



**HAL**  
open science

# Un référendum sur l'indépendance est-il possible dans l'ordre juridique espagnol? Le droit expliqué dans la presse

Jorge Cagiao y Conde

► **To cite this version:**

Jorge Cagiao y Conde. Un référendum sur l'indépendance est-il possible dans l'ordre juridique espagnol? Le droit expliqué dans la presse. Cahiers de civilisation espagnole contemporaine (de 1808 au temps présent), Histoire politique, économique, sociale et culturelle, 2016, 10.4000/ccec.6256 . hal-03540025

**HAL Id: hal-03540025**

**<https://hal.science/hal-03540025v1>**

Submitted on 22 Jan 2022

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

---

## Un référendum sur l'indépendance est-il possible dans l'ordre juridique espagnol ? Le droit expliqué dans la presse

*Is a referendum about Catalanian Independence possible within Spanish legal  
order? The right explained in press*

*¿ Es posible un referéndum de independencia en el actual ordenamiento jurídico  
español? El derecho explicado en la prensa*

**Jorge Cagiao y Conde**

Traducteur : Annalissa Amaya, Itzia Marquez, Maëva Merida et Yan Michel

---



### Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/ccec/6256>

DOI : 10.4000/ccec.6256

ISSN : 1957-7761

### Éditeur

Laboratoire 3LAM

Ce document vous est offert par Université de Tours



### Référence électronique

Jorge Cagiao y Conde, « Un référendum sur l'indépendance est-il possible dans l'ordre juridique espagnol ? Le droit expliqué dans la presse », *Cahiers de civilisation espagnole contemporaine* [En ligne], 17 | 2016, mis en ligne le 30 janvier 2017, consulté le 22 janvier 2022. URL : <http://journals.openedition.org/ccec/6256> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/ccec.6256>

---

Ce document a été généré automatiquement le 22 janvier 2022.

© CCEC ; auteurs

---

# Un référendum sur l'indépendance est-il possible dans l'ordre juridique espagnol ? Le droit expliqué dans la presse

*Is a referendum about Catalanian Independence possible within Spanish legal order? The right explained in press*

*¿ Es posible un referéndum de independencia en el actual ordenamiento jurídico español? El derecho explicado en la prensa*

**Jorge Cagiao y Conde**

Traduction : Annalissa Amaya, Itzia Marquez, Maëva Merida et Yan Michel

---

## NOTE DE L'AUTEUR

Nous tenons à remercier Xacobe Bastida pour sa lecture attentive et ses remarques sur la première version de ce texte, lesquelles nous ont permis de l'améliorer. Il va sans dire que les thèses défendues et les erreurs qui pourraient être trouvées par le lecteur ne sont imputables qu'à l'auteur du texte.

## Introduction

- 1 Commençons par le constat suivant : rares sont les personnes qui lisent les manuels de droit, les commentaires et les articles de doctrine écrits par les constitutionnalistes<sup>1</sup> sur des questions d'intérêt public, comme celle qui sera analysée ici. Il faut convenir que ce genre de littérature n'est pas le plus adéquat et efficace pour que le citoyen moyen (qui vote bel et bien mais qui ne fréquente pas les facultés de droit) soit capable de comprendre rapidement les enjeux juridiques fondamentaux d'un débat. En revanche, les

médias, la presse écrite, la radio ou la télévision, qui passent leur message plus facilement aux citoyens, sont mieux placés à cette fin en raison de leur format bref et de leur accès immédiat à un public large. C'est aussi ce qui justifie la présence de constitutionnalistes ou d'experts juristes dans les médias, leur rôle étant d'expliquer la signification du droit face à un enjeu donné. Le lecteur, auditeur, ou téléspectateur trouve dans ces interventions la réponse ou la solution à la question concrète qui est posée en droit : telle chose n'est pas possible dans l'état actuel du droit ou telle autre est possible, de telle ou telle manière, etc. Les constitutionnalistes sont censés expliquer le droit tel qu'il est réellement. Le point de savoir si le droit est comme il est présenté par le constitutionnaliste est précisément l'objet de notre réflexion ici, mais, pour notre propos, il convient de noter que c'est de cette manière que les citoyens perçoivent les choses : le droit a une signification claire et précise, et c'est le devoir du constitutionnaliste, ou plus généralement du juriste, de connaître cette signification et de la transmettre au profane.

