO 1^{er} nov. 2023, p. 146373-146384.

(97) *Ibid.* [« Arrière-plan », 1.].

(98) *Ibid.* [« Arrière-plan », 2.].

(99) *Ibid.* [« Arrière-plan », 3.].

(100) *Ibid.* [« Arrière-plan », 8.].

(101) *Ibid.* [« Arrière-plan », 9.].

(102) *Ibid.*, p. 146384-146401.

(103) *Ibid.* [« Fondements juridiques », 2.].

(104) *Ibid.* [« Fondements juridiques », 3.].

(105) *Ibid.* [« Fondements juridiques », 4.].

fragmentaire, toutes ses caractéristiques ne sauraient en être inférées. Il rappelle la substance de sa décision de 1986. Il s'interroge ensuite sur la nécessité pour le législateur organique de modifier les règles qui lui sont applicables lorsqu'il se trouve en situation d'intérim prolongé.

Il constate que les seules limites qui pèsent sur le législateur organique en la matière sont d'ordre constitutionnel – c'est alors qu'il formule l'*obiter dictum* critiqué, sur lequel il conviendra de revenir. Il rappelle avoir jugé que le législateur organique s'est vu reconnaître une marge de liberté suffisante « pour faire face aux éventualités qui, pour anormales ou atypiques qu'elles soient, peuvent se produire et qui n'ont pas été expressément proscrites par la Constitution ¹⁰⁶ ».

Le Tribunal applique ensuite ce raisonnement général aux questions plus précises qui lui sont posées. Il estime d'abord que la situation dans laquelle se trouvent les titulaires d'une fonction organique ne dépend pas inéluctablement de l'autorité de nomination de ces derniers, puisqu'elle est le fruit du statut qui leur est conféré par l'ordre juridique. Il constate que le renouvellement intégral du Conseil général du pouvoir judiciaire « présuppose ou requiert une situation de normalité institutionnelle ». Il n'identifie pas d'objection constitutionnelle à ce que la loi organique attache, à titre subsidiaire, des conséquences juridiques à la configuration dans laquelle l'une des deux chambres ne remplirait pas ses obligations en matière de nominations au Conseil général du pouvoir judiciaire, dès lors que la Constitution prévoit, pour les douze membres de l'institution choisis parmi les juges et les magistrats, une habilitation de chacune des deux assemblées et non du Parlement conçu de façon globale.

Il juge ensuite que le Conseil a la responsabilité de priver le gouvernement de l'exercice de fonctions par lesquelles il pourrait essayer d'influencer les tribunaux, aussi bien dans l'ordre des nominations et des promotions que dans celui des inspections et des sanctions. Or, au-delà des compétences expressément attribuées au Conseil par la Constitution, une fois que la loi organique a concrétisé l'exigence qui lui incombe – réglementer « la constitution, le fonctionnement et l'organisation des tribunaux, ainsi que le statut juridique des juges et des magistrats de carrière [...], et du personnel chargé de l'administration de la justice » –, le législateur organique est libre de conférer, soit au gouvernement, soit au Conseil général du pouvoir judiciaire, diverses compétences dans toutes les matières qui n'affectent pas le domaine de compétence constitutionnellement réservé au Conseil.

Le Tribunal statue alors sur les deux principaux moyens d'ordre substantiel soulevés par les requérants.

Il écarte d'abord le moyen tiré de ce que le Conseil général du pouvoir judiciaire constituerait un organe nouveau qui aurait été créé sans habilitation constitutionnelle – si bien que le législateur organique exercerait ici sans titre une fonction constituante. Selon le Tribunal, le législateur organique a agi dans le champ de ses compétences constitutionnelles et le Conseil en situation d'intérim ne saurait être conçu comme une nouvelle catégorie d'institution. Dès lors que la Constitution prévoit que le mandat du Conseil est de cinq ans, rien n'empêche le législateur organique, une fois cette période écoulée, d'attacher un régime juridique singulier au Conseil qui remplit ses fonctions à titre intérimaire « dans les termes qu'il juge appropriés à une situation

