

Le « droit à décider » et le cas de la Catalogne

par

Dr. Joan Ridao*

Le 25 mars 2014, le Tribunal constitutionnel espagnol a accepté partiellement le recours du Gouvernement espagnol contre la Résolution 5/X du Parlement de la Catalogne par laquelle a été approuvée la Déclaration de souveraineté et du droit à décider du peuple de la Catalogne. Dans le même temps, le Tribunal a reconnu aux citoyens de la Catalogne un droit constitutionnel à décider. Les juges constitutionnels ont considéré que les dispositions relatives à ce droit pouvaient être interprétées comme permettant à une aspiration politique de se matérialiser dans un processus respectueux de la légalité constitutionnelle, et spécialement les principes de « légitimité démocratique », de « pluralisme » et de « légalité ». Le Tribunal se réfère, malgré les différences entre les deux cas, à la doctrine de la Cour suprême du Canada sur la sécession du Québec.

I. Le droit international et le cadre juridique de l'Union européenne face au droit à décider

On le sait, le droit international n'envisage pas la sécession comme étant un droit. Au contraire, il consacre le principe d'intégralité territoriale des États, étant donné que la communauté internationale est formée par les États eux-mêmes qui, logiquement, n'en sont pas seulement la source mais en sont aussi les destinataires directs. Cependant, sans en donner une définition très précise, il reconnaît le droit à l'autodétermination (externe ou droit de sécession), dans la Charte de fondation des Nations Unies de 1945 (art. 1.2, 55 et 76), dans les Pactes internationaux sur les droits civils et politiques et sur les droits économiques, sociaux et culturels (Pactes de New York de 1966) et deux résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies (AGNU) : la 1 514 (XV Assemblée) et la 2 625 (XXV Assemblée).

Ainsi, le démembrement des empires centre-européens, la disparition par implosion de l'ancienne URSS et le début de processus de décolonisation ont porté le droit international à accepter, depuis la première moitié du siècle dernier, la création de nouveaux États par le biais du droit à l'autodétermination des peuples présentant des signes d'identité ou de nationalité propres, en légitimant la fracture ou la violation de l'intégrité territoriale des États-matrice¹. Cependant, ce droit a de plus en plus été associé aux droits des peuples colonisés ou soumis, de sorte que les réclamations sécessionnistes de peuples faisant partie d'États libéraux-

* Joan Ridao i Martín est professeur titulaire de droit constitutionnel au Département de droit constitutionnel et de sciences politiques de l'Université de Barcelone (UB), ainsi qu'au Département des études de droit constitutionnel et de sciences politiques de l'Université ouverte de Catalogne (UOC). Il est membre du Conseil de garanties statutaires de Catalogne. Adresse courriel : jridao@ub.edu.

¹ Voy. C. MARGIOTTA, *L'ultimo diritto : profili storici e teorici della secessione*, Bologne, Il Mulino, 2005, pp. 89 et 209.

démocratiques, possédant des constitutions qui respectent leur autodétermination interne (droits culturels, langue, de minimales formes d'autogouvernement, etc.) peuvent difficilement se justifier au vu de ce droit classique. C'est ce qui explique que de nombreux États se soient montrés en général réticents à admettre la sécession d'autres États, bien qu'ils l'aient fait sporadiquement face à des processus de démembrement tels que ceux de l'URSS ou de la Yougoslavie, à l'occasion de pactes internes comme dans le cas de la Tchéquie et de la Slovaquie, ou avec une prévision constitutionnelle explicite comme dans le cas du Monténégro.

Dans ce contexte, nous sommes cependant obligés de remarquer l'opinion consultative de la Cour internationale de justice (CIJ) du 22 juillet 2010 sur la légalité de la déclaration unilatérale d'indépendance (DUI) du Kosovo, dans laquelle, bien qu'elle ne se soit pas manifestée à propos du droit général à la sécession ni prononcée sur le droit à l'autodétermination en particulier, elle a signalé que la déclaration de l'Assemblée de ce territoire, qui était serbe avant, ne violait pas le droit international général, pas plus que la Résolution 1 244 (1999) du Conseil de Sécurité, ni le cadre constitutionnel et que, par conséquent, cette déclaration n'était pas contraire aux règles applicables du droit international². Ainsi, selon la CIJ, la sécession peut être soutenue sur la base d'un autre type de légitimité : l'existence d'un État *de facto*, existence déclarée par une instance démocratique représentative, en l'absence de violence, à la suite d'intenses négociations préalables, bien conduites et de bonne foi, même si elles ont échoué³. Le cas échéant, il est indispensable que la DUI soit suivie d'une situation de fait dans laquelle on peut constater la présence effective d'éléments propres à l'État et, en particulier, l'exercice de la souveraineté⁴.

Par ailleurs, l'attitude de l'Union européenne (UE) face à ce type de situations a été très variée. Lorsque cette question a touché l'un de ses États membres, elle s'est abstenue alléguant qu'il s'agissait d'une affaire d'ordre interne. Cependant, lors de la Déclaration des Douze (Conseil de la Communauté européenne) du 16 décembre 1991, relative aux lignes directrices faisant référence à la reconnaissance de nouveaux États en Europe de l'Est et en Union soviétique, l'UE a semblé accepter la constitution de nouveaux États pour autant qu'ils se créent travers un processus démocratique comportant l'acceptation d'obligations internationales et l'adoption d'un engagement de bonne foi en faveur de processus pacifiques et négociés⁵.

² Le cadre constitutionnel considéré par la CIJ n'a pas été la Constitution de la Serbie mais la Résolution du Conseil de Sécurité 1 244 (1999) et les règles qui en découlent, dans lesquelles on établissait un régime intérimaire d'autogouvernement et où l'indépendance n'était pas expressément défendue en tant que statut final.

³ Après la DUI de l'Assemblée kosovare, la Serbie força la prise de position de l'AGNU qui, par le biais de la Résolution 63/3, du 8 octobre 2008, exigea une opinion consultative de la CIJ. L'AGNU pria la Cour de répondre à la question suivante : « La déclaration unilatérale d'indépendance formulée par les instances provisoires d'autogouvernement du Kosovo est-elle conforme au droit international ? ».

⁴ C'est précisément à travers la doctrine d'efficacité que 69 membres des Nations Unies reconnurent le Kosovo comme un État indépendant au moment où la Cour dicta son opinion, bien que la Serbie n'ait pas accepté son existence et continue à réclamer son intégrité territoriale. Dans ce cas, on n'a pas requis l'accord avec l'État-matrice comme condition de reconnaissance internationale. C'est sans nul doute la contribution capitale de l'opinion consultative de la CIJ.

⁵ Déclaration des Douze sur les lignes directrices faisant référence à la reconnaissance de nouveaux États en Europe de l'Est et en Union soviétique. (Réunion ministérielle extraordinaire, CPE, Bruxelles, 16 décembre

Cela dit, il faut garder à l'esprit, à côté de l'hétérogénéité des intérêts, des précédents historiques et des liens culturels de chacun des États membres de l'UE, le cadre normatif et coutumier de cette singulière (on a parlé de *sui generis*) institution politique qui présente des éléments propres d'une organisation internationale, mais aussi des structures classiques fédérales ou confédérales. Sans nul doute, ceci rend non seulement difficile voire dans bien des cas impossible l'application de solutions de droit international *stricto sensu*. C'est précisément pour cette raison que l'on a finalement intégré dans son ordre juridique aussi bien les accords internationaux auxquels elle participe que les règles coutumières et les principes généraux du droit international qui ne contreviennent pas à ses principes de base et, parmi eux, les principes juridiques communs aux ordres internes des États membres afin d'intégrer la protection des droits fondamentaux et les libertés publiques⁶.

A. L'opinion consultative de la Cour suprême du Canada comme origine de la reconnaissance du droit à décider

On ne peut pas oublier que la Cour suprême du Canada a dicté, en 1998, sa fameuse opinion consultative sur les conditions pour la sécession du Québec, d'une efficacité clairement interne, mais qui a été une source d'inspiration pour d'autres processus similaires⁷. Pour la haute Cour canadienne, la légitimation de la sécession n'est pas exclusivement juridique (« [l]a Constitution n'est pas uniquement un texte écrit ») ; il faut aussi évaluer le contexte socio-politique existant afin d'arbitrer un processus non seulement constitutionnel mais aussi viable dans la pratique. Pour en arriver à cette conclusion, selon la tradition juridique anglo-saxonne, la Cour a tenu compte de principes et de sources telles que le droit international, le fédéralisme, la démocratie, la Constitution, la primauté du droit ou le respect des minorités.