- 2 Compte tenu de la problématique à laquelle nous nous intéressons, il est important aussi de souligner que les constitutionnalistes ou les juristes experts qui écrivent dans la presse ou parlent à la radio ou à la télévision, interviennent dans le débat en tant qu'experts, c'est-à-dire comme des scientifiques qui se prononcent sur une question concrète en mobilisant leur connaissances en la matière, et évidemment pas dans le but de proposer une opinion personnelle. Il va de soi que le constitutionnaliste a une opinion personnelle, mais il n'est pas moins évident que son intervention dans un journal ou à la télévision est justifiée par les connaissances qu'il a dans un domaine d'expertise, et que ce sont ces connaissances que le constitutionnaliste va mettre à la disposition des lecteurs<sup>2</sup>. Si ce n'était pas le cas, en fait, il n'y aurait pas une grande différence entre le commentaire d'un constitutionnaliste et celui d'un gouvernant (lequel, on peut l'imaginer, a aussi des connaissances en droit). Le dire du constitutionnaliste jouit en quelque sorte d'une présomption de vérité, à la différence de celui du gouvernant. Ceci s'explique parce qu'on reconnaît au scientifique une compétence et une éthique professionnelle (objectivité, désintéret personnel, etc.) que l'on ne reconnaît pas au gouvernant. Que ce soit d'ailleurs réellement comme cela, c'est-à-dire que de la bouche du constitutionnaliste sorte la « vérité juridique » sur une question débattue, est quelque chose qui soulève des doutes importants et c'est précisément la question qui sera analysée ici. Cependant, il importe d'ores et déjà de noter que c'est de cette façon que les différents acteurs de la relation mentionnée (presse, constitutionnalistes et lecteurs ou citoyens) perçoivent et comprennent les choses. C'est d'une certaine manière le pacte entre le journal et le constitutionnaliste<sup>3</sup>, et entre ces derniers et le citoyen lecteur : le scientifique est là pour faire parler la science.
- 3 Une des questions centrales de la réflexion proposée ici est de savoir s'il peut exister une connaissance certaine en droit, une sorte de « vérité juridique », et si c'est le cas, de tenter de voir à quoi peut ressembler cette vérité juridique et quelles sont la forme et les conditions de possibilité de l'expression de la « vérité » en droit. L'enjeu est simple : ou bien nous pouvons avoir une connaissance certaine sur les questions que l'on se pose en droit, ce qui permettrait aux constitutionnalistes de se prononcer scientifiquement sur les problèmes qui peuvent surgir dans un débat comme celui du référendum catalan, ou bien une connaissance certaine n'est pas possible en droit. S'il en est ainsi les constitutionnalistes auraient deux options : soit se prononcer sur une problématique à l'étude en faisant croire à leurs interlocuteurs qu'ils s'expriment avec la sûreté caractéristique de la science, quand en réalité ils ne feraient qu'exprimer leur opinion

personnelle sur un sujet ; soit déclarer, avec l'honnêteté du scientifique, que la question qui leur est posée n'a pas de réponse certaine (ce qui revient à faire un pas dans la bonne direction, comme nous l'expliquerons plus loin). Comme nous le verrons, il s'agit d'une question complexe qui mérite une réflexion à part, et nous allons justement lui consacrer la première et la dernière parties de cet article. Mais il convient d'ores et déjà de dire que les constitutionnalistes considèrent majoritairement (ou du moins c'est ce que l'on peut déduire de leurs comportements et commentaires) que le droit est un domaine de connaissance dans lequel il existe une réponse certaine pour toute question susceptible d'être posée. C'est pourquoi, par exemple, il serait possible et nécessaire de répondre à la question portant sur le référendum sur l'indépendance en Catalogne comme l'a fait la majorité de la doctrine espagnole, par la négative. Dans la première section de cet article (1), nous verrons qu'une approche soucieuse du devoir du scientifique constitutionnaliste, dans le sillage de Hans Kelsen dans sa *Théorie pure du droit*, offre une base solide pour une explication claire et, d'après nous, irréfutable de la question de la connaissance en droit et des formes d'expression d'une telle connaissance dans une problématique comme celle à laquelle nous nous intéressons.