extraordinaire ou à une anomalie institutionnelle », dès lors qu'il préserve la faculté de l'organe de gérer l'appareil administratif du pouvoir judiciaire. Selon le Tribunal, le renouvellement par les chambres, du Conseil général du pouvoir judiciaire, ne constitue pas seulement une faculté, mais également une obligation constitutionnelle. Dès lors, dans le silence de la Constitution sur un tel Conseil intérimaire, le Tribunal n'identifie aucun obstacle constitutionnel à ce que le législateur organique réglemente, comme il l'a fait, cette situation anormale aux fins de réagir à l'inertie inconstitutionnelle des assemblées parlementaires et de les inciter à y mettre fin.

Le Tribunal écarte ensuite le moyen tiré de ce que le législateur organique, en limitant les compétences du Conseil général du pouvoir judiciaire intérimaire, affecterait sa capacité à garantir l'indépendance du pouvoir judiciaire et placerait ses membres dans un rapport de subordination manifeste à l'égard du pouvoir législatif. À cette fin, il se fonde, là encore, sur le constat d'une situation extraordinaire d'anomalie institutionnelle : le but ultime de ces dispositions transitoires étant d'assurer que les compétences ordinaires du Conseil puissent être pleinement exercées par ceux à qui la Constitution confie, pour cinq ans seulement, de telles fonctions. De ces divers éléments de sa motivation, le Tribunal infère *in fine* la nécessité d'écartier d'autres moyens des requérants ¹⁰⁷.

Par un dispositif lapidaire – comme il se doit –, le Tribunal constitutionnel rejette enfin le recours en inconstitutionnalité. S'y ajoute une opinion dissidente signée par quatre membres du Tribunal couramment perçus comme conservateurs. Elle se concentre sur les griefs d'ordre substantiel des requérants. D'un propos extrêmement long, souvent descriptif, peu structuré, il ressort que ses auteurs font principalement grief à la décision majoritaire du Tribunal de ne pas assez garantir la principale fonction assignée au Conseil général du pouvoir judiciaire par la Constitution : la sauvegarde de l'indépendance du pouvoir judiciaire. À cette aune, ces juges minoritaires estiment que la réduction des compétences du Conseil général du pouvoir judiciaire intérimaire, parce qu'elle le réduit à un simple organe de gestion administrative, l'empêche d'exercer ses fonctions constitutionnelles.

20. La décision provoque de nombreuses critiques, de la part de juristes ¹⁰⁸, d'une association judiciaire ¹⁰⁹, du commissaire européen à la Justice, Didier Reynders, qui affirme son intention de suivre de près les modifications de la loi, en se laissant notamment la possibilité de saisir la Cour de justice de l'Union européenne ¹¹⁰, ainsi que de la part de la Commission des affaires juridiques du Parlement européen ¹¹¹. La condamnation porte principalement sur l'*obiter dictum* du Tribunal. Selon ce dernier, dès lors que la Constitution n'exclut aucun mode de nomination des membres du Conseil général du pouvoir judiciaire, la

(106) Tribunal constitutionnel espagnol, n° 191/2016 [« Fondements juridiques », 8., b.].

(107) *Ibid.* [« Fondements juridiques », 5.].

(108) V., J. Agudo González, « Sobre el nombramiento de los vocales del CGPJ y el deber del TC de impedir la degradación de la independencia judicial con "leyes a la baja" », *Hayderecho*, 25 oct. 2023 ; I. Gomá Lanzón, « Réquiem por el Tribunal Constitucional », *Hayderecho.com*, 5 nov. 2023.

(109) V., Commission nationale de l'Association judiciaire Francisco de Vitoria, communiqué de presse, 16 oct. 2023. V. égal. S. Oliva Parilla, « La muerte de la independencia judicial », *El Mundo*, 22 oct. 2023.

