

# L'État de droit et les valeurs du droit de l'Union européenne dans le débat sur l'indépendance de la Catalogne

Toni MARZAL, *Lecturer Université de Glasgow*

Catalan independence – Rule of Law – EU Values – Europeanisation of Law – Spanish Constitution

*This article looks at the place of European Union law and its values in the debate on Catalonia's independence, where each side seeks to present itself as the only truly Europeanist one. The analysis of this debate, which may at first seem very local and external to Union law, nevertheless reveals the transformations carried out by the latter as well as its internal contradictions. We will focus on the notion of the rule of law, an omnipresent reference in the debates in Catalonia at a time when it is becoming increasingly important for the Union. Through this supposedly common reference, we will first note the profound gap that exists between the vision of the dominant rule of law in Spanish constitutional culture and that which has gradually taken shape in the context of Union law. Having noted this discrepancy, it will then be possible to identify how the positions of each other in the Catalan conflict reflect, away from the classic Spanish model of the rule of law, the contradictory tendencies specific to the European model, which therefore have the effect of restructuring or even exacerbating the Catalan debate.*

## Introduction

Une des choses qui frappe le plus, lorsqu'on se penche sur les discours qui s'opposent en Espagne d'un côté et l'autre du conflit catalan, est le fait que, dans ce conflit, les deux côtés revendiquent leur européanisme. On a parfois l'impression d'assister à une bataille pour voir qui est le plus véritablement européen, où chaque côté s'efforce de situer l'autre à la marge de l'Union européenne et de ses valeurs, dont premièrement l'État de droit.

Les opposants de l'indépendantisme se focalisent avant tout sur les actes de désobéissance, flagrante et revendiquée comme telle, qui ont été commis par les institutions catalanes contrôlées par les forces indépendantistes (essentiellement le gouvernement et le parlement catalans) à l'égard de la légalité étatique et des décisions du Tribunal constitutionnel espagnol, notamment lors de la convocation

et l'organisation des prétendus référendums du 9 novembre 2014 et surtout du 1<sup>er</sup> octobre 2017, l'approbation des lois organisant ladite transition nationale, ainsi que la prétendue déclaration d'indépendance approuvée par une majorité du Parlement catalan le 27 octobre 2017<sup>1</sup>. Leur argument consiste à dire que les indépendantistes, en faisant prévaloir la prétendue volonté de la majorité pour piétiner les règles du droit en vigueur et contourner les décisions des juges compétents, se seraient positionnés à l'encontre du projet européen tout entier, s'alignant ainsi avec d'autres tendances europhobes comme celles qui se trouvent au

<sup>1</sup> Ladite déclaration d'indépendance est en réalité un document qui porte le titre de « Déclaration des représentants de la Catalogne » (*Declaració dels representants de Catalunya*), et qui initialement n'a pas été soumis au vote du Parlement catalan, faisant plutôt l'objet d'une cérémonie de signature para-parlementaire par ses membres indépendantistes le 10 octobre 2017. Ultrieurement, le Parlement catalan a approuvé le 27 octobre 2017 une Résolution, formellement dépourvue comme telle de force contraignante, qui renvoyait au texte de la Déclaration du 10 octobre 2017.

gouvernement en Hongrie et Pologne. Cet argument fait des institutions centrales espagnoles, dont notamment le Parlement central, le gouvernement et le Tribunal constitutionnel, les défenseurs des valeurs européennes dans leur résistance aux velléités indépendantistes<sup>2</sup>.

De leur côté, les indépendantistes se réclament aussi du droit de l'Union pour présenter l'État espagnol, avec ses trois pouvoirs, comme autoritaire et coupable de graves violations des valeurs fondamentales de l'Europe consacrées dans l'article 2 TUE<sup>3</sup>. Est visée notamment, la violation du principe démocratique dont le principe d'autodétermination serait l'expression la plus aboutie<sup>4</sup>, qui serait caractérisée par l'interdiction par la force du référendum du 1<sup>er</sup> octobre 2017, et puis par la mise en prison préventive des « dissidents politiques » (les autorités catalanes accusées des crimes de rébellion, sédition et détournement de fonds publics) n'ayant pas réussi à s'enfuir dans d'autres États (dont notamment l'ex-Président catalan Carles PUIGDEMONT). Ces diverses réactions aux actions indépendantistes seraient profondément contraires au principe de l'État de droit, qui implique premièrement de limiter le pouvoir public par le biais de règles de droit au bénéfice des citoyens, et ne peut donc pas être confondu avec l'application de règles

de droit par un régime autoritaire<sup>5</sup>. C'est pourquoi les détracteurs de M. RAJOY, Président de l'Espagne pendant les moments forts de la crise, vont jusqu'à le comparer à des « ennemis extérieurs » de l'Europe comme Messieurs ERDOGAN ou PUTIN. Face à l'autoritarisme du gouvernement espagnol, l'indépendantisme catalan se voudrait imprégné d'une culture profondément européenne, libérale et démocratique. Il a ainsi été suggéré que, comme il est actuellement question pour la Pologne<sup>6</sup> ou la Hongrie<sup>7</sup>, l'Espagne puisse faire l'objet d'une procédure sur la base de l'article 7 TUE<sup>8</sup>.

On voit donc que, à part quelques positions périphériques qui se présentent comme hostiles à l'Union (très peu représentées dans la politique espagnole, même si possiblement vouées à gagner en présence dans les années qui viennent), les références à l'Europe et l'État de droit (ainsi qu'à ceux qui sont perçus comme ses ennemis), absolument incontournables, sont employées de la même manière par les deux camps opposés, en se réclamant des valeurs de l'Union pour présenter l'autre comme véhiculant un projet qui y serait essentiellement opposé.

Cette concordance dans l'europanisme et le libéralisme, entre deux positions pourtant farouchement hostiles l'une à l'autre, ne saurait que contribuer à l'embarras de l'Union,

<sup>2</sup> Du côté du gouvernement espagnol, nous pensons principalement à sa décision, autorisée par le Sénat, de mettre sous tutelle l'autonomie régionale catalane, conformément au mécanisme prévu par l'article 155 de la Constitution, laquelle a pris effet du 27 octobre 2017 au 2 juin 2018. Cet article autorise l'adoption, à l'encontre des « Communautés autonomes » (nom donné à l'unité régionale, dont la Catalogne, qui donne à l'État espagnol une structure quasi fédérale) qui « ne respecteraient pas ses obligations ou porteraient gravement atteinte à l'intérêt général de l'Espagne », des « mesures nécessaires pour les contraindre à respecter lesdites obligations ou pour la préservation de l'intérêt général ». Du côté du Tribunal constitutionnel, il convient de citer les arrêts STC 42/2014 (se prononçant sur la Résolution du Parlement catalan qui proclamait le « droit à décider » de la Catalogne en tant que « sujet souverain »), STC 31/2015 (qui refuse aux institutions catalanes la compétence pour convoquer un référendum sur tout le territoire catalan), STC 32/2015 (qui annule le Décret catalan 129/2014 de convocation de la « consultation populaire non référendaire » – à laquelle on refuse donc le nom officiel de référendum – du 9 novembre 2014), STC 114/2017 (qui annule la loi catalane sur le « référendum d'auto-détermination » du 1<sup>er</sup> octobre 2017) et STC 124/2017 (qui annule la loi catalane dite de « transition juridique et de fondation de la République »).

<sup>3</sup> V. p. ex. A. BAYONA ROCAMORA, « El “dret a decidir” i els valors fundacionals de la Unió europea », *Revista d'estudis autonòmics i federals*, octobre 2014, vol. 20, pp. 132-173.

<sup>4</sup> M. BAK MCKENNA, « The Referendum on Catalan Self-Determination: Long Shots and Legal Flair », *Völkerrechtsblog*, 26 September 2017.

<sup>5</sup> D. KOCHENOV, « The EU Rule of Law: Cutting Paths through Confusion » (2009) 2 *Erasmus Law Review* 5, 11.

<sup>6</sup> V. le communiqué de presse de la Commission du 20 décembre 2017, constatant l'existence d'un risque clair de violation grave de l'État de droit en Pologne et proposant au Conseil d'activer l'article 7 TUE. V. aussi plus récemment Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2018 relative à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée (2017/2131(INL)).

<sup>7</sup> Résolution du Parlement européen du 17 mai 2017 sur la situation en Hongrie (2017/2656(RSP)), déclarant « que la situation actuelle en Hongrie représente un risque clair de violation grave des valeurs visées à l'article 2 du traité UE et qu'elle justifie le lancement de la procédure prévue à l'article 7, paragraphe 1, du traité UE ».