- 4 Dans la deuxième section (2), nous présenterons quelques exemples de la façon dont le droit a été expliqué aux citoyens à propos de la consultation catalane, en la présentant comme non conforme à l'ordre constitutionnel espagnol. Il est impossible ici de réaliser une étude minutieuse des articles publiés dans la presse espagnole. Nous avons retenu les articles des constitutionnalistes publiés dans des journaux qui, même en ayant une ligne idéologique reconnaissable, sont considérés comme des sources relativement sérieuses (peu importe ici qu'ils le soient ou non) dans leur manière de traiter l'information (*El País*, *El Mundo*, *El Periódico* ou *El Diario*), et nous en avons écarté d'autres (*ABC*, *La Razón*) qui, selon nous, peuvent être jugés plus sévèrement de ce point de vue-là. Il n'est pas non plus nécessaire de présenter de manière exhaustive tout ce qui a été publié par les constitutionnalistes dans les journaux espagnols les plus lus. Nous allons nous contenter de fournir quelques exemples représentatifs, à notre sens, de la doctrine constitutionnelle dominante en Espagne. Ces exemples peuvent être considérés d'autant plus représentatifs qu'il s'agit, comme nous le verrons, de constitutionnalistes ayant une autorité et un prestige certains.
- 5 Dans la troisième section (3), nous présenterons des exemples de constitutionnalistes qui contestent la lecture proposée par ceux qui considèrent que le référendum sur l'indépendance n'est pas légal dans l'état actuel du droit espagnol. Nous suivrons alors les mêmes critères que dans la deuxième section : il s'agira des mêmes journaux et de constitutionnalistes reconnus.
- 6 Dans la dernière section de cet article (4) nous proposerons une conclusion globale et essaierons d'expliquer quelle est, selon nous, la vérité juridique du scientifique dans le débat sur le référendum, et comment celle-ci doit être présentée pour donner aux citoyens une explication qui présente le droit tel qu'il est. D'une certaine façon, les conclusions devraient aussi éclairer des expressions importantes dans le débat (État de droit, légalité, principe démocratique, etc.) en montrant que, dans une discussion comme celle portant sur le référendum, le droit et sa signification se trouvent à la merci des pouvoirs publics (gouvernants, juges, etc.), qui peuvent amener le droit là où ils veulent. Par conséquent, nous allons aussi défendre l'idée qu'un constitutionnalisme plus soucieux de son statut scientifique que de la protection de l'État devrait pouvoir tenir l'État et les gouvernants éloignés de la tentation de faire mentir le droit (par exemple, le célèbre et

insistant « Je ne veux ni ne peux » du Président Rajoy à propos du référendum), et protéger ainsi, avec la neutralité qui doit être la sienne, l'État de droit d'une manière plus appropriée et peut-être plus efficace.

## Et soudain... Kelsen. Connaître et expliquer le droit

- 7 L'évocation de Kelsen dans le débat espagnol sur le processus souverainiste catalan n'est pas surprenante. En effet, il s'agit d'un des plus grands – pour beaucoup le plus grand – théoricien de droit du siècle dernier. Il est de plus le « père » du positivisme juridique moderne, ou normativisme, et pour une grande majorité de professeurs de droit il est incontournable dans l'enseignement du droit constitutionnel. Son apparition dans le débat qui nous concerne ici est importante puisqu'elle est utile pour montrer à quel point sont condamnables les projets politiques qui, selon la version proposée, portent atteinte à l'ordre juridique constitutionnel et à l'État de droit, dont Kelsen (qui, en fait, n'appréciait pas cette expression) est supposé être l'une des principales références théoriques.
- 8 L'article « La independència catalana » du professeur de droit constitutionnel Javier García Fernández, publié dans le journal *El País* le 17 juillet 2014, en est un bon exemple. L'extrait suivant illustre bien l'usage qui est fait de Kelsen, en plaçant la stratégie du souverainisme catalan dans une ligne d'attaque et de violation de l'ordre constitutionnel espagnol, par opposition ouverte – comme on peut le déduire – aux enseignements du juriste autrichien :

En conclusion, le normativisme suppose le respect du Droit puisque le Droit est un ordonnancement démocratique de la société. Le décisionnisme est l'imposition de la décision politique sans respecter le système juridique prévu et organisée par la société elle-même.