De tout cet acquis de normes et de droit coutumier, la Cour a déduit que le Québec n'avait pas droit à la sécession unilatérale et que le droit international ne prévoyait pas une telle situation⁸. La Cour a néanmoins admis la possible sécession dans le cas où elle serait le produit d'une volonté claire et manifeste de la majorité du peuple québécois en sa faveur (par le biais d'une question non moins claire), ce qui conduirait le gouvernement fédéral et celui de la province à négocier un processus réglementé qui pourrait culminer, le cas échéant, dans

1991). On peut la consulter sur : <http://ocw.um.es/cc.-juridicas/derecho-internacional-publico-1/ejercicios-proyectos-y-casos-1/capitulo2/documento-2-declaracion-ministros-aaee-comunidades-reomocimiento-ex-republicas-sovieticas.pdf> (consultée le 5 avril 2014).

⁶ Art. 6 du Traité de l'Union européenne (TUE).

⁷ L'opinion de la Cour suprême du Canada (« Reference by the Governor in Council concerning certain questions relating to the secession of Quebec from Canada ») servait à résoudre une double question formulée par le Gouvernement fédéral canadien : « Le Droit international autorise-t-il l'Assemblée nationale, le Parlement ou le Gouvernement du Québec à déclarer unilatéralement l'indépendance du Québec du Canada ? » ; et, dans le même sens, « Existe-t-il un droit à la libre détermination selon le droit international qui octroie à l'Assemblée nationale, au Parlement ou au Gouvernement du Québec, le droit à déclarer unilatéralement l'indépendance du Québec par rapport au Canada ? ».

⁸ Aucune constitution, sauf le cas de l'art. 39 de la Constitution de l'Éthiopie (1995) ou l'art. 60 de la Constitution confédérale de la Serbie - Monténégro (2003), ne reconnaît le droit à la sécession et elles imposent le respect des accords adoptés. Voy. Constitution de l'Éthiopie (Charte constitutionnelle de la République fédérale démocratique d'Éthiopie, 1995 : <http://www.refworld.org/docid/3ae6b5a84.html> (consultée le 1er mars 2014) et la Constitution confédérale de Serbie et du Monténégro (Charte constitutionnelle de la Serbie et du Monténégro du 4 février 2003 : <http://www.refworld.org/docid/43e7547d4.html>) (consultée le 1er mars 2014).

une éventuelle réforme constitutionnelle, étant donné sa transcendance spéciale. En effet, pareille possibilité de sécession pourrait entraîner une altération potentielle du statut politique de tout l'État et influencer non seulement la condition civile mais aussi la condition politique d'un grand nombre de personnes⁹. Cette doctrine et la Loi ultérieure sur la Clarté qui l'a précisée¹⁰ a été, sans doute, le modèle suivi dans le cas du référendum de sécession posé par le gouvernement écossais, comme il découle des termes de l'accord d'octobre 2012 entre le gouvernement du Royaume-Uni et de l'Écosse¹¹, car ce dernier répond aux deux exigences de base qui émanent de l'expérience québécoise : l'application du principe démocratique par le biais d'un accord bilatéral et la formulation d'une question claire. Ce référendum s'est déroulé le 18 septembre 2014 et est le premier à présenter ces caractéristiques à l'intérieur de l'Union européenne.

À l'occasion de l'essor de l'institution référendaire et surtout pour des processus tels que le référendum de sécession qui s'est tenu au Monténégro (2006), la Commission de Venise¹² a formulé quelques recommandations sur la validité « juridique » des textes soumis à référendum, par rapport aux conditions que doit remplir la question, et à la validité « substantive » des textes soumis à référendum : ceux-ci doivent être conformes à une loi supérieure et ne pas être contraires aux lois internationales ou aux principes réglementaires du Conseil de l'Europe : démocratie, respect des droits humains et État de droit. Ces recommandations posent aussi des règles spécifiques applicables aux référendums qui se

⁹ « (...) À condition que le Québec exerce ses droits dans le respect des droits des autres, il pourra proposer la sécession et chercher comment l'obtenir par la voie de la négociation. Le processus de négociation, produit de la volonté majoritaire de la population du Québec en faveur de la sécession, en réponse à une question claire, exigerait la conciliation de divers droits et obligations de la part des représentants de deux majorités légitimes, soit une majorité claire de la population du Québec et une majorité claire de l'ensemble du Canada, quelle qu'elle soit. On ne peut accepter que l'une des majorités soit plus importante que l'autre. Une majorité politique qui n'agirait pas selon les principes subjacents de la Constitution que nous avons décrite mettrait en danger la légitimité de l'exercice de ses droits ».

¹⁰ Étant donné que le Québec a déjà organisé deux référendums (1980 – 1995), ce précédent ôte de l'intérêt au débat sur qui décide. Il a été établi que les Québécois ont le droit de décider. C'est ainsi que le débat et l'intérêt de la Loi de la Clarté (1999) se centre sur deux questions-clés : les aspects d'organisation et la portée de ses effets juridiques. La loi précise minutieusement la manière de convoquer un référendum, le type de questions illégitimes pour ne pas troubler les votants ou laisser une trop grande marge de pouvoir discrétionnaire aux négociateurs finaux des accords, etc. Voy. Clarity Act S.C. 2000, c. 26, du 29 juin 2000. On peut le consulter sur : <http://laws.justice.gc.ca/eng/acts/C-31.8/FullText.html> (consulté le 30 mars 2014).

¹¹ L'accord entre les Gouvernements britannique et écossais (Édimbourg, 15 octobre 2012) prévoit la tenue d'un référendum par le biais d'une question claire (« juste et facile à comprendre ») sur l'indépendance de l'Écosse. La question, définie ultérieurement [« Do you agree that Scotland should be an independent country? » (Êtes-vous d'accord sur le fait que l'Écosse doive être un pays indépendant ?)], correspondait sans aucun doute aux termes de clarté exigés dans le cas du Québec, en repoussant un référendum multi-options comme celui que proposait au début le gouvernement écossais. Pour entamer le processus, on lança un Order in Council, c'est-à-dire une délégation de compétence spéciale pour que ce soit le Parlement écossais en charge de convoquer la consultation selon l'article 30 du Scotland Act, en tenant compte du fait que c'était le gouvernement de Westminster qui aurait dû le convoquer.

¹² Il s'agit du Code de bonnes Pratiques en matière électorale (2003) et de la Résolution 235 (2007) ou Code de bonne Conduite en matière référendaire. Le premier document a été approuvé par l'Assemblée parlementaire du conseil de l'Europe lors de la séance de 2003 (la première partie) et par le congrès des Autorités locales et régionales du Conseil de l'Europe lors de la séance du printemps 2003. Le second a été adopté par le Conseil des élections démocratiques et la Commission de Venise du Conseil de l'Europe : <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1144967&Site=COE> (consulté le 17 avril 2014).

tiennent à la demande d'une partie de l'électorat et suite à des initiatives populaires, lorsqu'ils sont prévus par leur Constitution, pour les cas où le Parlement doit émettre une opinion non contraignante sur le texte soumis au vote, le pourcentage de participation ou quorum et les effets contraignants ou consultatifs du résultat du référendum.

Ces recommandations ont également des règles applicables au référendum soit à la demande de l'électorat, soit à la demande d'une initiative populaire (par requête), si ces éventualités sont constitutionnellement raison. Ce sont des cas dans lesquels le Parlement est prévu d'avoir un avis non contraignant sur le texte soumis au vote et que le pourcentage requis de participation (quorum) et même les effets du référendum consultatif est déterminée.

II. Le référendum en Espagne : un instrument démocratique soumis au système représentatif

Comme l'a signalé graphiquement le professeur Torres Muro, lorsqu'il s'agit de décrire le texte de la Constitution espagnole, la doctrine constitutionnelle espagnole se montre « mesquine » quant à l'institution du référendum. Cela est tributaire des efforts du constituant pour consolider le système représentatif de partis après presque quarante ans de dictature, du souvenir alors si proche des pratiques de légitimation plébiscitaire du franquisme et des référendums à des fins « charismatiques » du gaullisme pendant la Ve République, outre l'expérience polémique italienne du référendum abrogatif.

Compte tenu de tout ceci, le Tribunal constitutionnel s'est montré plutôt complaisant avec la prédominance des énoncés participatifs¹³.