<sup>8</sup> Rappelons que l'article 7 TUE prévoit une procédure de sanction d'un État membre en cas de violation grave et persistante des valeurs visées dans l'article 2 TUE (respect de la dignité humaine, liberté, démocratie, égalité, l'État de droit et respect des droits de l'homme, y compris les droits des personnes appartenant à des minorités). Dans le *Livre blanc de la Transition nationale de la Catalogne (Llibre blanc de la Transició Nacional de Catalunya)*, Barcelone, Generalitat de Catalunya, 2014, no. 1.3.2), l'on arguait déjà que, dans l'hypothèse où un référendum d'indépendance aurait lieu et serait suivi d'une réaction « non collaborative » de l'État espagnol, il serait envisageable que l'Union européenne intervienne sur ce fondement.

de ses institutions et de ses juristes, face à la crise en Catalogne, dont l'énorme difficulté à placer proprement dans nos récits habituels semble suggérer que ces derniers sont fatalement mal construits. En effet, comment est-il possible qu'un conflit territorial d'une telle acrimonie, violence et incompréhension réciproque puisse avoir lieu au cœur du territoire pacifié de l'Union, à l'intérieur d'un des États membres situé fermement dans l'ouest du continent et dont la dévotion pour les valeurs libérales de l'Europe semble parfaitement consolidée ? Un tel conflit n'était-il pas aujourd'hui devenu impossible, si ce n'est qu'en dehors des confins de l'Union<sup>9</sup> ?

Une première réponse consisterait à nier la dimension de droit de l'Union du problème, comme l'ont fait par ailleurs bon nombre de dirigeants des États membres ou des institutions de l'Union, qui insistent sur le fait que le conflit n'a pas véritablement lieu sur le territoire (« métaphorique »)<sup>10</sup> du droit de l'Union. À part quelques réverbérations concrètes comme celle touchant au mandat d'arrêt contre M. PUIGDEMONT<sup>11</sup> ou encore la question théorique très débattue de « l'élargissement interne » de l'Union (sur les conséquences juridiques en droit de l'Union de l'éventuelle indépendance d'une région d'un État membre)<sup>12</sup>, le conflit en tant que tel resterait essentiellement une affaire interne à l'Espagne<sup>13</sup>.

La deuxième réponse consisterait à essayer de trouver une réponse juridique à cette querelle dans le droit en vigueur, dont notamment les valeurs et principes fondamentaux du droit de

l'Union<sup>14</sup>. Trancher donc qui des deux a raison, ou dans quelle mesure chacun a raison, en partant du postulat (présent dans les arguments des uns et des autres) que cette querelle peut véritablement être résolue par la connaissance du droit, que l'Union peut être le seul tiers, le seul « adulte » capable non seulement de déterminer non seulement si le juge allemand aurait dû ou non refuser l'extradition de M. PUIGDEMONT, si un élargissement interne est possible qui éviterait à la Catalogne indépendante de sortir de l'Union pour suivre par la suite le processus d'adhésion en tant qu'État tiers, mais de déterminer même si ce sont les indépendantistes qui ont fait violence au principe de l'État de droit et aux valeurs de l'Union ou au contraire les institutions étatiques espagnoles.

La troisième réponse est la seule à reconnaître que la crise catalane remet en cause nos récits fondamentaux habituels. Elle consiste à voir ce conflit comme étant non seulement une crise constitutionnelle espagnole, mais aussi en partie une véritable crise interne au droit de l'Union, qui a pourtant lieu ici à l'échelle espagnole et qui anticipe peut-être une crise dans d'autres endroits de l'Europe<sup>15</sup>. Le fait de reconnaître que le problème est propre au droit de l'Union ne signifie pas pourtant que ce dernier dispose d'outils appropriés pour le résoudre. Au contraire, comme le montre un auteur, cela signifie simplement que le conflit est replacé dans le cadre plus large (et donc ayant aussi potentiellement plus d'implications) de l'ordre juridique et politique de l'Union européenne<sup>16</sup>. De ce point de vue, l'indépendantisme catalan ainsi que la réponse institutionnelle étatique peuvent être perçus comme reflétant ou participant en partie de tendances contradictoires qui habitent dans le droit européen et qui ne trouvent en son sein qu'un équilibre précaire. Autant dire donc que les deux camps ont en partie raison dans leur revendication de leur européenisme, puisque chacun trouve appui dans une tendance effectivement inscrite dans ce droit, faisant par-

<sup>9</sup> Z. OKLOPCIC, « Constitutionalize This: Catalan Referendum as Political Surprise and Theoretical Disruption », *Int'l J. Const. L. Blog*, 6 octobre 2017, et du même auteur : « Performing Catalan "Self-Determination" », *International Association of Constitutional Law Blog*, 30 octobre et 1<sup>er</sup> novembre 2017.

<sup>10</sup> L. AZOULAI, « Transfiguring European Citizenship: From Member State Territory to Union Territory », in D. KOCHENOV (ed.), *Citizenship and Federalism in Europe: The Role of Rights*, Cambridge University Press, 2017, pp. 178-203.

<sup>11</sup> V. p. ex. D. SARMIENTO, « The Strange (German) Case of Mr. Puigdemont's European Arrest Warrant », *Verfassungsblog*, 11 avril 2018.

<sup>12</sup> V. p. ex. N. WALKER, « Internal enlargement of the European Union. Beyond legalism and political expediency », in C. CLOSA (ed.), *Secession from a Member State and Withdrawal from the European Union. Troubled Membership*, Cambridge University Press, 2017, pp. 32-47.

<sup>13</sup> V. p. ex. Déclaration de la Commission relative aux événements en Catalogne, 2 octobre 2017, STATEMENT/17/3626.

<sup>14</sup> J.L. MARTÍ, « Catalonia in deadlock, and why that is a European problem », *Verfassungsblog*, 2 janvier 2018.

<sup>15</sup> D. SARMIENTO, « The EU and the Catalan Crisis », *Verfassungsblog*, 9 septembre 2017.

<sup>16</sup> N. SKOUTARIS, « The Paradox of the Europeanisation of Intrastate Conflicts », (2018) 59 *German Yearbook of International Law*, pp. 223-253.

tie de sa dynamique interne, et faisant l'objet d'une réception dans le contexte juridique et politique espagnol.

Pour tenter de le montrer, nous allons nous focaliser sur la notion de l'État de droit, référence omniprésente dans les débats en Catalogne au même moment où elle acquiert une importance de plus en plus capitale pour l'Union (dans les efforts notamment pour lui donner une unité basée sur des valeurs partagées, au premier rang desquelles figurerait le *rule of law* / *Rechtsstaat* / *État de droit*<sup>17</sup>). À travers cette référence prétendument commune, nous constaterons d'abord le profond décalage qui existe entre la vision de l'État de droit dominante dans la culture constitutionnelle espagnole, et celle qui a progressivement pris forme dans le contexte du droit de l'Union (I). Ayant constaté ce décalage, il sera ensuite possible d'identifier comment les positions des uns et des autres dans le conflit catalan reflètent, en s'éloignant du modèle classique espagnol de l'État de droit, les tendances contradictoires propres au modèle européen, qui ont donc pour effet de restructurer le débat catalan, voire même de l'exacerber (II).

### I. Le décalage entre les modèles de l'État de droit propres à l'Espagne et le droit de l'Union

La doctrine a beaucoup insisté sur la difficulté de définir la notion d'État de droit, quel que soit le contexte où elle est déployée, y compris le contexte européen. Les études qui y sont consacrées débutent souvent en soulignant sa polysémie, les différentes traditions nationales, son utilisation parfois simplement rhétorique, et évoquant des avis contraires à tout effort de définition<sup>18</sup>. Il demeure néanmoins possible de donner un sens à cette notion à partir du rôle qu'elle joue concrètement dans la pratique espagnole et européenne.

Il faut commencer en soulignant que le droit de l'Union et le droit espagnol partagent une référence explicite à l'État de droit. Cela les distingue d'autres ordres juridiques comme la France, où l'existence de ce principe est implicite dans l'ensemble constitutionnel ou répond simplement aux théorisations de la doctrine<sup>19</sup>. Le sens que prend la référence n'est pas pourtant le même dans les deux contextes. On observe un décalage profond entre la conception de l'État de droit présente traditionnellement en droit constitutionnel espagnol (A) et la signification de cette référence dans le contexte du droit de l'Union (B).