L'opposition entre le normativisme kelsenien et le décisionnisme schmittien est utile pour comprendre le moment spécial dans lequel se trouve la politique catalane et peut probablement nourrir la réflexion sur la réponse à donner à la fuite en avant des indépendantistes catalans. L'analyse des déclarations incessantes produites par les nationalistes orientés vers l'indépendance (en commençant par Artur Mas et les dirigeants de *Convergència Democràtica* et d'*Esquerra Republicana* et jusqu'aux textes de l'Assemblée nationale catalane et les réflexions juridiques du *Consell Assessor per a la Transició Nacional*) donne l'impression d'une renonciation à toute vision normativiste de l'ordonnancement de la part de l'indépendantisme catalan, en optant plutôt pour une vision décisionniste de la politique. Ils agissent et s'expriment comme s'ils ignoraient l'existence du droit, ou comme si le droit n'existait pas en Espagne.

[...] l'indépendantisme a décidé de sortir violemment du système juridique et d'agir à travers des décisions politiques en dehors du Droit. Il est évident qu'ils souhaitent détruire l'ordre juridique de base en Catalogne et dans le reste de l'Espagne. Il n'existe pas d'exemple plus épuré de décisionnisme que la préparation du référendum le 9 novembre qui est en phase de réalisation par le gouvernement catalan, comme l'a expliqué la vice-présidente dans un journal catalan (urnes, bulletins de vote, locaux ...)<sup>4</sup>.

- 9 Le recours à Kelsen, en tant qu'argument (efficace) d'autorité, cherche à situer le processus catalan en dehors du droit. Et il fait cela de manière abusive, à notre sens, c'est-à-dire en abusant de Kelsen. Pour respecter une certaine logique kelsénienne, la thèse défendue par l'auteur du texte cité aurait besoin de confirmer comme vraies quelques hypothèses sur lesquelles il se fonde. Par exemple : l'atteinte effective, au moment de la rédaction de son article, à l'ordre juridique espagnol de la part des autorités catalanes,

ainsi que l'identification préalable des normes censées être atteintes, et surtout la possibilité de connaître le sens de ces dernières. Une lecture attentive de la *Théorie pure du droit* permettrait de comprendre que l'évocation de Kelsen dans ce cas peut être considérée comme abusive. Dans cet ouvrage, Kelsen expose ce qu'il entend être la connaissance du droit, et par conséquent ce qu'est le droit. Un retour rapide à la conception kelsénienne du droit et de la science juridique nous semble ici intéressant et nécessaire. Il existe, en effet, une tendance dans le constitutionnalisme (l'exemple cité en est un parmi d'autres<sup>5</sup>) à s'approprier la figure de Kelsen et à proposer une certaine version de la théorie kelsénienne du droit (qui la déforme ou l'appauvrit). Au-delà de cette tendance, nous souhaitons revenir à la conception de Kelsen de l'interprétation parce que son approche mérite, en raison de son réalisme et de son caractère scientifique épuré, une attention particulière. Elle permet de défaire des nœuds ou des problèmes, comme celui qui nous intéresse ici, à partir de l'analyse juridique<sup>6</sup>. Le retour à Kelsen est donc opportun, mais il convient de présenter sa contribution de manière correcte afin de savoir, à partir d'une approche scientifique positiviste (qui est celle réclamée par la doctrine constitutionnaliste dominante dans ce débat), si le processus souverainiste a réellement porté atteinte à l'ordre juridique espagnol, ou si le projet de consultation sur l'indépendance pourrait ou peut y porter atteinte.