C'est pourquoi, en marge des référendums d'approbation et de réforme constitutionnelle et statutaire, un vaste accord politique a donné comme résultat un modèle de consultation de nature consultative, d'initiative exclusivement gouvernementale et de portée étatique prévu dans l'art. 92 de la Constitution espagnole¹⁴. Si nous ajoutons que l'art. 149.1.32 de la Constitution espagnole reconnaît à l'État la compétence exclusive pour autoriser d'en convoquer un, et qu'il en restreint l'objet à des décisions politiques de transcendance spéciale, cela fait de ce référendum consultatif une figure peu opérationnelle en tant qu'instrument de

¹³ À ce sujet, on peut apprécier une bonne exposition de cette opinion doctrinale chez J. L. CASCAJO, E. GARCIA, J. OLIVER et I. TORRES, «Encuesta sobre el referéndum. Encuestados», *Teoría y Realidad Constitucional*, 2012, n° 30, p. 50. De même, la sentence du Tribunal constitutionnel 119/1995 peut servir d'exemple. Elle affirme que « bien que l'on accepte que la loi puisse élargir les cas de participation directe, ces circonstances devraient être, le cas échéant, exceptionnelles dans un régime de démocratie représentative comme celui instauré par notre Constitution, dans lequel prévalent les mécanismes de démocratie représentative sur ceux de participation directe ».

¹⁴ La Constitution espagnole contient différents préceptes dispersés qui mentionnent les référendums. Les plus importants sont l'art. 62 c), qui prévoit la faculté régaliennne pour les convoquer ; l'art. 92.1 et .2, concernant le référendum consultatif de l'art. 92.3, qui renvoie à une loi organique pour son développement normatif ; l'art. 149.1.32, qui réserve à l'État la compétence exclusive pour son autorisation ; l'art. 151.1 relatif au référendum d'initiative autonome ; l'art. 151.2, sur le référendum apporatif des statuts d'autonomie ; l'art. 152.2, consacré au référendum de modification des statuts d'autonomie ; l'art. 167.3, sur la réforme constitutionnelle facultative ; l'art. 168.3, sur la réforme constitutionnelle obligatoire et la disposition transitoire 4.1, concernant le référendum pour l'incorporation de la Navarre dans la CAV (la Communauté autonome basque). Il faut cependant avoir à l'esprit que certains de ces préceptes, bien qu'ils soient inclus dans la Carta Magna, sont des normes de droit transitoire dont l'efficacité juridique est déjà épuisée car le processus de construction de l'État autonome est consommé.

participation directe des citoyens dans les affaires publiques. En outre, cette sorte de référendum consultatif constitutionnalisé fait que les pouvoirs publics ne seraient donc pas obligés d'agir ou d'orienter leurs décisions sur la matière faisant l'objet de la consultation selon le résultat, bien qu'il soit politiquement très difficile de s'éloigner de ce résultat, ce qui créerait des responsabilités politiques.

Cependant, en marge de son caractère, qu'il soit obligatoire ou non, une partie de la doctrine publiciste espagnole pense qu'un développement favorable et plus ouvert de cette institution de démocratie directe est raisonnable, surtout si l'on tient compte du contexte actuel de désaffection politique et des demandes territoriales fondées sur le « droit à décider » du futur politique collectif. Cette ligne argumentaire est précisément l'une des idées de base sous-jacente dans le rapport du Tribunal suprême du Canada de 1998, lorsqu'il soutient qu'une majorité claire obligerait la Fédération canadienne et le reste des provinces à tenir compte de cette volonté exprimée lors d'un référendum et à négocier avec le Québec face à la légitimité démocratique indiscutable de la déclaration populaire.

La législation de développement de cette institution référendaire¹⁵ ne suppose pas tant une régulation complète de cette dernière qu'un instrument pour permettre aux régions espagnoles d'accéder à leur autonomie (jusqu'en 1983). Sans aucune précision quant au domaine d'application du référendum (les majorités nécessaires pour produire un résultat contraignant, ou les critères interprétatifs permettant de concrétiser le sens de l'importante expression « des décisions politiques d'une transcendance particulière »), la seule innovation introduite, dans la ligne de la subordination à la démocratie représentative précédemment signalée, est un mécanisme qui n'a pas été envisagé dans la Constitution et qui la rend d'application plus restrictive : l'exigence de la majorité absolue du Congrès pour permettre au Gouvernement de l'État de convoquer ce référendum.

Mais après quarante ans de démocratie, et dans le contexte actuel de transformations politico-sociales et de lutte pour l'augmentation des droits de ce que l'on appelle « la citoyenneté active »¹⁶, alors qu'en d'autres temps ou lieux on utilisa indûment le référendum, plusieurs voix autorisées se sont prononcées en faveur de sa dépuración et de sa réutilisation pour la démocratie¹⁷.

A. Les référendums autonomiques : une étude théorique

¹⁵ Loi organique sur la régulation des différentes modalités de référendum, datant de 1980.

¹⁶ Le débat sur ce qu'on appelle la « citoyenneté active », concrétisé positivement dans le Traité d'Amsterdam de 1997, naît après la fin de « l'optimisme de la post-guerre » où prit forme un ensemble de préoccupations collectives qui proposaient de nouvelles formules de participation. La demande croissante de mécanismes de démocratie directe est une expression du manque de confiance envers les élites politiques de bon nombre de citoyens européens.

¹⁷ « [...] si l'on soumettait périodiquement à la considération des citoyens les questions les plus polémiques qui naîtraient dans la vie publique, on limiterait l'insupportable pouvoir omni-mode des oligarchies des partis et on donnerait aux citoyens une plus grande capacité de décision politique (moins que celle qu'ils possèdent actuellement est pratiquement impossible), en revitalisant le rôle de premier plan qui leur revient dans une démocratie avancée et crédible ». J. OLIVER ARAUJO, « El referéndum en el sistema constitucional español », *Revista de Derecho Político*, 1989, n° 29, p. 24.

L'indétermination constitutionnelle du référendum consultatif, qui ne spécifie pas son domaine d'application, permet d'envisager qu'on le convoque dans différents domaines territoriaux, y compris l'autonomique, à condition de préserver une correspondance adéquate entre le contenu et la portée de la consultation. Le débat sur la portée territoriale autonome de la consultation ne se poserait pas si on interprétait la référence de l'art. 92.1 de la Constitution espagnole (les personnes convoquées pour participer à ces référendums sont « tous les citoyens ») dans le sens où il n'y a pas de raison pour que la participation de tous les citoyens espagnols influence l'évaluation politique des résultats obtenus dans une communauté autonome concrète¹⁸.

L'indétermination constitutionnelle et légale du référendum consultatif dans l'article 92 de la Constitution espagnole, étant donné que ce dernier ne spécifie pas son domaine d'application, permet de penser que l'on peut en convoquer un dans différents domaines territoriaux, y compris l'autonomique, à condition de préserver la correspondance adéquate entre le contenu et la portée de la consultation. Dans ce sens, ce précepte constitutionnel a un caractère de règle de renvoi et, par définition, demeure ouvert à d'autres types de référendums, différents de ceux que prévoit la Constitution elle-même. Ceci légitimerait au moins une réforme de la loi qui traite des référendums afin de prévoir la configuration de référendums consultatifs au niveau des Autonomies dans le domaine des compétences des Communautés autonomes. Cependant, cette possibilité ne serait même pas nécessaire si on interprétait littéralement l'article 92 (il dit en effet que les personnes convoquées sont « tous les citoyens » et non pas tous les Espagnols) si bien que l'éventuelle participation de tous les citoyens espagnols ne devrait pas influencer l'évaluation politique des résultats obtenus dans une communauté autonome concrète telle que la catalane. En outre, de tout cela, il faut déduire que la voie de l'art. 92.1 CE (Constitution espagnole) ne pose pas de sérieuses objections d'inconstitutionnalité au déploiement de référendums autonomiques, comme l'ont indiqué, en effet, plusieurs constitutionnalistes reconnus tels que Rubio Llorente¹⁹.

Il existe même une possibilité de cession des facultés étatiques dérivées de la compétence de l'État dans l'art. 149.1.32 de la Constitution espagnole en faveur de la Communauté autonome à travers la loi organique de transfert et/ou de délégation de l'art. 150.2 de la Constitution espagnole²⁰. Cette proposition de cession, explorée sans succès à plusieurs occasions, soit à la demande de différents groupes politiques au Congrès, soit sur la proposition du Parlement de la Catalogne dont on a débattu la dernière fois au Congrès des Députés le 8 avril 2014. Elle a été aussi incorporée dans le projet de Statut approuvé par le Parlement de la Catalogne en 2005. On a dit que cette voie présentait de considérables difficultés d'ordre politique, pour autant que l'on puisse considérer que cette compétence condense l'une des garanties politiques de l'unité de l'État, face à l'éventuelle utilisation dans un référendum sur le futur politique d'un territoire de l'État. Mais c'est là un argument hypothétique ou préventif.