#### A. L'État de droit dans la culture constitutionnelle espagnole

Dans l'ordre juridique espagnol, l'État de droit est premièrement évoqué pour donner une forme à l'Espagne comme entité politique. En effet, l'article premier de la Constitution espagnole établit que l'Espagne « *se constitue en un État social et démocratique de droit* ». C'est la première de toutes les dispositions constitutionnelles, servant à établir en quelque sorte un *a priori* existentiel (et qui en tant que tel précède même la proclamation dans l'article 2 de « *l'unité indissoluble de la nation espagnole* » dont on a tant discuté à propos de la crise en Catalogne). Selon la doctrine majoritaire de droit constitutionnel espagnol, cette référence dérive de la conception libérale de l'État, « *dont la caractéristique fondamentale était de posséder un ensemble de techniques et de principes visant à limiter le pouvoir des gouvernants* »<sup>20</sup>. Cette conception implique traditionnellement trois caractéristiques, que l'on retrouve dans la Constitution espagnole et plus généralement dans le constitutionnalisme libéral moderne : la prééminence de la loi, la séparation de pouvoirs et la garantie des droits et libertés fondamentales<sup>21</sup>.

L'importance particulière que revêt ce principe dans la culture constitutionnelle espagnole et dans le texte constitutionnel lui-même

<sup>17</sup> N. WALKER, « The Rule of Law and the EU: Necessity's Mixed Value », in G. PALOMBELLA et N. WALKERS (eds), *Relocating the Rule of Law*, Hart, 2008, pp. 119-138, p. 130.

<sup>18</sup> V. p. ex. E. CARPANO, *État de droit et droits européens : l'évolution du modèle de l'État de droit dans le cadre de l'europanisation des systèmes juridiques*, coll. Logiques Juridiques, L'Harmattan, 2005, pp. 21 et s.

<sup>19</sup> L. PECH, « The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union », Jean Monnet Working Paper Series No. 4/2009, p. 42.

<sup>20</sup> E. ÁLVAREZ CONDE et R. TUR AUSINA, *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 2015, p. 45 (nous traduisons).

<sup>21</sup> *Ibid.*

s'explique en partie par son histoire récente. Comme par ailleurs l'Allemagne à qui les constitutionnalistes espagnols ont tant emprunté, l'expérience de la dictature a rendu suspect tout exercice de la puissance publique, désormais associé à l'arbitraire et à l'oppression. La réponse à la décrédibilisation du pouvoir politique a été sa juridification pratiquement totale par le biais du texte constitutionnel, et ce dans le but de remplacer la domination politique par l'application du droit. Comme l'a dit BÖCKENFÖRDE, « *Le primat du droit sur la politique apparaît comme étant le postulat toujours réitéré de l'idée d'État de droit* »<sup>22</sup>, ce qui est particulièrement évident dans le cas de l'Espagne. Le processus d'adoption même du texte constitutionnel, qui à tout moment a été formellement soumis à la légalité en vigueur<sup>23</sup>, est particulièrement symbolique de cette horreur du non-droit qu'imprègne toute la culture juridique espagnole et qui donne à la référence à l'État de droit une grande partie de sa signification dans le contexte de ce pays.

Son invocation est chose fréquente dans les préambules des textes législatifs, servant ainsi à légitimer et canaliser l'activité du législateur. La référence est également invoquée par la doctrine ou la jurisprudence comme élément explicatif d'autres dispositions constitutionnelles, à partir d'une vision holistique de la Constitution espagnole. L'État de droit est pourtant largement dépourvu de justiciabilité ou d'efficacité immédiate devant les juges. L'existence d'autres dispositions plus concrètes telles que l'article 9 dans ses alinéas 1 (proclamant la sujétion des citoyens et des pouvoirs publics à la Constitution et au reste de l'ordre juridique) et 3 (garantie du principe de légalité), est généralement perçue comme rendant inutile le recours par le juge au principe de l'État de droit contenu dans l'article 1.1<sup>24</sup>. Son rattachement à l'article 9 montre en tout

cas que l'État de droit est associé principalement au respect de la légalité, dont il justifie son caractère contraignant.

Il n'est pas en tout cas étonnant que l'État de droit soit rarement invoqué par le juge. Ce n'est que dans des contextes exceptionnels où la légalité est directement remise en cause (comme justement elle l'est sur le territoire catalan), que le juge se voit contraint d'y avoir recours (comme l'a fait le Tribunal constitutionnel lorsqu'il a été confronté aux lois adoptées par le Parlement catalan en septembre 2017 organisant le référendum et la transition vers la République catalane). Pourtant, ces invocations tautologiques servent aussi à illustrer la fragilité de l'aspiration à fonder le droit sur des critères purement juridiques : c'est en effet un angle mort inhérent à l'État de droit, d'être incapable de penser les conditions de validité d'un ordre juridique en dehors du droit lui-même<sup>25</sup>.

D'un point de vue théorique, l'État de droit agit ainsi comme une sorte de norme de clôture de l'ordre juridique espagnol, de métaprincipe<sup>26</sup> ou norme fondamentale<sup>27</sup>, qui à la manière de la *Grundnorm* de Kelsen permet d'éviter de fonder la validité du droit en dehors du droit lui-même. Si le pouvoir étatique parvient légitimement à s'imposer, c'est parce qu'il est toujours soumis au droit et aux garanties constitutionnelles. C'est pourquoi l'État de droit a été placé, par sa consécration dans l'article 1.1, au frontispice de l'édifice constitutionnel espagnol. Il ne faut pas néanmoins passer outre le fait que l'Espagne ne se définit pas seulement comme un État de droit, mais aussi et surtout comme un État de droit « *social et démocratique* ». Ces trois éléments ne sont pas considérés comme une simple liste de principes, mais forment au contraire un tout qui se renforce réciproquement pour définir le *genre* d'État que constitue l'Espagne. Ainsi, bien que la culture juridique espagnole tende à penser le droit comme un ensemble autonome et hautement formalisé, il demeure que

<sup>22</sup> E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Naissance et développement de la notion d'État de droit », in *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, Bruylant/LGDJ, 2000, pp. 127-147, p. 146.

<sup>23</sup> Comme le note un auteur espagnol éminent, cela ne veut pas pourtant dire qu'il faille qualifier la Constitution espagnole comme constitution « dérivée » plutôt que « originaire », étant donné le « fait notoire que les constituants refusaient toute légitimité à l'ordre juridique-politique précédent et se considéraient exclusivement légitimés en tant que représentants du peuple » (F. RUBIO LLORENTE, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 39).

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>25</sup> E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Naissance et développement de la notion d'État de droit », *op. cit.*, p. 147.

<sup>26</sup> N. WALKER, « The Rule of Law and the EU: Necessity's Mixed Value », *op. cit.*, p. 120.

<sup>27</sup> J. PÉREZ ROYO, « Estado de Derecho », in M. ARAGÓN REYES et C. AGUADO RENEDEO (dir.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, 2<sup>e</sup> éd., t. I, Thomson, 2011, pp. 185-188.

l'existence de règles générales et de décisions de justice ne se justifie pas d'elle-même, mais parce qu'il est possible de présupposer que, en vertu des garanties constitutionnelles, ces règles qui vont ensuite être appliquées par les juges sont l'expression de la volonté populaire et contribuent à garantir un minimum de justice sociale.

### B. L'originalité de la conception de l'État de droit propre au droit de l'Union

Afin de saisir la particularité du modèle d'État de droit propre au droit de l'Union, il convient d'abord d'insister sur certaines circonstances spécifiques à ce contexte.

La première est que, comme la doctrine l'a montré depuis des nombreuses années, cette référence a été utilisée, parmi d'autres références essentielles, comme un vecteur de l'intégration européenne. K. ALTER identifie ainsi l'État de droit à l'effet direct et la primauté du droit européen : selon cet auteur, si aujourd'hui ce principe correspond bien à la réalité de l'ordre juridique européen, c'est parce que le droit de l'Union s'impose effectivement aux pouvoirs publics et les particuliers peuvent s'en prévaloir devant les tribunaux<sup>28</sup>. Or, il importe de souligner que les principes d'effet direct et de primauté ont été introduits par la Cour de justice, se fondant donc sur la légitimité de l'application du droit par le juge. L'existence effective de l'ordre juridique européen, qui intervient comme cause et comme effet<sup>29</sup>, semblerait donc valider la possibilité jusqu'alors simplement théorique de fonder la validité du droit sur le droit lui-même. C'est ainsi que la référence à l'État de droit s'est progressivement imposée, en lien avec le fameux thème de l'« *integration through law* »<sup>30</sup>, pour expliquer la construction de l'Europe par le droit<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> K. ALTER, *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford University Press, 2001, p. 1 : « *There is an international rule of law that works in Europe. It works much like a domestic rule of law, where violations of the law are brought to court, legal decisions are respected, and the autonomous influence of law and legal rulings extends to the political process itself* ».

<sup>29</sup> N. WALKER, « The Rule of Law and the EU: Necessity's Mixed Value », *op. cit.*, p. 126.

<sup>30</sup> M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE et J. WEILER (eds), *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, Berlin et New York, Walter de Gruyter, 1986.

<sup>31</sup> M.L. FERNÁNDEZ ESTEBAN, *The Rule of Law in the European Constitution*, Kluwer Law International, 1999, pp. 179 et s.