- 10 Le droit est, pour Kelsen et pour la plupart des juristes, un monde composé de normes juridiques. Aujourd'hui, on pourrait dire, en affinant la conception kelsénienne, que le droit est composé d'énoncés linguistiques et de faits auxquels les autorités chargées d'appliquer le droit aux cas d'espèce donnent un sens, en créant ainsi la norme juridique<sup>7</sup>. Néanmoins focalisons-nous sur les normes juridiques, puisque selon Kelsen, le droit est composé de normes juridiques.
- 11 Les normes juridiques qui composent tout système juridique sont, d'après la conception de Kelsen, un « cadre à l'intérieur duquel il y a plusieurs possibilités d'application »<sup>8</sup>. En d'autres termes, les normes juridiques se caractérisent par leur indétermination sémantique initiale, ce que le législateur peut difficilement éviter. Ceci résulte dans certains cas de l'utilisation par le législateur d'expressions vagues qui rendent difficile la compréhension de ses énoncés et, en général, de l'ambiguïté ou de la polysémie des mots qui composent notre langue<sup>9</sup>. La thèse contraire, selon laquelle une norme juridique n'aurait qu'un seul sens, celui souhaité par le législateur, par exemple, semble être rejetée par Kelsen<sup>10</sup>. Cette indétermination relative du droit est sans doute un problème, et Kelsen en est conscient. Aussi insiste-t-il sur l'importance des énoncés juridiques clairs et dépourvus d'ambiguïtés, et même sur le caractère illusoire de la sécurité juridique<sup>11</sup> qui serait un dogme et non une réalité du monde juridique. Toutefois, pour Kelsen, le fait que ceci soit un problème pour lequel le droit doit chercher des solutions (ce qu'il fait) n'est pas, selon lui, une raison pour valider une thèse erronée, laquelle, si elle était acceptée, effacerait le problème en apparence seulement. Selon cette thèse, le droit serait caractérisé par sa clarté, ce qui permettrait de chasser l'arbitraire de la sphère juridique. Il s'agit sans doute d'une description très belle du droit, mais aussi fautive d'un point de vue kelsénien. Le double problème que cette thèse présente est évident : le citoyen est trompé et la solution au problème (qui demeure entier et se voit probablement aggravé) est rendue plus difficile.
- 12 Etant donné que les normes juridiques n'ont pas une signification prédéterminée ou claire, et comme il se peut – et cela arrive souvent – que plusieurs normes juridiques d'un même ordre entrent en conflit, les organes d'application du droit (les juges, les autorités

administratives ou gouvernementales) ont l'inévitable mission de fixer leur contenu lors de l'application qu'ils font de ces règles aux cas d'espèce. Ce sont ces organes qui doivent déterminer, par exemple, si une norme inférieure contredit une norme supérieure ou si, au contraire, les deux normes sont compatibles. Kelsen le dit ainsi :

Si l'on entend par « interprétation » la détermination par voie de connaissance du sens de l'objet à interpréter, le résultat d'une interprétation juridique ne peut être que la détermination du cadre que le droit à interpréter représente, et par là la reconnaissance de plusieurs possibilités qui existent à l'intérieur de ce cadre. Alors l'interprétation d'une loi ne doit pas nécessairement conduire à une décision unique tenue pour la seule exacte ; il est possible qu'elle conduise à plusieurs décisions qui sont toutes d'égale valeur – dans la mesure où l'on prend pour étalon de valeur uniquement la loi à appliquer –, bien qu'une seule d'entre elles devienne droit positif par l'acte de l'organe d'application du droit, en particulier du tribunal. Dire qu'un acte juridictionnel, un jugement ou un arrêt, est fondé sur la loi ne signifie pas qu'il est la norme qui peut être créée dans le cadre de la norme générale, mais seulement qu'il est l'une des normes individuelles qui pourraient toutes également l'être ; en somme, cela signifie que la décision se tient à l'intérieur du cadre que représente la loi<sup>12</sup>.