¹⁸ Dans ce sens, voy. L. AGUIAR DE LUQUE, « Democracia directa e instituciones de democracia directa en el ordenamiento constitucional español », in G. TRUJILLO, L. LÓPEZ GUERRA et P. GONZÁLEZ TREVIJANO (dir.), *La experiencia constitucional (1978 - 2000)*, Madrid, CEPC, 2000, pp. 67-96.

¹⁹ Voy. « Principios y conveniencias » (« Principes et convenances »), *La Vanguardia*, 18 décembre 2013.

²⁰ Cet article prévoit que l'État peut transférer ou déléguer des compétences étatiques qui, « par leur nature », sont susceptibles d'être passées aux Communautés autonomes par le biais d'une loi approuvée par le Parlement espagnol.

On a aussi dit que cet art. 150.2 de la Constitution espagnole établit comme seuil de toute cession de compétences le fait qu'elles soient susceptibles d'être transférées ou déléguées « par leur propre nature ». En apparence, c'est là un argument plus acceptable. Cependant, il est évident que cette formule permet une vaste interprétation dépendant de la volonté politique qui s'exprime dans chaque cas. À notre avis, cette possibilité est renforcée par la marge d'appréciation politique qui permet ce précepte, et peut dépendre de la forme, de la portée et des conditions dans lesquelles s'articule la cession. Il ne semble pas que l'on puisse parler de compétences que l'on ne puisse pas déléguer. La rédaction de l'art. 150.2 CE est assez générique et ses limites sont tellement indéterminées (matières qui, par leur nature, sont susceptibles d'être transférées ou déléguées) qu'elles permettraient de transférer aux communautés n'importe quelle compétence. Dans ce sens et en ce qui concerne la délégation de la compétence à convoquer des référendums, il ne devrait pas exister d'inconvénients à condition qu'il s'agisse de référendums de nature consultative qui n'impliqueraient pas une réforme constitutionnelle cachée, comme nous l'analyserons par la suite dans le cas basque. N'oublions pas qu'il s'agit, en outre, d'un mécanisme similaire à celui qui a été utilisé lors du référendum sur l'indépendance de l'Écosse²¹.

B. La doctrine constitutionnelle face aux normes autonomiques référendaires

Il est un fait que certaines communautés autonomes, comme la Catalogne, ont légiféré en matière de référendum. Plus précisément, la Loi catalane 4/2010²², en partant de l'option statutaire (art. 122), identifie le référendum comme une modalité concrète de consultation populaire qui exige l'autorisation de l'État (149.1.32 CE), en faisant une réserve expresse en faveur de ce dernier sur le développement du droit fondamental de participation politique de l'art. 23 CE²³. C'est ainsi que la Generalitat possède le pouvoir de régler non seulement l'initiative mais aussi le procédé préalable à la convocation²⁴. Plus tard, le Gouvernement de la Generalitat puis le Parlement de Catalogne²⁵ ont signifié clairement, à plusieurs reprises, leur volonté de disposer d'une loi sur les consultations populaires non référendaires, pour

²¹ Légalement, seul le gouvernement britannique pouvait convoquer cette consultation, mais ce dernier accepta de céder provisoirement (Order in Council) cette compétence selon l'article 30 du Scotland Act et en vertu de ce que l'on appelle l'Accord d'Édimbourg d'octobre 2012.

²² Loi 4/2010, du 17 mars, de consultations populaires par voie de référendum de Catalogne. DOGC n° 5 595, du 25 mars 2010.

²³ Sur la base d'un rapport préliminaire datant de 2003, élaboré par l'Institut d'Études autonomiques, qui suggéra la possibilité d'inclure dans le Nouveau statut une modalité de consultation populaire distincte du referendum, afin d'obtenir un « jugement des citoyens sur des questions d'intérêt général en matière autonome ou locale ». Voy. Institut d'Estudis Autònoms, *Informe sobre la reforma del Estatuto*, 2003). Plus précisément, cet art. 122 accorde qu'il « correspond à la Generalitat [gouvernement autonome de la Catalogne] la compétence exclusive pour l'établissement du régime juridique, les modalités, le procédé, la réalisation et la convocation, par la Generalitat elle-même ou par les organes locaux, dans le domaine de leurs compétences, d'enquêtes, d'audiences publiques, de forums de participation ou tout autre instrument de consultation populaire, sauf ce qui a été prévu dans l'article 149.1.32 de la Constitution ».

²⁴ Cependant, le Conseil des Ministres décida le 23 décembre 2010 de former un pourvoi d'inconstitutionnalité pour une possible fragilisation des compétences de l'État sur la réglementation et l'organisation de référendums.

²⁵ Le texte de la proposition de loi a été déclaré recevable le 26 mars 2013 et publié dans le BOP n° 50 du 27 mars.

réaliser une consultation sur le futur politique de la Catalogne, loi qui dispenserait de la nécessité que l'État les convoque, délègue ou autorise.

En somme, en ce qui concerne une future législation sur les consultations non référendaires, nous avons vu que cette possibilité trouve son origine au moment de l'approbation de la Constitution de 1978, lorsqu'on exige l'autorisation de l'État pour convoquer des référendums (art. 149.1.32 CE), même si elle s'est manifestée vigoureusement à partir du moment où la doctrine du Tribunal constitutionnel a totalement exclu le référendum autonome de la compétence des Communautés autonomes sur des consultations populaires, en particulier avec la sentence du Tribunal constitutionnel (STC 103/2008). La principale objection de constitutionnalité posée a été le fait que, de fait et de droit, ce mode de consultation de pourrait parfaitement constituer un « référendum caché » et que, par conséquent, cela enfreindrait la doctrine du Tribunal constitutionnel qui soutient que cette classe de consultations (dans le cas où il s'agirait d'authentiques référendums, bien sûr) ne peuvent être convoqués et réglés complètement que par l'État (STC 31/2010, FJ (Fondement juridique) 69).

Il est certain que les contours entre le référendum et les consultations populaires n'ont jamais été très clairs. Mais il ne fait aucun doute qu'il existe bien des consultations populaires par voie de référendum, selon l'art. 149.1.32 CE (en référence à l'autorisation obligatoire de l'État) ; *a sensu contrario*, il faut au moins prévoir l'existence d'autres types de consultations qui ne s'opèrent pas par voie de référendum, c'est-à-dire qui n'exigent pas cette fameuse autorisation²⁶. Jusqu'à l'apparition des statuts de seconde génération, cette possibilité présentait en outre un éventail hétérogène et confus de solutions normatives. La Loi organique de Régulation des modalités de Référendum (LORMR) excluait expressément « les consultations populaires que pouvaient réaliser les mairies(...) » du domaine d'application de la loi sans que, paradoxalement, la Loi de Base du Régime local (LBRL) en parle explicitement (art. 71), pas plus que ne le faisaient les régulations sur les consultations de domaine local de l'Andalousie, de la Navarre, de l'Aragon ou de la Catalogne. Cependant, plus tard, le Tribunal constitutionnel précisa les différences entre « référendum » et « consultation populaire » comme nous l'avons vu précédemment (STC 103/2008). Le Tribunal, suivant le sillage de sa propre doctrine établie dans la STC 119/1995, procéda à la distinction entre participation politique et participation en général, caractérisant le référendum comme un instrument de participation directe des citoyens de nature strictement politique, dans la mesure où il est imputable au corps électoral. Dans tous les autres cas, on peut en déduire que, lorsqu'on demande une opinion au citoyen, on se trouve face à une consultation non référendaire.

C. L'antécédent basque et l'étroitesse d'esprit du Tribunal constitutionnel de 2008 face aux consultations autonomiques

²⁶ Pour M. Castellà, selon l'argumentation même du TC, ce qui est fondamental c'est le vote, or dans le reste des modalités de consultation populaire on demande une opinion. Pour cela il n'existe pas de sujets (il peut s'agir d'individus ou de collectifs), pas de procédés ni d'objets prédéterminés. Ainsi, selon lui, il existe une liberté totale pour configurer cette institution participative et, en outre, on ne peut pas parler de décision (référendum), mais d'opinion (consultation) parce que, comme on le sait déjà, le référendum a une nature consultative. Voy. J. M. CASTELLÀ, « Consultas populares no referendarias en Cataluña. ¿Es admisible constitucionalmente un *tertium genus* entre referéndum e instituciones de participación ciudadana? (Consultations populaires non référendaires en Catalogne. Un *tertium genus* entre référendum et institutions de participation citoyenne est-il constitutionnellement admissible ?) », *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2013, n° XIV, p. 133.