Deuxièmement, il convient de noter que, à la différence de la Constitution espagnole où l'État de droit sert, comme nous l'avons signalé, à donner une forme à l'État, la référence à l'État de droit est évoquée dans l'article 2 du TUE comme un des fondements axiologiques de l'Union : « *L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités* ». L'alternative entre présenter l'État de droit comme forme politique, comme dans le cas espagnol, ou comme fondement axiologique, comme dans le cas de l'UE, pourrait *a priori* sembler superficielle. En réalité, elle est révélatrice d'une différence majeure entre les deux conceptions que s'en font les ordres juridiques espagnol et européen. En effet, tandis que la Constitution espagnole conçoit l'État de droit et la démocratie comme un tout indivisible qui sert à définir la forme de l'État ainsi qu'à clore l'ordre juridique sur lui-même, l'État de droit figure comme une des valeurs propres à l'Union, parmi d'autres dont notamment la démocratie. Comme nous aurons l'occasion d'y insister davantage plus tard, cela altère la relation entre les deux idées, puisqu'elles sont ainsi dotées d'une autonomie susceptible de les faire avancer dans des sens opposés. Nous pouvons d'ailleurs constater avec J. WEILER que la référence à l'État de droit se fait souvent en droit de l'Union en opposition à la démocratie. C'est notamment le cas lorsque l'accusation est faite, à l'encontre d'une expansion jurisprudentielle trop agressive du droit de l'Union, d'un « *déficit démocratique* »<sup>32</sup>. C'est aussi le cas lorsque la référence à l'État de droit est invoquée à l'encontre des gouvernements nationaux qui, bien que légitimement élus par leurs peuples, poursuivent des politiques contraires aux valeurs de l'Union<sup>33</sup>.

L'importance de concevoir l'État de droit comme une valeur fondatrice ne s'arrête pas là. Avec les autres valeurs listées dans l'article 2 TUE, l'État de droit remplit une fonction

<sup>32</sup> V. p. ex. D. GRIMM, *The Constitution of European Democracy*, Oxford University Press, 2017.

<sup>33</sup> C. CLOSA, D. KOCHENOV et J.H.H. WEILER, « Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union », EUI Working Paper RSCAS 2014/25, pp. 25 et s.

essentielle, qui est d'asseoir l'identité et l'unité de l'Union sur des bases axiologiques. En effet, ces valeurs, en qualifiant l'exercice du pouvoir, agissent comme critère d'appartenance à l'Union, à l'égard notamment des États tiers souhaitant adhérer (par le biais notamment de l'article 49 TUE, qui érige le respect des valeurs visées à l'article 2 TUE en condition préalable), ainsi que les États membres, dont une violation grave de ces valeurs peut donner lieu à l'activation de l'article 7 TUE, mécanisme décrit (à tort ou raison) comme « l'option nucléaire »<sup>34</sup> (et dont la nature n'est pas, soit dit en passant, fondamentalement éloignée de celle du fameux article 155 de la Constitution espagnole).

Troisièmement, l'État de droit se caractérise dans le contexte du droit de l'Union par un renforcement extrêmement puissant des pouvoirs du juge. Le rôle de protagoniste que l'État de droit octroie à la figure du juge, qui présuppose son indépendance et impartialité, n'est pas une originalité du modèle européen de l'intégration par le droit<sup>35</sup>. Pourtant, nulle part ailleurs l'État de droit a-t-il acquis une force opérationnelle aussi immédiate et redoutable. Comme nous allons le voir, l'État de droit est utilisé comme un *idéal*, dont la réalisation permet de justifier l'extension des compétences du juge européen. Il agit ainsi comme un principe d'habilitation, voire même d'auto-habilitation si manié par le juge lui-même. Ainsi, au-delà de la référence explicite à l'État de droit contenue aujourd'hui dans l'article 2 TUE, la notion a été un des protagonistes des moments importants dans le développement du droit de l'Union par la Cour de justice et, eu égard à la multiplication d'appels à l'État de droit que l'on retrouve dans la doctrine récente en lien avec la situation de la Pologne et la Hongrie, ainsi qu'à certains développements jurisprudentiels majeurs<sup>36</sup>, il est possible de pronostiquer que son rôle sera encore plus central dans les épisodes à venir<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> D. KOCHENOV, L. PECH et S. PLATON, « Ni panacée, ni gadget : le "nouveau cadre de l'Union européenne pour renforcer l'État de droit" », *RTD eur.*, 2015, 689.

<sup>35</sup> O. JOUANJAN, « État de droit », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, pp. 649-653, spéc. p. 652.

<sup>36</sup> CJUE, 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses / Tribunal de Contas*, aff. C-64/16.

<sup>37</sup> V. L. PECH et K.L. SCHEPPELE, « Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 19 (2017), pp. 3-47.

L'extension des pouvoirs du juge tient à deux éléments principaux. Le premier est une certaine tendance à la juridictionnalisation, dans le sens où tout exercice du pouvoir public (et souvent aussi du pouvoir privé) doit être soumis au contrôle des juges, sur le fondement des règles de droit applicables. Cela implique, corrélativement, une tendance à réduire au maximum, voire faire disparaître, les questions considérées comme non susceptibles de recevoir une réponse par le juge. La juridictionnalisation est opérée dans le contexte du droit de l'Union de deux manières principales. La première, indirecte et habituelle aussi dans les droits constitutionnels nationaux<sup>38</sup>, dérive d'une interprétation extensive et transversale de dispositions constitutionnelles extrêmement floues et d'origine diverse, qui permettent au juge, par le contrôle de la conformité à ces normes des mesures, d'avoir un regard sur des questions très diverses. Dans le contexte européen, ce rôle a été joué principalement par les libertés de circulation, les droits fondamentaux et le principe d'autonomie du droit de l'Union. La seconde consiste à étendre directement les compétences du juge de l'Union pour se prononcer sur des questions qui, du fait de leur nature ou du fait d'une exclusion plus ou moins claire, semblaient *a priori* lui échapper. C'est l'hypothèse du fameux arrêt *Les Verts / Parlement*, où la Cour reconnaît le droit d'introduire un recours contre une décision du Parlement sur la base du principe de la « Communauté de droit »<sup>39</sup>, alors qu'une telle possibilité n'était pas prévue dans les textes<sup>40</sup>. Cet arrêt illustre bien le paradoxe<sup>41</sup>

<sup>38</sup> V. p. ex. F. RUBIO LLORENTE, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, op. cit., pp. 39-40, où il identifie comme un des traits les plus saillants du modèle constitutionnel espagnol de 1978 la « tendance à maximiser la juridictionnalisation des relations de pouvoir », accentuée en outre par le « fréquent renvoi à des principes et des valeurs ».

<sup>39</sup> Qui comme le note la doctrine constitue l'« expression communautaire du principe de prééminence du droit et plus largement du principe de l'État de droit » (E. CARPANO, *État de droit et droits européens : l'évolution du modèle de l'État de droit dans le cadre de l'europanisation des systèmes juridiques*, op. cit., p. 381).

<sup>40</sup> CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » / Parlement européen*, aff. 294/83, *Rec.*, p. 01339, para. 23 : « la Communauté économique européenne est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité ».

<sup>41</sup> A. ARNULL, « The Rule of Law in the European Union », in A. ARNULL et D. WINCOTT (eds), *Accountability and Legitimacy in the European Union*, Oxford University Press, 2002, pp. 239-258, p. 243.

propre à cette conception de l'État de droit, et qui l'éloigne considérablement de la conception espagnole de l'État de droit comme respect de la légalité formelle : s'appuyant sur la figure du juge, dont la légitimité dérive de l'application du droit, on invoque l'État de droit pour justifier une application *praeter legem* voire même *contra legem*, et ce dans un sens transparentement favorable à l'intégration<sup>42</sup>. Autrement dit, l'État de droit se définit plutôt par la position suprême occupée par le juge (qui s'en sert comme norme auto-habilitante) et par le droit des justiciables d'avoir recours au juge<sup>43</sup>, que par l'application de règles claires. Dans cette vision, l'État de droit exige que tous les espaces de la vie politique soient soumis au regard des tribunaux<sup>44</sup>. La Cour a continué à insister sur cette proposition, s'exprimant dans des termes particulièrement solennels : « *Il convient de rappeler que l'existence même d'un contrôle juridictionnel effectif destiné à assurer le respect des dispositions du droit de l'Union est inhérente à l'existence d'un État de droit* »<sup>45</sup>.