- 13 Ainsi, le sens banal de l'expression « connaître le droit », c'est-à-dire, le fait, pour toute personne, de connaître le sens d'une norme ou d'un ensemble de normes juridiques reliées entre elles, n'impliquerait pas une opération intellectuelle qui nous amènerait à trouver le véritable sens d'une norme juridique, sens qui se trouverait pour ainsi dire « enfermé » dans l'énoncé linguistique qui « contient » la norme, et auquel la personne qui l'examine devrait accéder à l'aide d'une opération rationnelle. Bien au contraire, d'après la citation de Kelsen, la connaissance nous invite à accepter que le sens de la norme émane d'un acte de volonté de l'agent responsable de l'application d'un texte juridique, acte qui consisterait simplement à choisir l'un des sens possibles de la norme en abstrait ou de manière statique, c'est-à-dire avant d'être appliquée. L'application d'une norme par les autorités compétentes suppose aussi une interprétation préalable, consciente ou inconsciente<sup>13</sup>. Et c'est ici qu'il convient de différencier, à l'aide de Kelsen, l'interprétation scientifique de l'interprétation authentique.
- 14 Toute connaissance du droit implique une interprétation des normes juridiques (en raison de leur indétermination initiale), mais sur ce point Kelsen différencie l'activité du scientifique du droit (interprétation scientifique) et celle du juge ou du gouvernant qui a pour mission d'appliquer les normes juridiques (interprétation authentique). Si devant l'indétermination des normes juridiques les deux agents se voient obligés d'interpréter (de rechercher des sens), la nature et la finalité de leur activité est radicalement différente. Comme on l'a vu, d'après Kelsen, l'organe chargé d'appliquer la norme juridique (l'interprète authentique<sup>14</sup>) doit choisir et choisit entre les différentes interprétations possibles du texte celle qu'il croit mériter d'être le « droit positif pour le cas concret ». Sa manière de « remplir » le cadre de la norme juridique est une option parmi plusieurs autres possibles, et pas forcément la meilleure (pas forcément la pire non plus)<sup>15</sup> : c'est simplement sa manière de remplir « le cadre constitué par la norme ». Cet acte d'interprétation est un acte de volonté, et c'est ainsi que l'entend Kelsen, qui insiste sur la différence radicale entre le travail interprétatif du scientifique du droit et celui de l'interprète authentique :

L'interprétation scientifique ne peut rien faire d'autre ni de plus que dégager les significations possibles des normes juridiques. En tant que connaissance de son objet, elle ne peut pas opter et décider entre les possibilités qu'elle a fait

apparaître ; elle doit abandonner le choix et la décision à l'organe juridique compétent d'après l'ordre juridique pour appliquer le droit<sup>16</sup>.

- 15 À la différence de l'interprétation authentique, l'interprétation scientifique, celle qui vise seulement à décrire et expliquer le droit en vigueur, doit se limiter à exposer les sens possibles de la norme juridique (« indiquer les interprétations possibles d'une norme », selon Kelsen). Cela signifie que le scientifique du droit ne doit pas se laisser tenter par l'opération intellectuelle de réduction ou de simplification sémantique que tout organe d'application du droit se voit obligé de faire. En effet, le scientifique n'applique pas le droit aux cas concrets et c'est pour cette raison que – selon Kelsen – toute activité de sa part visant à refermer le cadre de la norme juridique en lui attribuant un seul sens, comme le ferai un juge par exemple, est dépourvu de sens et de justification. Les mots de Kelsen à propos de cette attitude de la part du scientifique juridique sont sans concession :

La plupart des commentaires qui se considèrent scientifiques sont, en réalité, des œuvres de politique juridique. En choisissant une seule interprétation parmi toutes les interprétations logiquement possibles, les auteurs essaient d'influencer le processus de création du droit en incitant les tribunaux et les autorités administratives à n'accepter aucune autre interprétation.

Le juriste qui explique le droit n'est pas une autorité juridique. Son travail ne consiste qu'à faire connaître le droit. Ni la création ni l'application par un acte de volonté ne lui correspondent<sup>17</sup>.

- 16 On peut donc clore cette section en disant que, selon Kelsen, connaître le droit revient à l'interpréter. L'interpréter scientifiquement, ce que les constitutionnalistes sont censés faire, consiste à remplir de sens le cadre de la norme abstraite. Autrement dit : cela consiste à déterminer tous les sens possibles d'une norme juridique ou d'un ensemble de normes. Les organes d'application se chargent ensuite de réduire ou de simplifier la multitude initiale des sens à un seul, et, par conséquent, cela n'est pas une des missions de la science du droit.
- 17 Intéressons-nous maintenant à la question de savoir si les constitutionnalistes espagnols ont interprété le droit dans le sens prescrit par Kelsen pour la science juridique ou dans un autre sens.