Avant la Catalogne, il y eut en Espagne un autre processus politique territorial ayant invoqué le droit à décider en faveur de la tenue de consultations des citoyens, à savoir le Pays basque. Dans un décor politique encore marqué par la violence terroriste de l'organisation ETA, la Proposition de Statut politique de la Communauté d'Euskadi (2003)²⁷ a été envisagée pour faciliter un processus de paix et a été concrétisée juridiquement par une réforme du Statut d'autonomie. Elle a été refusée par le Congrès des Députés. Par la suite, le Parlement basque a approuvé un « Projet de loi de Convocation et de Régulation d'une consultation populaire afin d'obtenir, dans la Communauté autonome du Pays basque (CAV), l'opinion des citoyens sur l'ouverture d'un processus de négociation en vue d'atteindre la paix et la normalisation politique ». Le projet se basait sur les « principe éthique » et « principe démocratique », assumant les engagements d'aborder la fin dialoguée de la violence et d'encourager un processus de négociation entre tous les partis basques sans exclusion. Ces deux engagements devaient être canalisés à travers une offre préalable de dialogue avec le Gouvernement qui se formalisa le 8 septembre 2007 et qui, si elle aboutissait à un accord, devait être ratifiée lors d'une consultation non contraignante²⁸. La stratégie de ce plan s'inspirait du contenu de l'opinion consultative de la Cour suprême du Canada sur la sécession du Québec, comme c'était manifeste dans son préambule, plaidant pour le droit à décider en tant que méthode.

La loi basque attribuait un caractère non contraignant à cette consultation, elle était basée sur l'art. 9.2. e du Statut d'autonomie du Pays basque qui prévoit que les pouvoirs publics facilitent « la participation de tous les citoyens à la vie politique, économique, culturelle (...) » afin de considérer non-nécessaire aussi bien l'application de la Loi organique 2/1980, du 18 janvier, régulatrice des différentes modalités de référendum (LORMR) que l'autorisation préalable de l'État de l'art. 149.1.32 de la Constitution espagnole, en s'en remettant expressément, pour tout ce qui n'est pas prévu par la loi, aux dispositions régulatrices des processus électoraux du Pays basque, tout particulièrement la Loi 5/1990, du 15 juin, d'élections au Parlement basque.

Le gouvernement espagnol présenta un pourvoi devant le Tribunal constitutionnel. Dans sa sentence 103/2008, du 11 septembre, il résolut le conflit de compétence qui s'était présenté en déclarant inconstitutionnelle la loi approuvée par le Parlement basque, exposant que la loi non seulement heurtait les compétences expressément attribuées à l'État mais allait aussi à l'encontre du fait que l'on ne peut convoquer et tenir que des référendums expressément

²⁷ Si le texte de la proposition, plus connu sous le nom de son président et promoteur (« Plan Ibarretxe »), ne mentionnait pas explicitement qu'il s'agissait formellement d'une réforme statutaire, l'initiative se vérifia par la démarche prévue dans ce but dans l'art. 46.1 de l'Estatuto de Autonomía del País Vasco. Diario de Sesiones del Parlamento Vasco (DSPV) (Statut d'autonomie du Pays Basque. Journal des séances du Parlement basque), VIIe Législature, n° 114, du 30 décembre 2004.

²⁸ La Loi 9/2008, du 27 juin, contient un seul article : le premier paragraphe déclarait qu'en vertu de l'autorisation du Parlement basque, le Lehendakari (président du gouvernement basque) soumettrait à la consultation de tous les citoyens du Pays basque ayant droit à un suffrage actif et à caractère non contraignant les questions suivantes : « a) Êtes-vous d'accord pour soutenir un processus de fin négociée de la violence si, au préalable, l'ETA manifeste de manière non équivoque sa volonté d'y mettre fin pour toujours ? » et « b) Êtes-vous d'accord pour que les partis politiques basques, sans exclusion, entament un processus de négociation afin d'atteindre un accord démocratique sur l'exercice du droit à décider du peuple basque et que cet accord soit soumis à référendum (régional) avant la fin de 2010 ? ». Le paragraphe 2 prescrivait que la consultation, convoquée par le Lehendakari, se tiendrait le 25 octobre 2008 dans la Communauté autonome basque.

prévus dans les normes de l'État, y compris les statuts d'autonomie, comme le prévoit la Constitution.

Mais il existe un autre élément de la sentence du Tribunal constitutionnel plus notoire pour notre analyse : c'est l'impossibilité qu'ont une communauté autonome ou l'État de convoquer des référendums avant la réforme constitutionnelle. S'il est vrai que la Constitution prévoit expressément certaines modalités de référendums contraignants et surtout le référendum consultatif au niveau de l'État, sans faire aucune référence aux Communautés autonomes, il est non moins vrai que cela est dû au fait que les Communautés autonomes n'existaient pas au moment constituant. Cela n'a pas été un obstacle pour qu'un autre institut de démocratie participative comme l'Initiative législative populaire (ILP) ait été largement développé dans la sphère autonome. Au contraire, s'il existait une régulation autonome sur les référendums, nous serions devant une manifestation liée au principe démocratique et au pouvoir d'auto-organisation des Communautés autonomes. En fait, il n'existe ni base ni raisons pour une interprétation restrictive, qu'il s'agisse des attributions des autorités qui comptent sur le soutien des représentants des citoyens ou qu'il s'agisse du droit de participation consultative directe des citoyens. Précisément, cette sentence diffère de celle que nous traiterons par la suite sur la Déclaration de Souveraineté catalane et qui nous permettra d'affirmer qu'entre les deux, le Tribunal constitutionnel a introduit, même si c'est tacitement, un changement de doctrine.

III. La Catalogne : de la réforme autonome au droit à décider

Si la revendication par la Catalogne de ses droits politiques est une longue histoire, nous pouvons affirmer que le début du processus politique lié directement au droit à décider peut se situer autour de la sentence du Tribunal constitutionnel 31/2010, du 28 juin, sur la réforme du Statut d'autonomie de la Catalogne, après un cheminement très accidenté aux Cortes espagnoles (le Parlement espagnol). Ce processus a beaucoup modifié la proposition issue du Parlement de la Catalogne de 2005, qui s'est conclue en Catalogne par la ratification en référendum du texte approuvé aux Cortes générales espagnoles.

La sentence du Tribunal constitutionnel sur le Statut d'autonomie de la Catalogne (adopté quatre ans après le référendum) qui a déclaré inconstitutionnels, ou a interprété restrictivement la plupart des articles fondamentaux du texte, a été perçue par la plupart des citoyens catalans et les principaux acteurs politiques et sociaux comme étant la désactivation opérationnelle d'une bonne partie du texte statutaire et, au-delà, comme une grande déception en termes politiques. Ceci entraîna une première réaction des citoyens, peu de jours après, lors de la grande manifestation à Barcelone sous le slogan « Nous sommes une nation. Nous décidons. » qui, le jour de la fête nationale catalane (11 septembre 2012), se transforma en la manifestation la plus massive qui ait eu lieu en Catalogne, précédée d'une pancarte porteuse d'une phrase sans ambiguïté : « La Catalogne, un nouvel État de l'Europe ».

L'accord de gouvernement souscrit après les élections autonomiques de novembre 2012 a incorporé de manière explicite l'engagement des formations signataires (CiU, la formation du Président Artur Mas, et ERC, le parti historique catalan de souveraineté de gauche) pour encourager toute sorte d'actions gouvernementales et parlementaires dans cette direction, ouvertes au reste des groupes politiques. C'est ainsi que le 21 janvier 2013, le Parlement catalan a approuvé la Résolution 5/X, sur la « Déclaration de souveraineté et le droit à décider

du peuple catalan »²⁹. Une déclaration qui, bien que ce n'était pas la première fois que l'on adoptait une résolution de ce genre³⁰, avait des caractéristiques spécifiques par rapport aux accords précédents : elle ne se limitait pas à l'affirmation d'un droit à décider générique et sans concrétisation dans le temps, mais proposait son exercice au sein d'un processus à réaliser pendant le mandat parlementaire³¹. En outre, la Résolution n'invoquait pas le droit à l'autodétermination comme les premières, en raison du fait que ce n'était pas d'application selon le droit international.