Le deuxième élément caractéristique est la tendance à penser le rôle du juge comme responsable non seulement de dire le droit (*jurisdictio*), mais aussi de garantir la réalisation effective de la décision du juge<sup>46</sup>, ce qui implique une extension importante de ses responsabilités, et qui peut justifier aussi des interprétations à tout le moins créatrices des textes applicables. Cela a amené la Cour de justice à découvrir des remèdes qui n'étaient *a priori* pas prévus, si elle l'estime nécessaire pour assurer l'effet utile du droit de l'Union. Cette insistance sur les « remèdes », que la doctrine identifie comme une composante essen-

tielle de l'État de droit dans le contexte européen<sup>47</sup>, peut évoquer une tendance propre à la culture juridique anglo-américaine, avec sa tradition de « *remedial powers* » qui peut aller jusqu'à transformer les juges en une administration parallèle<sup>48</sup>. Comme le dit le grand arrêt *Francoovich*, qui établit le principe de la responsabilité d'un État membre envers des particuliers pour les dommages qu'ils auraient subis en raison d'une violation du droit européen par cet État, « *la pleine efficacité des normes communautaires serait mise en cause et la protection des droits qu'elles reconnaissent serait affaiblie si les particuliers n'avaient pas la possibilité d'obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit communautaire imputable à un État membre* »<sup>49</sup>. Cette tendance se traduit aussi par le fait de donner au juge, ou pour le juge de se donner lui-même, tous les moyens nécessaires pour garantir l'obéissance des institutions auxquelles s'adressent ses décisions. On a vu cette idée à l'œuvre récemment dans le conflit autour de la forêt de Białowieża, où la Pologne a ignoré la mesure provisoire de la Cour ordonnant la cessation des coupes dans la forêt, ce qui a amené cette dernière à se donner le pouvoir d'imposer des lourdes amendes en guise de mesure d'astreinte, sur le fondement explicite de l'État de droit : « *le fait de faire respecter par un État membre les mesures provisoires adoptées par le juge des référés, en prévoyant l'imposition d'une astreinte en cas de non-respect de celles-ci, vise à garantir l'application effective du droit de l'Union, laquelle est inhérente à la valeur de l'État de droit consacrée à l'article 2 TUE et sur laquelle l'Union est fondée* »<sup>50</sup>.

<sup>42</sup> L. PECH, « The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union », *op. cit.*, pp. 10 et s.

<sup>43</sup> V. dans ce sens l'arrêt *Johnston* (CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston / Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. 222/84, *Rec.*, p. -01651), qui établit un principe général de droit duquel dérive un « droit à un recours juridictionnel effectif ».

<sup>44</sup> D. LUSTIG et J.H.H. WEILER, « Judicial review in the contemporary world – Retrospective and prospective », *International Journal of Constitutional Law*, (2018) 16, pp. 315-372, spéc. p. 316.

<sup>45</sup> CJUE, 28 mars 2017, *PJSC Rosneft Oil Company / Her Majesty's Treasury e.a.*, aff. C-72/15, para. 73 ; CJUE, 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses / Tribunal de Contas*, aff. C-64/16, para. 36.

<sup>46</sup> E. CARPANO, *État de droit et droits européens : l'évolution du modèle de l'État de droit dans le cadre de l'europeanisation des systèmes juridiques*, *op. cit.*, pp. 396 et s. (évoquant le « droit à une décision juridictionnelle effective » comme élément essentiel du modèle européen de l'État de droit).

<sup>47</sup> M.L. FERNÁNDEZ ESTEBAN, *The Rule of Law in the European Constitution*, *op. cit.*, pp. 195 et s.

<sup>48</sup> A. GARAPON et I. PAPADOPOULOS, *Juger en Amérique et en France : Culture juridique française et common law*, Odile Jacob, 2003, spéc. pp. 220 et s.

<sup>49</sup> CJCE, 19 novembre 1991, *Andrea Francoovich et Danila Bonifaci et autres / République italienne*, aff. jointes C-6/90 et C-9/90, *Rec.*, p. I-05357, para. 33.

<sup>50</sup> CJUE, ordonnance du 20 novembre 2017, *Commission / Pologne*, aff. C-441/17 R, para. 102. Sur cette décision, v. L. COUTRON, « La Cour de justice au secours de la forêt de Białowieża. Coup de tonnerre dans le recours en manquement ! », *RTD eur.*, 2018, 321.



## II. Indépendance de la Catalogne et européanisation de l'État de droit

La doctrine s'est beaucoup intéressée à l'euro-péanisation du droit, phénomène à deux sens qui traduit d'un côté l'élaboration, à partir des concepts et réglementations présentes en droit national, de notions autonomes propres au droit de l'Union, et d'un autre côté la convergence des droits des États membres sous l'influence de ces notions. Un auteur a notamment montré que cette double dynamique est bien présente dans le principe de l'État de droit, puisque le modèle européen est à la fois la synthèse des traditions nationales et le vecteur de leur transformation<sup>51</sup>.

L'influence de ce modèle européen est indéniable dans le droit espagnol et, partant, la crise catalane. Le phénomène de l'euro-péanisation ne se réduit pas pourtant ici à une évolution dans la conception de l'État de droit en vigueur en Espagne. Cette influence est bien plus complexe. Comme nous le verrons, les influences européennes sont percevables dans une ré-organisation des oppositions autour desquelles se joue le conflit catalan et même dans leur exacerbation, ce qui reflète les tensions, difficultés et instabilités qui habitent au sein du modèle européen. Ainsi, nous nous concentrerons sur trois thèmes fondamentaux, concernant tout d'abord la position institutionnelle des juges (A), la signification de la référence à l'État de droit (B), et enfin la nature de l'unité nationale (C).

### A. État de droit et primauté du juge

Comme nous l'avons déjà signalé, le Tribunal constitutionnel espagnol ne connaît pas l'utilisation activiste de la référence de l'État de droit dont s'est servie la Cour de justice pour justifier une extension de ses compétences. Au contraire, elle a eu tendance à exercer un certain *self-restraint* pour éviter de censurer trop frontalement les velléités indépendantistes des institutions catalanes, en caractéri-

sant les textes soumis à son contrôle comme des aspirations politiques légitimes plutôt que des actes proprement juridiques<sup>52</sup>.

C'est en réalité le gouvernement espagnol, avec le soutien du Parlement espagnol, qui a poussé pour une juridictionnalisation du contentieux, en saisissant systématiquement le Tribunal pour l'annulation des actes adoptés par le Parlement catalan<sup>53</sup>. Or, c'est surtout l'adoption d'une réforme très controversée de la loi qui organise le fonctionnement du Tribunal constitutionnel (*Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, connue par son acronyme – la LOTC), laquelle a été adoptée justement au nom de l'État de droit, qui a provoqué une reconsidération de la position institutionnelle et la nature du Tribunal constitutionnel. On reconnaît dans cette réforme un des éléments saillants du modèle européen et qui suppose un changement profond du rôle traditionnellement dévolu à l'interprète de la constitution dans le modèle espagnol<sup>54</sup>. En effet, la réforme de 2015, présentée comme asservie à « l'exécution des décisions du Tribunal constitutionnel comme garantie de l'État de droit », donne au Tribunal la responsabilité générale de veiller au respect de ses décisions<sup>55</sup>. Dans cette fin, le nouvel article 92 de la LOTC autorise le Tribunal entre autres à imposer des amendes dites « coercitives » et même, « en présence de circonstances ayant une importance constitutionnelle particulière », à adopter toute « mesure nécessaire », si besoin d'office. Ce nouveau pouvoir a été plusieurs fois utilisé pendant la crise catalane<sup>56</sup>.

Le gouvernement espagnol a cherché ainsi à confier au juge la réponse institutionnelle aux actes de contestation des institutions catalanes,

<sup>52</sup> V. la contribution dans ce numéro de J. ARLETTAZ.

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> E. ÁLVAREZ CONDE, « La ejecución de las resoluciones del Tribunal constitucional. ¿ Un cambio de modelo de justicia constitucional ? », *Revista de Derecho Político*, n° 101, 2018, pp. 661-701.

<sup>55</sup> *Ley Orgánica 15/2015 de reforma de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho.*

<sup>56</sup> V. p. ex. ATC 126/2017, du 20 septembre 2017, où le Tribunal constitutionnel reprend l'idée selon laquelle « celui qui juge doit posséder le pouvoir de contraindre au respect de ses décisions », car à défaut le Tribunal « serait dépourvu d'un des éléments essentiels de l'exercice de la fonction juridictionnelle et ainsi le pouvoir nécessaire pour garantir la suprématie de la Constitution ». L'opinion dissidente fait en revanche valoir la « nature essentiellement arbitrale et déclarative de la juridiction constitutionnelle ».