## **La position dominante du constitutionnalisme espagnol sur le référendum catalan dans la presse : une inconstitutionnalité évidente**

- 18 La position adoptée majoritairement par les médias espagnols sur le projet catalan de référendum sur l'indépendance est celle d'un fort rejet. Un grand nombre d'intellectuels (historiens, philosophes, politologues, etc.) se sont prononcés dans le même sens, en dénonçant ce qu'ils considéraient comme une atteinte aux règles du vivre-ensemble démocratique et à l'État de droit. Les constitutionnalistes ont aussi – comme nous le verrons dans cette section – pris parti dans le débat en faveur de « la Constitution », c'est-à-dire de la thèse selon laquelle le projet catalan de consultation sur l'indépendance (« la consultation illégale », dit Jorge de Esteban<sup>18</sup>) serait clairement inconstitutionnel.
- 19 Dans les pages suivantes, nous ne nous occuperons pas de ce qui a été publié dans la presse espagnole après le 25 février 2015, date à laquelle le Tribunal constitutionnel (TC) a rendu sa décision sur le recours en inconstitutionnalité formé par le gouvernement

espagnol à l'encontre de la loi catalane de consultations non référendaires, en la jugeant inconstitutionnelle<sup>19</sup>. A partir du moment où l'interprète authentique s'est prononcé sur l'inconstitutionnalité de la consultation (loi et décret), nous entendons qu'il est possible d'affirmer (et ce serait là une description du droit positif) l'inconstitutionnalité de la consultation prévue, et que tout constitutionnaliste qui expliquerait que la consultation est inconstitutionnelle à partir de ce moment pourrait le faire sans sortir de son rôle de scientifique du droit. Il nous semble plus intéressant de porter notre attention sur tout ce qui a été expliqué jusqu'à cette date, précisément parce que le droit en la matière n'avait pas été interprété par l'organe d'application jusqu'alors, et on ne disposait pas encore de l'interprétation donnée plus tard par le TC. Il faut noter, cependant, que le fait d'avoir ainsi jugé l'affaire ne suppose pas un jugement définitif d'inconstitutionnalité du référendum, puisque le TC n'est pas lié par sa propre jurisprudence. Cela signifie, en somme, que ce que le TC a jugé « inconstitutionnel » hier pourrait être « constitutionnel » demain<sup>20</sup>.

- 20 Pour expliquer les raisons pour lesquelles les constitutionnalistes considèrent le référendum inconstitutionnel, il est possible de distinguer trois niveaux d'argumentation dans leur discours explicatif du droit. Le premier d'entre eux est conceptuel et les deux autres dépendent de ce premier niveau. En disant que le premier niveau d'argumentation est conceptuel, nous voulons dire qu'il présuppose certaines caractéristiques aussi bien au droit qu'à la science du droit. En d'autres termes, il s'agit d'une conception particulière du droit dont les constitutionnalistes semblent déduire une série de conséquences logiques et factuelles qui justifieraient aussi bien le travail des organes d'application du droit que celui des scientifiques qui l'étudient.
- 21 Qu'est-ce qui semble caractériser le droit selon les partisans de l'inconstitutionnalité du référendum ? On peut isoler plusieurs caractéristiques. Dans cette conception, le droit paraît être caractérisé par la clarté avec laquelle ses prescriptions sont exprimées. Comme on le verra, l'inconstitutionnalité dénoncée par les constitutionnalistes n'est pas une chose sur laquelle on doive (ou puisse même) beaucoup réfléchir puisque, selon eux, la norme juridique est claire. Le sens de la norme juridique avant d'être appliquée n'est pas seulement clair, il est aussi connaissable, en toute logique, devrait-on ajouter. Cela signifie que les normes juridiques semblent avoir, dans cette conception du droit, un seul sens avant d'être appliquées (sens qui correspondrait à la volonté du législateur, par exemple), et que ce sens peut être atteint par une opération intellectuelle ou rationnelle du juriste, qu'il soit juge, législateur ou constitutionnaliste. Le scientifique du droit peut ainsi connaître (non pas au sens de la prédiction sur la future décision du TC) le sens de la norme juridique avant de l'appliquer à un cas d'espèce. Ceci est de plus parfaitement cohérent avec l'idée de l'interprétation juridique que paraît défendre cette conception du droit. En effet, si les normes juridiques ont un sens déterminable avant leur application, les juges doivent trouver le vrai sens de la norme dans le processus d'application aux cas d'espèce. Ce processus d'application correspondrait à ce qui, depuis Kelsen, est connu comme une « interprétation connaissance », c'est-à-dire, le mode d'interprétation qui correspond à la représentation du juge comme la « bouche de la loi » de Montesquieu, qui interdit en réalité au juge « d'interpréter » le droit. Le juge, ou le TC dans notre cas, n'aurait pas de marge pour une interprétation entre les différents sens possibles que nous pouvons trouver dans le cadre de la norme (Kelsen) mais il devrait plutôt retenir le sens authentique (ou certain) de la norme, celui qu'a voulu son auteur au moment de sa rédaction (le constituant, le législateur, espagnol et catalan). Autrement dit, si le juge ne