Le 12 décembre 2013, le président de la Catalogne, M. Artur Mas, est arrivé à un accord avec les représentants des partis souverainistes, qui représentent 64,4 % de la Chambre catalane, sur la question à formuler et la date d'un référendum. La formulation, composée de deux parties (avec deux questions qui s'emboîtaient), était inspirée de la consultation sur l'indépendance qui s'était tenue à Porto Rico en 2012 : « Voulez-vous que la Catalogne devienne un État ? Oui ou Non. Dans le cas d'une réponse affirmative, voulez-vous que cet État soit indépendant ? Oui ou Non ». L'accord avec ces partis a également servi à fixer la date du 9 novembre 2014 comme date du vote. De son côté, l'exécutif espagnol a rappelé qu'il était disposé à faire appel, et il l'a fait, sur tout accord des institutions de Catalogne dès que ce fameux accord politique serait formalisé. Plus concrètement, le président espagnol, M. Mariano Rajoy, n'a laissé planer aucun doute : il a averti qu'à son avis la consultation était « inconstitutionnelle et qu'elle n'aurait pas lieu ». Les sondages d'opinion publiés aux alentours de cette date coïncident pourtant sur le fait que les citoyens catalans voulaient réaliser la consultation : selon le Centre d'Étude d'Opinion de la Generalitat de Catalunya (CEO), 71 % des Catalans étaient partisans de la tenue de la consultation (et 55 % des votants auraient été partisans de la sécession, chiffre que le Centre de Recherche sociologique espagnol (CIS) ramenait à 40 %) ³².

²⁹ Le 23 janvier 2013, le Parlement de la Catalogne a approuvé la Résolution 5/X, par laquelle on accordait d'entamer le processus pour rendre effectif l'exercice du « droit à décider » dans les termes suivants : « Le peuple de la Catalogne possède, pour des raisons de légitimité démocratique, le caractère de sujet politique et juridique souverain ». Et d'ajouter qu' « on faciliterait tous les instruments nécessaires pour que l'ensemble de la population et de la société civile catalane soit en possession de toute l'information et de la connaissance adéquate pour exercer le droit à décider et pour que l'on promeuve sa participation au processus ; en outre, on dialoguera et on négociera avec l'État espagnol, avec les institutions européennes et avec l'ensemble de la communauté internationale (...) ». Cette Résolution a été approuvée par 85 votes favorables (50 CiU, 21 ERC, 13 ICV et 1 CUP), 41 votes défavorables (17 PP, 15 PSC et 9 Ciudadanos) et 2 abstentions (CUP). Voy. Diario de Sesiones del Parlamento de Cataluña (DSPC), X legislatura n° 4, du 23 janvier 2013, et le Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña (BOP) n° 13, du 24 janvier 2013.

³⁰ La première fois ce fut en 1989 : Résolution 98/III, approuvée dans le contexte historique de l'indépendance des républiques baltes, suivie d'autres en 1991, 1998, 1999, 2010, 2011 et 2012, dans lesquelles on affirmait, sous différentes formulations, le droit de la Catalogne à son « autodétermination » et, plus récemment, à « décider » par le biais de la réalisation de référendums ou de consultations sur le futur politique collectif. Il faut souligner qu'aucune de ces procédures préalables n'a été contestée devant le Tribunal constitutionnel.

³¹ Un élément important de ce processus s'est passé le 12 décembre 2013. Le président de la Generalitat de Catalogne, Artur Mas, a arrêté avec les représentants des partis ayant une représentation parlementaire : CDC, UDC, ERC, ICV-EUiA et CUP, la date de la consultation et la formulation de la question en deux parties : « Voulez-vous que la Catalogne devienne un État ? Oui ou non. En cas de réponse affirmative, voulez-vous que cet État soit indépendant ? Oui ou non ».

³² Baromètre d'opinion politique. Troisième vague. 22 novembre 2013. <http://ceo.gencat.cat/ceop/AppJava/pages/estudis/registrats/> (consulté le 18 décembre 2013). Lors d'une enquête

Plus tard, le Parlement de la Catalogne s'est accordé (le 4 décembre 2013) pour présenter une Proposition au Parlement espagnol sollicitant instamment, selon l'article 150.2 de la Constitution espagnole, la délégation au Gouvernement autonome de la Catalogne de la compétence qui permettrait « d'autoriser, de convoquer et de réaliser un référendum sur le futur politique collectif de la Catalogne, selon les termes qui seraient accordés avec le gouvernement de l'État ». Afin de soutenir politiquement cette proposition, le Préambule affirmait que « La Constitution et le Statut [d'autonomie de la Catalogne] consacraient le principe démocratique comme étant l'une des valeurs essentielles de notre cadre politique et juridique », articulé « par le biais de la démocratie directe des citoyens dans les affaires publiques (...) surtout à un moment où, socialement et institutionnellement, il se produit une demande majoritaire et sans équivoque dans ce sens, demande dont le sujet politique de référence est la condition indéniable de communauté nationale ».

Lorsque cette proposition fut repoussée par le Congrès espagnol des Députés, le Parlement de la Catalogne a approuvé une loi de consultations populaires non référendaires (19 septembre 2014)³³. À partir de là, il y eut un enchaînement rapide de décisions. Le jour même de la publication de la loi, le président catalan approuva le Décret 129/2014 de « convocation de la consultation populaire non référendaire sur le futur politique de la Catalogne dans lequel on convoqua la consultation mentionnée dans son titre pour le 9 novembre 2014. Deux jours plus tard, le président du Gouvernement espagnol interjeta appel d'inconstitutionnalité contre certains préceptes de la Loi de Catalogne 10/2014, appel qui fut accepté par le Tribunal constitutionnel en sa formation plénière de même que l'appel contre le Décret de convocation, avec effet immédiat de la suspension des deux règles *ex art.* 161.2 CE, ainsi que des autres actions de préparation pour convoquer cette consultation ou qui y étaient rattachées. Dans l'attente de la décision du Tribunal constitutionnel espagnol, le 9 novembre 2014 a eu lieu une consultation informelle et pas prévue d'un point de vue légal convoquée par le Gouvernement catalan. Le scénario de blocage politique entamé entre les deux gouvernements a ouvert la porte à la convocation d'élections catalanes, de type plébiscitaire, au cours du premier trimestre 2015. Lors de ces élections, les partis politiques catalans devront se prononcer sur une éventuelle déclaration unilatérale d'indépendance proclamée par le Parlement catalan à la sortie des urnes.

A. La sentence du Tribunal constitutionnel sur la « Déclaration de souveraineté et le droit à décider du peuple catalan » : une porte ouverte au droit à décider

Le Gouvernement espagnol a décidé de contester, selon l'art. 161.2 de la Constitution espagnole, la Résolution 5/X, avec l'avis favorable du Conseil d'État, pour fragilisation présumée des arts. 1.2 ; 2 ; 9.1 et 23 de la Constitution espagnole relatifs à l'art. 168 de cette même Constitution. L'exécutif a considéré que n'importe quelle réforme constitutionnelle qui « changerait substantiellement » le modèle d'État devait être le produit de la décision de l'ensemble du peuple espagnol, titulaire de la souveraineté nationale, suivant ainsi fidèlement le processus prévu dans l'art. 168 CE. En même temps, il a émis l'opinion que l'on enfreignait

publiée par *El Periódico de Catalunya* peu après que la question ait été rendue publique, 44 % des Catalans voteront pour l'indépendance et 36 % contre. Un fort pourcentage, près de 20 %, n'avait pas encore décidé de leur position pour la consultation proposée. Un « oui » aux deux questions proposées par Mas est l'option préférée mais n'atteint pas 50 % (<http://www.elperiodico.cat/ca/noticias/politica/catalans-votarien-per-independencia-contra-2924933>, consulté le 18 décembre 2013).

³³ « Loi 10/2014, du 26 septembre, sur les consultations populaires non référendaires et autres formes de participation citoyenne », *Diari Oficial (Journal officiel) de la Generalitat de Catalunya* du 27 septembre.

le droit à la participation politique des citoyens résidants sur le reste du territoire espagnol, en affaiblissant la portée de l'art. 23 CE et celui du devoir constitutionnel de l'art. 9.1 CE, sur l'assujettissement des citoyens et des pouvoirs publics à la Constitution et au reste de l'ordre juridique.

Cependant, ces arguments ont été repoussés par la sentence du Tribunal constitutionnel du 25 mars 2014. Comme corollaire de tout son raisonnement favorable à la constitutionnalité des références au droit à décider de la Résolution 5/X, la sentence affirme même que « [l]'exposé des conceptions qui souhaitent modifier le fondement même de l'ordre constitutionnel a sa place dans notre ordre juridique, à condition qu'il ne soit pas préparé ou défendu à travers une activité qui blesserait les principes démocratiques, les droits fondamentaux ou le reste des mandats constitutionnels, et la tentative de son obtention effective se réalise dans le cadre des processus de réforme de la Constitution (...) ».

La sentence du Tribunal constitutionnel³⁴ contient deux questions très différentes pour notre étude. D'une part, elle a déclaré que « la clause première de la Déclaration, qui proclamait le caractère de sujet politique et juridique souverain de Catalogne, doit être considérée inconstitutionnelle et nulle »³⁵. Car la reconnaissance du peuple catalan en tant que « sujet politique et juridique souverain » opérée par cette déclaration était contraire aux arts.1.2 et 2 de la Constitution espagnole et aux arts. 1 et 2.4 du Statut d'autonomie de la Catalogne, ainsi que, par rapport à ces derniers, aux arts. 9.1 et 168 de la Constitution espagnole.