<sup>51</sup> E. CARPANO, *État de droit et droits européens : l'évolution du modèle de l'État de droit dans le cadre de l'euro-péanisation des systèmes juridiques*, op. cit., pp. 396 et s. (évoquant le « droit à une décision juridictionnelle effective » comme élément essentiel du modèle européen de l'État de droit).

en évitant d'affronter la responsabilité de cette réponse qui lui incombait selon l'article 155 de la Constitution (article qu'il a néanmoins finalement activé en octobre 2017 suite à la prétendue déclaration d'indépendance). En tout état de cause, quelle que soit sa motivation stratégique, cette réforme impose l'idée, en réalité assez originale dans la culture juridique espagnole, de la nécessité de donner au Tribunal constitutionnel tous les moyens de réaliser sa mission et de s'assurer par lui-même, sans avoir recours aux autres pouvoirs de l'État, de l'obéissance des autres institutions. Le préambule de la réforme se sert d'arguments typiquement présents en droit de l'Union, dont notamment celui consistant à dire que la fonction de juger implique nécessairement de disposer « *d'instruments suffisants pour garantir l'efficacité des décisions adoptées dans l'exercice de cette fonction* », car en son absence l'État de droit cesserait d'exister<sup>57</sup>. Face aux voix qui critiquent la réforme comme contraire à la séparation de pouvoirs et susceptible de compromettre la légitimité du Tribunal dans l'exercice de sa fonction traditionnellement déclarative du texte constitutionnel<sup>58</sup>, les avocats de la nouvelle version de la LOTC font valoir qu'une « *décision qui ne peut être exécutée équivaut à une simple recommandation éthique, car elle ne saurait être juridique à défaut de coercition* »<sup>59</sup>, argument qui pousse pour une extension des fonctions de la justice constitutionnelle comme dans le contexte de l'Union.

L'alignement du modèle espagnol sur le modèle tracé par la Cour de justice ne se limite pas à cette évolution. On constate aussi que les réactions des indépendantistes empruntent aussi aux critiques développées dans

le contexte européen se focalisant sur le déficit démocratique des juges et opérant ainsi une séparation entre État de droit et démocratie. En effet, face aux arrêts du Tribunal constitutionnel, annulant partiellement l'*Estatut d'autonomia* catalan<sup>60</sup> et la batterie de lois approuvées par le Parlement catalan visant à l'organisation du référendum et ladite transition à la République catalane, la réponse indépendantiste a été de revendiquer d'autres formes de légitimité non judiciaire, en plaçant contre l'idée d'une prétendue infaillibilité judiciaire, ou la juridictionnalisation du conflit<sup>61</sup>. Cela a justifié que plusieurs autorités catalanes se refusent à respecter les décisions du Tribunal constitutionnel et à les reconnaître comme légitimes.

En outre, la *Llei de transitorietat* qui, rappelons-le, prétend organiser juridiquement la transition de la Catalogne vers une République indépendante en attendant l'approbation d'une constitution catalane, aborde entre autres la création d'un nouveau pouvoir judiciaire catalan. Témoignant sans doute de la méfiance des indépendantistes catalans à l'encontre des juges suite aux revers subis devant la justice espagnole, la *Llei de transitorietat* contient de nombreuses dispositions qui font violence à l'indépendance du pouvoir judiciaire, notamment en mettant les membres d'une future cour suprême catalane sous un contrôle politique renforcé<sup>62</sup>.

Par ces biais, les indépendantistes se situent décidément à l'encontre du consensus européen, qui tend à minimiser l'existence de questions soustraites à la considération du juge et qui situe ce dernier dans une place institutionnelle

<sup>57</sup> Préambule de la loi 15/2015 : « *Uno de los principales componentes del ejercicio de cualquier función jurisdiccional es la existencia de instrumentos suficientes para garantizar la efectividad de las resoluciones dictadas en el ejercicio de dicha función. La garantía de dicha efectividad es un elemento esencial para la existencia de un Estado de Derecho, ya que sin esta garantía tal Estado no existiría* ».

<sup>58</sup> G. CÁMARA VILLAR et J.-A. MONTILLA, « *Insólita Reforma* », *El País*, 9 septembre 2015 ; E. ÁLVAREZ CONDE, « *La ejecución de las resoluciones del Tribunal constitucional. ¿ Un cambio de modelo de justicia constitucional ?* », *Revista de Derecho Político*, n° 101, 2018, pp. 661-701.

<sup>59</sup> J. DE ESTEBAN, « *Que se acaben las bromas* », *El Mundo*, 7 de septiembre de 2015 : « *una sentencia que no se pueda cumplir equivale a una mera recomendación ética, porque sin coerción no es jurídica. [...] La proclamación por la Ley del respeto a la Constitución no basta, porque toda Ley debe ser aplicada coactivamente* ».

<sup>60</sup> Un *Estatuto de autonomía* (en catalan, *Estatut d'autonomia*) constitue le texte fondamental d'une Communauté autonome en Espagne et s'intègre dans le bloc de constitutionnalité espagnol. L'*Estatut d'autonomia* catalan, entré en vigueur en 2006 après avoir été validé par les Parlements à Barcelone et Madrid et en référendum en Catalogne, a fait l'objet d'un arrêt extrêmement controversé, rendu par le Tribunal constitutionnel le 28 juin 2010 (STC 31/2010), qui annule plusieurs de ses dispositions et réduit la portée d'autres conformément à la technique de l'interprétation conforme à la Constitution.

<sup>61</sup> V. p. ex. *Moció 5/XII del Parlament de Catalunya, sobre la normativa del Parlament anul·lada i suspesa pel Tribunal Constitucional*, 5 juillet 2018.

<sup>62</sup> Par exemple, la loi de transition, qui ne prévoit pas la création d'une cour constitutionnelle, confie la désignation du président de la Cour suprême au président du futur État indépendant, et l'administration et gouvernement du pouvoir judiciaire à une Commission mixte composée à parts égales par des représentants du pouvoir judiciaire et du pouvoir exécutif.

suprême. Malgré les différences majeures qui existent dans les deux contextes, il est inévitable de constater des similitudes entre les stratégies des indépendantistes et celles des gouvernements de la Pologne et la Hongrie, dénoncés par la doctrine majoritaire justement au nom de l'État de droit, et impliquant comme dans le cas catalan une défiance à l'encontre des décisions des tribunaux compétents et la proposition de mesures tendant à renforcer l'emprise des pouvoirs politiques sur la structure judiciaire<sup>63</sup>. Le Président de la Commission J.-C. JUNCKER a ainsi proclamé « *Appartenir à une Union fondée sur l'état de droit, cela veut dire qu'il faut savoir accepter et respecter un jugement* »<sup>64</sup>. Il n'est pas donc surprenant que l'hostilité à l'égard des juges espagnols qu'exhibent les indépendantistes constitue la première des preuves dans le procès pour anti-européanisme qui est fait à leur encontre. Il demeure néanmoins que l'opposition sur laquelle se joue le conflit en Catalogne (suprématie institutionnelle des juges fondée sur l'État de droit / déficit démocratique) reproduit celle qui structure les débats dans le contexte européen.

## B. La matérialisation de l'État de droit

Les discours habituellement maniés par les indépendantistes catalans ne se caractérisent pas par le rejet des arguments fondés sur l'État de droit. Au contraire, l'on constate un certain mimétisme entre les deux camps<sup>65</sup>, qui ne cessera d'étonner l'observateur externe. En effet, la référence à l'État de droit est tout aussi omniprésente chez les indépendantistes, qui s'adonnent avec enthousiasme à un juridisme généralisé. Pour éviter de parler d'une décision pure, on évoque le « *droit à décider* » (« *dret a decidir* »)<sup>66</sup> du peuple catalan, terme auquel les textes plus récents préfèrent celui du droit d'autodétermination<sup>67</sup>. Même si cela correspond

à une nécessité argumentative<sup>68</sup>, on sent ici la même horreur du non-droit, d'un décisionnisme transparent, que dans la culture constitutionnelle espagnole, ainsi qu'une grande foi dans la prétendue objectivité des sciences juridiques. Même la réalisation de l'indépendance est organisée juridiquement par le biais de la *Llei de transitorietat*, non pas comme une rupture révolutionnaire, mais sous la forme comme son nom l'indique d'une « *transition* »<sup>69</sup>, à l'instar donc de la transition espagnole, le but de ce texte étant d'assurer que « *dès le début le nouveau État sera soumis au droit ; qu'à tout moment il sera un État de droit* ». Son premier article proclame par ailleurs que « *La Catalogne se constitue en une République de droit, démocratique et sociale* », formulation pratiquement identique à l'article 1.1 de la Constitution espagnole et qui ne fait que confirmer un certain mimétisme dans les discours indépendantistes.

Il serait pourtant inexact d'en déduire que l'État de droit possède ici la même signification. En réalité, on peut identifier une *matérialisation* de ce concept<sup>70</sup>, c'est-à-dire une tendance à l'identifier à la préservation concrète de certaines valeurs matérielles, et à s'éloigner corrélativement de ses attributs formels. Cette matérialisation peut prendre deux formes dans les discours des indépendantistes, et l'on reconnaît dans les deux la logique propre au modèle de l'Union européenne que nous avons décrit *supra*.