(110) V. G. González, « Europa advierte a España de que llevará la reforma del CGPJ al Tribunal de Justicia », *El Mundo*, 12 oct. 2023.

(111) V., J. Lamet, « El Parlamento Europeo eleva la presión contra España para despolitizar la Justicia y nº amnistiar a malversadores », *El Mundo*, 20 oct. 2023.

proposition de nomination de ces derniers peut, dans le cadre fixé par la Constitution, émaner « en tout ou partie du Congrès ou du Sénat ». Le passage est interprété comme une invitation adressée au Parlement de modifier ce mode de désignation afin d'attribuer aux seuls députés le choix des membres du Conseil, par exclusion du Sénat où le parti populaire est majoritaire. Est fustigée la possibilité apparemment ouverte que le Congrès des députés puisse procéder aux nominations sans le Sénat, où le parti populaire est majoritaire.

Ces réactions incitent – chose rare – le cabinet du président du Tribunal constitutionnel à publier, le 20 octobre 2023, un communiqué de presse¹¹² présenté comme une explication de la portée de la décision : « le Tribunal constitutionnel ne s'est pas prononcé sur le renouvellement du Conseil général du pouvoir judiciaire [...] ». Le communiqué précise que la décision expose « la doctrine du Tribunal sur le système de nomination et de renouvellement des membres [du Conseil général du pouvoir judiciaire] et sur les fonctions qui lui sont confiées ». Pour preuve du silence assumé du Tribunal sur ce point, il est constaté que l'opinion dissidente adjointe à la décision n'en dit mot.

21. De ces inerties et de ces conflits, plusieurs enseignements méritent en définitive d'être tirés.

Premièrement, ils nous rappellent que la limitation dans le temps de la durée des mandats, vertu du constitutionnalisme moderne, n'est jamais acquise. Elle dépend pour partie de la capacité des titulaires de fonctions organiques à tenir leur rôle, dans le respect des prescriptions constitutionnelles, et pour partie d'une capacité à élaborer des lois qui, parce qu'elles neutralisent les incitations à bloquer ainsi les institutions, sont susceptibles de remettre de l'ordre dans les pratiques institutionnelles. Conçu comme le moyen de réussir un renouvellement institutionnel en l'inscrivant dans une continuité, l'intérim, s'il s'éternise, risque de devenir l'obstacle même à ce renouvellement.

Deuxièmement, il est frappant que les garde-fous imaginés pour protéger divers organes juridictionnels contre un risque de politisation indue soient ici devenus, par un singulier retournement, les instruments mêmes de cette politisation. En confiant au Conseil général du pouvoir judiciaire de larges compétences de nomination dans les juridictions les plus importantes du pays, on pensait protéger ces dernières. Parce que la politisation de cette institution a été immédiate, la thérapeutique s'est promptement transformée en poison. Sous ce rapport, chaque énoncé normatif doit toujours être apprécié à l'aune de la possibilité qu'en soit proposée une interprétation chantournée. L'objectif, asymptotique, est largement inatteignable. Il n'en importe pas moins de toujours tendre vers lui.

Troisièmement, ces événements nous rappellent que l'exigence de majorité qualifiée présente souvent plus de désagréments que de vertus. En témoigne le renversement ici décrit : un instrument conçu pour inciter les parlementaires à forger un consensus destiné à accroître la qualité des candidats nommés au Conseil général du pouvoir judiciaire devient l'instrument d'un blocage qui profite précisément à ceux qui ne trouveraient aucun intérêt politique à un tel consensus. Une distinction mérite ici d'être introduite. Lorsqu'elle est appliquée à des procédures qui ne sont ni obligatoires ni inscrites dans une temporalité fixe – à l'instar de révisions constitutionnelles –, l'exigence de majorité qualifiée peut présenter un bilan globalement positif – en dépit

des phénomènes regrettables ici mis en lumière. C'est moins le cas, comme le révèle l'exemple espagnol, quand elle est imposée dans des procédures supposées intervenir à un moment précis : le coût d'un retard prolongé, même s'il n'est que partiellement imputable à cette contrainte, est alors prohibitif.