Ce qui est important, c'est que le haut Tribunal espagnol déclara que les références au « droit à décider des citoyens de la Catalogne » étaient constitutionnelles car, de son point de vue, elles ne consacraient pas un droit d'autodétermination non reconnu constitutionnellement mais bien une aspiration politique à préciser par le biais d'un processus adapté à la légalité constitutionnelle par rapport aux principes de « légitimité démocratique », de « pluralisme » et de « légalité ». L'argumentation du Tribunal non seulement mésestima le raisonnement selon lequel le droit à décider des citoyens de la Catalogne ne pouvait exister que lorsque la réforme constitutionnelle serait terminée mais, en outre, accueillit la doctrine de la Cour suprême du Canada sur la sécession du Québec qui en appelle à la possibilité selon laquelle les membres d'une communauté politique pouvaient définir, sur la base de majorités claires et librement formées, leur propre cadre juridico-politique. Cependant, la STC 42/2014, contrairement à l'avis de la Cour canadienne, n'a pas donné de réponse à la question de savoir si un référendum consultatif et en accord avec l'État, comme celui proposé par certaines forces politiques de la Catalogne sur le futur politique de ce territoire, serait considéré constitutionnel. Néanmoins, il est certain qu'il y a là des éléments suffisants pour permettre de penser qu'il en serait ainsi.

³⁴ Voy. http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP_2014_026/2013-01389STC.pdf.

³⁵ La sentence a signalé, en particulier, que « le fait de reconnaître au peuple catalan sa qualité de souverain, qualité non prévue dans notre Constitution pour les nationalités et les régions qui forment l'État, est incompatible avec l'art. 2 CE, car cela suppose d'octroyer au sujet partiel à qui on accorde cette qualité, le pouvoir de rompre, par sa seule volonté », ce que la Constitution déclare comme étant son propre fondement dans le précepte cité : « l'indissoluble unité de la nation espagnole ». En tant que réalité socio-historique, la Catalogne (et toute l'Espagne) – allègue le TC – est antérieure à la Constitution de 1978. Cependant, du point de vue juridico-constitutionnel, le peuple catalan invoqué par la Déclaration est « un sujet qui se constitue dans le monde juridique en vertu de la reconnaissance constitutionnelle (comme cela se passe avec l'ensemble du "peuple espagnol" dont, selon l'art. 1.2 CE, émanent tous les pouvoirs de l'État) ».

On peut donc conclure que, avec cette déclaration, le TC a modifié sa doctrine précédente, plus précisément la STC 103/2008, où il soutenait que la consultation prévue par la Loi basque 9/2008 ne touchait pas seulement le fondement de l'ordre constitutionnel en vigueur, en remettant en question l'identité et l'unité du sujet souverain, mais qu'il existe aussi certaines limites implicites dans la Constitution dont, entre autres, l'unité indissoluble de l'État.

Il faut aussi tenir compte du fait que les déclarations de différentes juridictions régionales et globales et la praxis dans certains pays libéraux-démocratiques tels que le Canada ou le Royaume-Uni ont précisément contribué à la juridicisation du droit à décider, auquel fait expressément référence la STC 42/2014, à partir d'une série de principes qui, sans former encore un vrai corpus juridique, précisent sa portée, différente du droit à l'autodétermination, réservé aux situations de décolonisation, surtout le principe démocratique et les principes de viabilité et d'efficacité reconnus dans le Droit international. Ces exemples suggèrent sans aucun doute la possibilité que les membres d'une communauté politique puissent définir leur propre cadre juridico-politique à partir de majorités claires et librement formées.

Finalement, on sait très bien qu'en droit comparé il existe de nombreux États composés qui admettent au siège constitutionnel la capacité des pouvoirs politiques sous-étatiques de convoquer unilatéralement des référendums sur leurs territoires respectifs. Ce n'est pas le cas du système espagnol qui, comme cela a déjà été analysé, étant donné la faible constitutionnalisation de cette figure et la détermination traditionnelle de donner plus de force au système de démocratie représentative, a fini par reléguer le référendum consultatif prévu par l'article 92 CE à l'hypothèse qu'il se plie à l'autorisation des institutions centrales. Dès lors, rien ne devrait s'opposer à ce que, après les réformes nécessaires, on puisse prévoir des référendums dans le domaine sous-étatique, ou parce qu'il y aura eu délégation des fonctions exécutives de l'État. En fait, la Constitution espagnole ne contient aucune interdiction à ce sujet. Et tout cela afin de connaître l'opinion des citoyens sur une question d'importance politique, sans que cela ne touche nécessairement et immédiatement l'unité et l'identité du sujet de la souveraineté espagnole.

B. La reconnaissance du droit à décider différent du droit à l'autodétermination

D'autre part, et cela est très important, la sentence reconnaît expressément que le droit à décider est différent du droit à l'autodétermination et qu'il peut s'exercer dans le cadre de la Constitution. À côté de cette reconnaissance, la sentence plaide pour le dialogue et reconnaît que les pouvoirs publics sont appelés à résoudre les problèmes territoriaux par le biais du dialogue et de la coopération. Devant de possibles scénarios de changements institutionnels, le Tribunal affirme que la primauté de la Constitution ne doit pas être confondue avec une exigence d'adhésion positive à celle-ci, car elle est modifiable ; par conséquent, les énoncés qui auraient pour objectif sa réforme, à condition qu'ils soient préparés ou défendus à travers une activité qui ne viole pas les principes démocratiques, les droits fondamentaux ou le reste de mandats constitutionnels, sont admissibles.

S'il est vrai que la sentence affirme que « dans le cadre de la Constitution, une communauté autonome ne peut pas convoquer, unilatéralement, un référendum d'autodétermination pour décider sur son intégration à l'Espagne », elle explique la possibilité d'une « interprétation constitutionnelle » de ce que l'on appelle le « droit à décider », compris « comme une aspiration politique à laquelle on parvient par le biais d'un processus conforme à la légalité constitutionnelle » en ce qui concerne les principes de « légitimité démocratique », de « pluralisme » et de « légalité », expressément proclamés dans la

« Déclaration de souveraineté » du Parlement de la Catalogne, en étroite relation avec le « droit à décider ».

La reconnaissance du droit à décider suppose un positionnement très important de la sentence car, pour la première fois, le Tribunal le reconnaît comme un droit pouvant protéger la réalisation d'activités destinées à « préparer » et à « défendre » la séparation de la Catalogne, voire à obtenir « la réalisation effective » de cet objectif dans le cadre des processus de réforme de la Constitution. Sur ce point, la sentence part de la prémisse, qui a déjà été manifestée dans d'autres résolutions, que l'ordre constitutionnel espagnol ne répond pas à un modèle de « démocratie militante » et que, par conséquent, elle peut accepter toute sorte de conceptions « qui souhaiteraient modifier le fondement même de l'ordre constitutionnel » comme, par exemple, « la volonté d'altérer le statut juridique » d'une Communauté autonome.

Il faut en outre remarquer que la sentence ne concrétise pas ni ne limite le « droit à décider » à la seule possibilité de lancer un processus de réforme constitutionnelle, comme le voulait l'Avocat de l'État ; mais, pour la première fois, elle déclare de manière explicite, que les pouvoirs publics d'une communauté peuvent légitimement réaliser des activités destinées à « préparer et à défendre » l'objectif politique qu'ils jugent opportuns, à condition que ces activités se fassent sans violer « les principes démocratiques, les droits fondamentaux ou le reste des mandats constitutionnels ». Il s'avère logique que ces activités de préparation et de défense peuvent être réalisées avant qu'il n'y ait eu une réforme constitutionnelle qui accueillerait le contenu de la revendication : c'est-à-dire la mise en marche des objectifs auxquels répondent les actes de préparation et de défense qui pourraient toucher tous les Espagnols et, du point de vue juridique, pourraient exiger une réforme constitutionnelle.

Le Tribunal rappelle ainsi la faculté que possède le Parlement de la Catalogne d'entamer un processus de réforme constitutionnelle en présentant une proposition de réforme de la Constitution en suivant le biais des procédés prévus par l'art. 87.2 CE et en avertissant que, dans le cas où cette initiative serait formulée, sans effets contraignants (car elle ne prédétermine pas le résultat, dit-il), en vertu du devoir de loyauté constitutionnel, « – le Parlement espagnol devrait commencer à la considérer – »³⁶. En outre, bien que le Tribunal ne le dise pas explicitement, on peut déduire, selon la STC du 25 mars 2014, que cela n'est pas un obstacle à la réalisation d'une consultation préalable, à travers un référendum ou un autre type de consultation non contraignante, auprès des citoyens d'une communauté autonome.