La première consiste à présenter l'État de droit, comme le fait l'article 2 du TUE, comme une valeur parmi d'autres. Il est ainsi dit dans le texte de la déclaration d'indépendance que le peuple catalan est « *amant du droit* », et que le « *respect de la légalité est et continuera à être une des pierres angulaires de la République [catalane]* »<sup>71</sup>. La conceptualisation de l'État de droit comme une valeur substantielle, envers laquelle la Catalogne professe

<sup>63</sup> V. généralement L. PECH et K.L. SCHEPPELE, « Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 19 (2017), pp. 3-47.

<sup>64</sup> Discours sur l'état de l'Union 2017, 13 septembre 2017.

<sup>65</sup> Z. OKLOPCIC, « The Referendum on Catalan Self-Determination. Endemic Rhetoric, Interpretive Hypocrisy and Legal Imagination », *Völkerrechtsblog*, 22 et 25 septembre 2017.

<sup>66</sup> *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*, 23 janvier 2013.

<sup>67</sup> *Llei 19/2017 del referèndum d'autodeterminació*, 6 septembre 2017. Sur cette substitution terminologique, v. Z. OKLOPCIC, « The

Referendum on Catalan Self-Determination. Endemic Rhetoric, Interpretive Hypocrisy and Legal Imagination », *op. cit.*

<sup>68</sup> Z. OKLOPCIC, « The Referendum on Catalan Self-Determination. Endemic Rhetoric, Interpretive Hypocrisy and Legal Imagination », *op. cit.*

<sup>69</sup> *Llei de transitorietat jurídica i fundacional de la República*, 8 septembre 2017.

<sup>70</sup> V. E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Naissance et développement de la notion d'État de droit », *op. cit.*, pp. 143 et s.

<sup>71</sup> *Declaració dels representants de Catalunya*, 10 octobre 2017 : « *El poble de Catalunya és amant del dret, i el respecte a la llei és i serà una de les pedres angulars de la República* ».

son amour<sup>72</sup>, implique plusieurs considérations décisives. La première est que le respect de l'État de droit est une question de degré : il peut y avoir plus ou moins d'État de droit, comme d'ailleurs le donnent à penser les divers indices internationaux qui le conçoivent comme un paramètre mesurable à l'aune duquel les différents États peuvent être classés. Conformément à cette vision, les indépendantistes disent vouloir avancer vers un État de droit ayant « plus de qualité »<sup>73</sup>.

La deuxième considération est que la valeur « État de droit », puisqu'elle n'est qu'une des valeurs essentielles sans qu'elle possède une supériorité hiérarchique absolue, est susceptible d'entrer en conflit avec d'autres valeurs méritant protection. Dans cette optique, un des arguments clés des discours indépendantistes a été de confronter l'État de droit et le respect de la légalité, qui sont reconnus comme considérations certes légitimes, au principe démocratique, qui mériterait autant voire plus de respect<sup>74</sup>, ce qui impose donc la recherche d'une pondération, conciliation ou mise en balance. Il peut certes paraître rudimentaire ou puéril d'opposer ainsi État de droit et démocratie, il demeure que, ce faisant, l'indépendantisme catalan ne fait que participer d'une césure qui est implicite, comme nous l'avons signalé, dans le développement d'une conception européenne de l'État de droit (ainsi que plus généralement à des tendances présentes sur le plan international)<sup>75</sup>.

Il faut noter que le Tribunal constitutionnel a tenté de résister à cette césure. Dans une de ses décisions concernant le conflit en Catalogne, il a souligné que démocratie et État de droit constituent deux principes inséparables, car

<sup>72</sup> L'utilisation de cette expression, qui n'est pas sans évoquer des motifs freudiens... (v. P. LEGENDRE, *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, Seuil, 1974), rappelle aussi l'histoire française : v. J.-P. HEURTIN et S. WAHNICH, « Y a-t-il un paradoxe de l'amour des lois ? », *Jus Politicum*, n° 10.

<sup>73</sup> *Declaració dels representants de Catalunya*, 10 octobre 2017 : « La constitució de la República catalana es fonamenta en la necessitat de protegir la llibertat, la seguretat i la convivència de tots els ciutadans de Catalunya i d'avançar cap a un Estat de dret i una democràcia de més qualitat ».

<sup>74</sup> V. p. ex. F. REQUEJO, « Estat de dret i democràcia no són sinònims », *Ara*, 16 septembre 2017.

<sup>75</sup> D. LUSTIG et J.H.H. WEILER, « Judicial review in the contemporary world – Retrospective and prospective », *op. cit.*, spéc. pp. 325 et s., où les auteurs identifient une « deuxième vague » d'expansion du contrôle juridictionnel, qui dépasse les ordres juridiques nationaux et confie ce pouvoir à des institutions juridictionnelles internationales.

« dans une conception démocratique du pouvoir il n'y a d'autre légitimité que celle qui est fondée sur la Constitution »<sup>76</sup>. Il demeure pourtant que, la plupart de fois, les juges espagnols se sont vus coincés dans une défense de la légalité formelle face aux positions contestataires catalanes. À la matérialisation des discours indépendantistes, s'oppose donc la formalisation des discours des institutions étatiques. C'est notamment le cas des magistrats d'instruction responsables des poursuites pénales contre les dirigeants indépendantistes, se servant de la référence à l'État de droit essentiellement comme une personnification de la légalité étatique et de ses autorités compétentes, dont les dirigeants indépendantistes auraient cherché violemment à obtenir la « reddition »<sup>77</sup>.

La matérialisation de l'État de droit prend aussi une deuxième version, plus présente dans les discours des indépendantistes depuis le référendum du 1<sup>er</sup> octobre 2017 et les événements qui ont suivi. Que ce soit par attitude défensive (en réaction aux accusations faites à leur encontre par les anti-indépendantistes s'appuyant sur l'État de droit), ou plutôt du fait de l'incontournabilité de cette référence dans la culture juridique espagnole, les institutions espagnoles sont régulièrement accusées de réduire à néant l'État de droit. Plus précisément, l'argument consiste souvent à dire que les institutions espagnoles (gouvernement, Parlement et juges) abusent leurs pouvoirs en faisant une application détournée des dispositions constitutionnelles espagnoles, lesquelles notamment, si interprétées de façon objective et loyale, ne s'opposent pas à l'organisation d'un référendum d'indépendance, interdisent la prison préventive des dirigeants indépendantistes et n'autorisent pas, dans les circonstances, une suspension de l'autonomie régionale catalane<sup>78</sup>.

<sup>76</sup> STC 259/2015 du 2 décembre 2015.

<sup>77</sup> ATS 20907/2017 du 21 mars 2018.

<sup>78</sup> V. p. ex. *Manifest de juristes a favor del dret dels ciutadans i ciutadanes de Catalunya a celebrar un referèndum per decidir el futur polític de Catalunya* (mars 2017) ; A. ABAT NINET, « I-CONnect Symposium: The Independence Vote in Catalonia – ! Aidez la Catalogne et l'Espagne ! », *Int'l J. Const. L. Blog*, 3 octobre 2017 ; I. LASAGABASTER, « El govern espanyol desmunta l'estat de dret », *Ara*, 28 mai 2018 ; M. BARCELÓ, « On és ara l'estat de dret? », *Ara*, 22 septembre 2017 ; *Conclusions primer Congrés Català en defensa de l'Estat de Dret*, 5 mai 2018.

Ces accusations ne s'appuient pas sur une vision hyper-formaliste selon laquelle il n'y aurait pas de droit en présence d'une interprétation incorrecte des textes constitutionnels et légaux. Au contraire, il est fait état par ce biais d'une vision matérielle de l'État du droit dans la mesure où ce dernier exige une légalité d'être globalement juste, ce qui implique notamment la reconnaissance du droit du peuple catalan à l'auto-détermination ou, ce qui serait en réalité plus exact comme le note Z. OKLOPCIC, de l'obligation pesant sur l'État de se montrer réactif et prendre au sérieux les aspirations d'une partie du territoire (l'idéal de la « *responsiveness* »)<sup>79</sup>. En refusant de donner considération à ces aspirations et de les accommoder dans le cadre constitutionnel espagnol, et puis en multipliant la poursuite pénale des dirigeants politiques indépendantistes sur la base du respect formel de la légalité, l'Espagne ne saurait plus prétendre continuer à être qualifiée d'État de droit.