Quatrièmement, même si l'on ne saurait reprocher au Parlement d'être un organe politique, une incapacité durable de ses membres à mâtiner leurs calculs politiques de considérations tenant à l'intérêt général présente un inconvénient majeur : le risque de nourrir les procès en « patrimonialisation » des organes judiciaires par les partis politiques¹¹³. Cela ne peut que contribuer à délégitimer les institutions dans leur ensemble. Au Parlement aussi, les intérêts politiques ne sauraient être réduits aux seuls intérêts partisans. Or l'échec répété des lois organiques adoptées en la matière depuis près d'un demi-siècle jette le doute sur les priorités des parlementaires à cet égard.

Cinquièmement, la situation espagnole rappelle que, face à des blocages institutionnels de ce type, la réponse n'est, en Europe, pas uniquement nationale : des organes supranationaux peuvent jouer en effet un rôle vertueux en matière de mécanique institutionnelle. Ainsi la Commission européenne n'hésite pas, dans ses rapports annuels sur l'état du droit dans les États membres de l'Union européenne, à inviter l'Espagne à la réforme¹¹⁴ – en s'inspirant d'une recommandation du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe prescrivant l'attribution aux juges du choix d'au moins la moitié des membres de tels conseils¹¹⁵. L'enjeu, à ses yeux, n'est pas seulement espagnol : en garantissant mieux l'indépendance des juges nationaux, il s'agit d'accroître celle de ces juges de droit commun du droit de l'Union européenne¹¹⁶. Du côté du Conseil de l'Europe, l'organe de lutte contre la corruption – le Groupe d'États contre la corruption (GRECO) – critique à son tour « le système de nomination des magistrats au Conseil général du pouvoir judiciaire et la politisation dont il semble imprégné aux yeux du grand public¹¹⁷ ». Ces recommandations restent, pour l'instant, lettre morte.

Il revient désormais aux responsables politiques espagnols de contribuer, sur le long cours, à une dépolitisation du pouvoir judiciaire. Il en va d'exigences cardinales en droit constitutionnel, dans l'ordre de la responsabilisation des titulaires de fonctions organiques, de la limitation de leurs mandats dans le temps et de la possibilité même, d'un renouvellement des sensibilités intellectuelles et politiques au sein des institutions. On ne prolonge pas sans conséquence les mandats constitutionnels. Intérim sur intérim ne vaut.

(113) V. M. L. Martínez Alarcón, « La reforma del Consejo General del Poder Judicial del año 2013 nº Ilegó para solucionar los problemas de la ocupación partidista del órgano », *Cuadernos de Alzate. Revista vasca de la cultura y las ideas*, vol. 50-51, 2018, p. 363-375 ; L. Baamonde Gómez, *La magistratura constitucional en España e Italia. Selección, aspectos temporales del mandato y estatuto jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, coll. Estudios Constitucionales, 2019, p.235-237.

(114) V., European Commission, 2023 *Rule of Law Report. Country Chapter on the Rule of Law Situation in Spain*, 2023, p. 1-6, spéc. p. 5.

(115) Conseil de l'Europe, comité des ministres, recommandation CM/Rec (2010) 12, para. 27.

(116) V., A. Carmona Contreras, « Democracia, Estado de Derecho e independencia judicial en España : un análisis en perspectiva europea », *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, vol. 70, no 1, 2022, p. 141-157, p. 149-151. P. Biglino Campos, « Los estándares europeos sobre la elección de los Consejos judiciales », *Revista general de derecho constitucional*, vol. 38, 2023, p. 2-20.

(117) Groupe d'États contre la corruption [GRECO], « Quatrième cycle d'évaluation. Prévention de la corruption des parlementaires, des juges et des procureurs. Addendum au deuxième rapport de conformité. Espagne », 2 déc. 2022, p. 8, par. 43.

(112) Tribunal constitutionnel espagnol, « Note d'information nº 83/2023 ».