Ainsi, l'argumentation du Tribunal non seulement débout les prétentions de l'Avocat de l'État, dans le sens où le droit à décider des citoyens de Catalogne ne peut exister qu'après que la réforme constitutionnelle ait eu lieu, ou de ceux qui affirment son inexistence, mais aussi accueille-t-elle expressément la doctrine de la Cour suprême du Canada sur la sécession du Québec (à laquelle nous ferons référence dans un autre paragraphe) qui en appelle à la possibilité pour les membres d'une communauté politique de pouvoir définir, à partir de majorités claires et librement formées, leur propre cadre juridico-politique.

³⁶ Encore que, par cette incise, la sentence paraît insinuer que les Cortes devraient déclarer la recevabilité de la proposition, sans aller aussi loin que le Tribunal suprême du Canada dans son opinion du 20 août 1998 sur le Québec ; en effet, la Cour canadienne avait proclamé que, face à un résultat clair dans un référendum, avec une question claire favorable à la séparation d'une province, la Fédération et le reste des provinces seraient obligées de négocier loyalement la séparation.

Il faut à nouveau souligner que, jusqu'à maintenant, la jurisprudence constitutionnelle dans les sentences 103/2008 et 31/2010³⁷ était allée en direction opposée à cette possibilité, déjà développée dans le domaine autonome. Dans la première, que nous avons citée précédemment, le Tribunal a déclaré l'inconstitutionnalité de la Loi basque 9/2008, dans laquelle on établissait une consultation sur le « droit à décider ». Et la seconde, en 2010, qui, malgré le fait qu'elle avalisait la constitutionnalité de l'art. 122 du Statut d'autonomie de la Catalogne, empêcha dans la pratique cette possibilité, en élargissant même la compétence d'autorisation de l'État (ex. art. 149.1.32 de la Constitution espagnole), en conférant à ce dernier la capacité de régler intégralement l'institution du référendum, indépendamment de son domaine territorial, et en soumettant la réglementation statutaire autonome à des conditions comme l'existence d'une prévision expresse dans une loi organique étatique de développement du droit fondamental.

Cette sentence importante reconnaît donc les consultations par voie référendaire comme un instrument qui, non seulement apporte une marge d'expression politique dans le système constitutionnel, mais concrétise aussi l'exercice d'un droit fondamental comme celui de la participation politique, de forme directe, en constituant ainsi une garantie de la santé démocratique des institutions. Précisément, l'impossibilité de réaliser des référendums au niveau autonome entraînerait non seulement une amputation de ce droit fondamental, mais aussi l'élimination non-nécessaire d'un moyen essentiel de relation institutionnelle qui, dans des conjonctures déterminées, peut permettre la reconduction de débats politiques d'une transcendance spéciale par la voie de l'accord et de la négociation, comme cela peut être le cas de la relation entre la Catalogne et le reste de l'État espagnol.

C. La constitutionnalité de la consultation dans le cadre du droit à décider

L'interprétation conjointe et systématique des deux principales déclarations de la sentence du Tribunal constitutionnel du 25 mars 2014 permet de conclure que parmi les activités de préparation incluses dans l'exercice du droit à décider se trouve n'importe quel type de référendum ou de consultation destiné à connaître la volonté des citoyens sur le futur politique de la Catalogne : ce à condition qu'il s'agisse d'un référendum d'autodétermination, c'est-à-dire à condition qu'il s'agisse d'un référendum ou d'une consultation dont le résultat ne contraigne pas juridiquement les pouvoirs publics et dont la mise en marche, dans le cas où le résultat ne correspondrait pas à la Constitution, se fasse par le biais du processus de réforme dans lequel l'État, en tant que titulaire du pouvoir de réforme constitutionnelle, ne perde pas la liberté de décision. Cette conclusion se déduit de l'incise qui suit le veto constitutionnel à la possibilité de convoquer unilatéralement des référendums d'autodétermination.

Après cette affirmation toutefois, le Tribunal donne ensuite lui-même, de manière plutôt inattendue, la règle pour interpréter ce veto. Et il le fait en affirmant que cette conclusion est du même genre que celle qu'avait formulée précédemment le Tribunal suprême du Canada, lorsqu'il refusa l'adéquation d'un projet unilatéral de sécession à la Constitution et aux

³⁷ STC 103/2008, du 11 septembre 2008 (BOE n° 245 du 10 octobre 2008) ; on peut la consulter sur : <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-2008-16292.pdf> ; STC 31/2010, du 28 juin (BOE n° 172, du 16 juillet 2010) ; on peut la consulter sur : http://boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-11409.

postulats du droit international³⁸. Mais il est clair que le Tribunal suprême du Canada, pas plus dans ce prononcé que dans aucun autre prononcé, n'a nié la possibilité qu'une province convoque un référendum sur son futur politique. Comme preuve de cela, nous voyons que le Québec a déjà convoqué, à deux occasions, un référendum sur son futur politique et que le Tribunal suprême ne s'est jamais prononcé contre l'organisation d'un autre référendum dans le futur. Ce que la Cour canadienne a nié – de même que le Tribunal constitutionnel – c'est que les résultats de ce référendum puissent être imposés aux pouvoirs publics de la Fédération et que l'on puisse les mettre en œuvre sans une négociation avec cette dernière ou avec les autres provinces et, le cas échéant, sans une réforme constitutionnelle³⁹. La sentence confirme même ce fait de manière concluante, comme nous l'avons analysé auparavant, en se limitant à déclarer l'inconstitutionnalité de la reconnaissance de la souveraineté du peuple catalan et à accepter la constitutionnalité du reste de la Déclaration qui inclut, à la fin de son préambule, la volonté de convoquer une consultation sur le futur politique de la Catalogne.

Pour en arriver au prononcé exposé, la sentence opère une distinction, de manière nouvelle et quelque peu hétérodoxe, entre le droit à l'autodétermination et le droit à décider. D'une part, le TC comprend le droit à l'autodétermination comme la capacité à décider, de manière directe et juridiquement effective, l'intégration territoriale de l'Espagne, intrinsèquement liée à la notion de souveraineté, ce qui, comme tel, n'est pas reconnu dans la Constitution espagnole pour les territoires formant l'État : en effet, la Règle fondamentale reconnaît comme unique titulaire de la souveraineté l'ensemble du peuple espagnol. Et d'autre part, fait nouveau comme nous le disions, il conçoit le droit à décider comme étant la capacité à manifester « une aspiration politique » qui, si elle est canalisée « par un processus conforme à la légalité constitutionnelle » est jugée avoir sa place dans le cadre de la Constitution.

³⁸ Voy. Institut d'Estudis Autònoms, *Informe sobre la Sentència del Tribunal Constitucional, de 25 de març de 2014, relativa a la Resolució 5/X del Parlament de Catalunya, per la qual s'aprova la Declaració de sobirania i del Dret a decidir del poble de Catalunya*, 2014.

³⁹ C'est établi ainsi dans plusieurs passages contenus entre autres dans les points 86, 87, 91, 92 et 93, dans lesquels on affirme que le « Québec ne peut prétendre invoquer un droit à l'autodétermination pour dicter aux autres parties – la fédération et le reste des provinces – les conditions d'une sécession » (point 91). Le Québec n'a pas « un droit à procéder à la sécession sans négociations préalables avec les autres provinces et le gouvernement fédéral » (point 86). Mais cela ne porte pas le Tribunal suprême à remettre en question la possibilité que le Québec organise un référendum afin de connaître la volonté de ses citoyens. Il affirme au contraire qu'« un référendum peut certainement apporter un moyen démocratique pour connaître l'opinion des électeurs (...) [et] le principe démocratique défini auparavant exigerait d'octroyer un poids considérable à l'expression claire de la population du Québec sur sa volonté de procéder à la sécession du Canada bien qu'un référendum, en lui-même, et sans plus, n'a (has) aucun effet juridique direct et ne pourrait (could), à lui seul, réaliser une sécession unilatérale » (point 87). Selon le Tribunal suprême du Canada « Ce n'est pas la légalité de la gestion initiale qui est remise en cause, mais la légalité de l'acte final de sécession unilatérale » (point 86). « La base juridique de cet acte [final] serait la volonté démocratique clairement exprimée par le biais d'un référendum dans la province du Québec », lequel référendum ne suscite aucun problème de légalité. Ce qui est interdit, c'est d'appliquer ses résultats de manière unilatérale.