### C. État de droit et concrétisation de l'unité nationale

La difficulté principale de la pensée de l'État de droit, comme il est signalé depuis longtemps par la doctrine dont notamment BÖCKENFÖRDE, est son incapacité à aborder « *les conditions de possibilité de ce même État de droit* », préférant plutôt éviter cette question et prendre « *l'État de droit non pas (seulement) comme une partie mais bien pour le tout de l'ordre étatique* »<sup>80</sup>. C'est notamment le cas du droit constitutionnel espagnol, qui confie à l'État de droit le rôle d'une norme de clôture et peut générer l'illusion de considérer que la consécration explicite par la Constitution de « *l'unité indissoluble de la Nation espagnole, patrie commune et indivisible de tous les Espagnols* » (article 2), ainsi que la garantie de son « *intégrité territoriale* » (article 8), suffisent pour garantir leur réalité effective et couper définitivement le pas aux aspirations indépendantistes.

Bien que témoignant d'une foi aussi intense dans l'idée de l'État de droit, le modèle propre

au droit de l'Union suppose un basculement important qui fragilise davantage la position traditionnelle de la pensée constitutionnelle espagnole. Rappelons que l'État de droit est principalement conçu comme une valeur, dont une des fonctions principales est d'asseoir l'identité et l'unicité de l'Union et déterminer ainsi la possibilité d'y appartenir<sup>81</sup>. L'État de droit n'est pas ici, comme dans la pensée constitutionnelle traditionnelle, un type d'État (en tant qu'entité politique), mais correspond plutôt à une façon d'exercer le pouvoir, définie avant tout par une certaine aspiration à nier la réalité de la domination par le biais d'une soumission constante au regard des juges, que ce pouvoir soit ou non exercé par une autorité étatique.

Cette tendance va de pair avec la réduction de l'État à une structure essentiellement administrative. Et si l'État n'est qu'une structure administrative, il ne peut fonder une quelconque appartenance sociale ou politique. Autrement dit, l'existence d'une communauté politique devient essentiellement indépendante de l'État. Il faut chercher une telle appartenance ailleurs. Elle se trouve dans la réalité des faits, par exemple dans le partage de formes de vie. Le meilleur exemple en droit de l'Union est peut-être le critère de l'intégration sociale dans la jurisprudence sur la citoyenneté européenne, par le biais duquel le juge redessine les liens d'appartenance pouvant justifier le refus de prestations sociales, et trace ainsi une nouvelle ligne entre ceux qui appartiennent et ceux qui n'appartiennent pas<sup>82</sup>.

Ensuite, le détachement de l'État de droit et l'État signifie aussi que le territoire propre à l'Union subit une transformation par rapport à la conception étatique classique. Le territoire de l'Union n'est plus l'espace politique où l'État exerce le monopole de la contrainte, mais plutôt un territoire de valeurs partagées, de nature donc essentiellement sociale<sup>83</sup>, ce qui implique nécessairement une certaine fluidité.

<sup>81</sup> N. WALKER, « The Rule of Law and the EU: Necessity's Mixed Value », *op. cit.*, p. 130.

<sup>82</sup> V. à cet égard L. AZOULAI, « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », in *Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 1 ; S. BARBOU DES PLACES, « L'intégration sociale, nouvel axe du droit européen des personnes ? », *Revue des Affaires européennes*, 2013-4, pp. 689-703.

<sup>83</sup> L. AZOULAI, « La territorialité du droit : approches théoriques et usages méthodologiques », in *Droit comparé et territorialité du*

<sup>79</sup> Z. OKLOPCIC, « The Referendum on Catalan Self-Determination. Endemic Rhetoric, Interpretive Hypocrisy and Legal Imagination », *op. cit.*

<sup>80</sup> E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Naissance et développement de la notion d'État de droit », *op. cit.*, pp. 146-147.

Dans le contexte catalan, ces idées se trouvent reflétées dans les discours des indépendantistes catalans, affirmant l'existence de la nation ou du peuple catalan comme titulaire d'un droit à se constituer comme État. Selon cet argument, l'État espagnol ne serait qu'une simple structure administrative, dont l'existence n'est pas en elle-même légitime ou illégitime mais se justifie au cas par cas selon les circonstances et en fonction des résultats qu'il peut réussir à produire (ce qui, par ailleurs, et toujours selon la position indépendantiste, n'arriverait que rarement, vu la corruption régnante et son inefficacité chronique)<sup>84</sup>. En tout cas, l'existence d'un État, fût-il pleinement opératoire, ne saurait constituer tout au plus qu'un indice de l'existence d'un véritable sujet politique sous-jacent. Contrairement à la nation espagnole, dont l'existence et l'indissolubilité demeurent une pure abstraction malgré leur affirmation par la Constitution, la réalité concrète de la nation catalane, comme entité suffisamment unitaire et homogène, s'impose comme une évidence au jour le jour, dont notamment dans les gigantesques manifestations qui sont régulièrement organisées par l'indépendantisme, et surtout à travers la participation populaire massive au référendum du 1<sup>er</sup> octobre 2017. C'est pourquoi la fonction première de ces manifestations populaires n'est pas d'attester la volonté populaire d'atteindre l'indépendance, mais avant toute autre chose d'affirmer l'existence de ce peuple unitaire, comme sujet doté d'une existence concrète et efficace.

Il demeure pourtant que cette logique s'infiltré aussi dans les discours contraires. L'argument le plus efficace pour contester la prétendue unicité du peuple catalan n'est plus l'appel formel à la garantie contenue dans le texte constitutionnel, mais plutôt l'existence de manifestations tout aussi massives organisées par le camp anti-indépendantiste. En effet, plusieurs marches contre l'indépendance ont eu lieu après le référendum du 1<sup>er</sup> octobre, rassemblant un nombre de personnes comparable à celui qu'avaient réussi préalablement les or-

ganisations indépendantistes. L'existence de ces contre-manifestations a réussi ainsi à briser l'image d'un peuple catalan unitaire que les indépendantistes ont tant travaillé pour construire. Ce faisant, elles ont pourtant provoqué aussi un certain alignement entre les arguments des uns et des autres, en contribuant à consolider l'idée selon laquelle l'existence d'une nation espagnole, catalane ou autre nécessite une démonstration concrète.

## Conclusion

Nous avons constaté que le droit de l'Union et sa conception de l'État de droit ont joué, dans la crise catalane, un rôle de complexification du débat et d'exacerbation des oppositions. D'un point de vue stratégique, tandis que l'État espagnol trouve dans le réservoir du droit de l'Union de quoi pousser plus loin sa tendance à placer dans les mains des juges la réponse institutionnelle aux indépendantistes, ces derniers se voient validés dans leur contestation de la légalité espagnole au nom d'une axiologie supra-légale ainsi que dans une vision concrétisée des liens d'appartenance nationale. Or, c'est surtout dans l'évolution des termes du débat que l'on ressent l'influence européenne, dont notamment dans la césure d'État de droit et démocratie, dans la tendance à concevoir l'État de droit en termes axiologiques par opposition au respect de la légalité formelle, et dans la remise en cause de l'État comme structure d'appartenance.

Concluons avec deux réflexions finales, qui prennent la forme de deux questions ouvertes. La première concerne l'inévitabilité d'une telle répartition. Aurait-il été possible d'imaginer un débat conduit dans d'autres termes ? Il ne semble pas impossible de penser le conflit catalan en termes exclusivement substantiels ou axiologiques, ou à l'inverse comme un conflit entre légalités à la manière du pluralisme juridique. L'on peut aussi parfaitement imaginer la répartition inverse, où l'indépendance serait opposée principalement sur une base axiologique substantielle tandis que les indépendantistes se diraient habilités par la légalité formelle. Il demeure néanmoins que le rôle central pris par les juges dans la défense de l'intégrité de l'ordre juridique espagnol semble

*droit*, t. I, Cycle de conférences du Conseil d'État, coll. droits et débats, La Documentation française, 2017, p. 127.

<sup>84</sup> Les représentants des partis indépendantistes ne renoncent d'ailleurs pas à continuer à participer dans le fonctionnement des institutions étatiques espagnoles et à occuper leurs sièges dans le Parlement espagnol.

avoir rendu, du fait de la nature de la fonction judiciaire et leur position institutionnelle, un tel renversement improbable.

La deuxième question ouverte concerne la place du conflit catalan dans la dynamique de l'intégration européenne. Il est possible de lire cette crise comme le résultat d'une dynamique propre au droit de l'Union qui pousse inévitablement, par la déstabilisation du contexte national, vers l'émergence d'une unité européenne renforcée,

cette issue étant la seule capable de garantir la conciliation de tendances aussi farouchement opposées en Catalogne. À l'inverse, la crise catalane pourrait révéler l'instabilité fondamentale du projet européen, dont les dynamiques contradictoires qu'il engendre vont contribuer à sa paralysie et remise en cause, d'abord dans des contextes spécifiques comme le catalan et ensuite plus généralement sur l'espace européen. L'avenir nous donnera peut-être la réponse.