choisit pas le sens que l'on suppose vrai, il commettrait une erreur dans l'application de la norme. Ne pas considérer le référendum comme étant inconstitutionnel serait alors, en ce sens, commettre une erreur manifeste de la part du TC. On peut ainsi dire que les énoncés linguistiques appliqués par les juges à des cas concrets sont vrais ou faux, au sens où le travail de déduction ou de subsumption réalisé par le juge serait correct ou vrai (s'il trouve le sens authentique de la norme) ou incorrect ou faux (dans le cas contraire)<sup>21</sup>.

- 22 Voyons quelques exemples. Javier García Fernández disait dans l'article déjà cité, dans lequel il opposait le normativisme (le droit espagnol dans sa lecture) au décisionnisme (stratégie du souverainisme catalan), que « les nationalistes savent que le droit en vigueur ne leur permettra pas sa mise en place », en référence à la consultation du 9 novembre 2014<sup>22</sup>. Ce constitutionnaliste propose ainsi l'image d'un droit qui semble pouvoir s'exprimer sans qu'il ait besoin d'un interprète qui détermine la signification des normes, droit dont les réponses et les solutions se trouveraient déjà prédéterminées avec clarté dans les textes applicables aux cas concrets. Alberto López Basaguren semble abonder dans le même sens, en répondant à une question d'un journaliste de *El País* sur la possibilité d'un référendum négocié : « Le Québec et l'Écosse sont deux cas exceptionnels, où des éléments très solides ont été présentés. En Espagne, pour commencer, il y a un problème de constitutionnalité. La Constitution et les statuts d'autonomie ne le prévoient pas »<sup>23</sup>.
- 23 En réalité, la Constitution espagnole prévoit l'outil du référendum, et ce dans plusieurs de ses articles (arts. 92 et 149.1.32 par exemple), mais ce constitutionnaliste semble dire ici qu'aucun de ces articles n'est applicable au cas catalan, sans que l'on ne sache pourquoi. Il semble aussi que, dans ce cas, la Constitution serait tellement claire aux articles mentionnés, qu'il n'y aurait aucunement besoin de les interpréter (*in claris cessat interpretatio*, dit l'adage<sup>24</sup>). Nous trouvons la même thèse dans les explications de Francesc De Carreras, qui exposait, dans un article du mois de septembre 2014, qu'il ne fallait pas « tout [laisser] à la simple application de la loi »<sup>25</sup>. Il laissait entendre alors que l'application de la loi ne peut aller que dans le sens de l'inconstitutionnalité des initiatives du camp souverainiste catalan. L'auteur demandait également à ce qu'« on fasse de la politique » mais, « sans réduire cette politique à la simple application mécanique des normes »<sup>26</sup>. Il laissait ainsi entendre que, premièrement, l'application mécanique de la loi est possible et normale, c'est-à-dire que c'est ce que les organes d'application et de création du droit font en réalité, et, deuxièmement, que l'application mécanique mène logiquement aussi à la seule solution envisagée par la norme : l'inconstitutionnalité du référendum ou de la consultation.
- 24 On pourrait donner d'autres exemples d'auteurs qui insistent sur la clarté du droit espagnol sur la question de savoir si un référendum sur l'indépendance est juridiquement possible. Or – et c'est extrêmement curieux – même parmi les constitutionnalistes qui détectent une forme d'obscurité ou d'ambiguïté dans les articles constitutionnels qui s'appliquent au cas qui nous intéresse (arts. 149.1.32, 150.2, ce dernier serait une « absurdité juridique », un « vrai trou noir de la Constitution », et « plus que confus » selon Roberto Blanco Valdés<sup>27</sup>, de « rédaction mystérieuse » pour Santiago Muñoz Machado<sup>28</sup>), même dans ce cas, disions-nous, les constitutionnalistes parviennent à déduire de l'obscurité du texte, et avec la même sécurité et certitude qu'on est censé avoir devant les textes qui paraissent clairs, un seul sens juridiquement possible et juste au sens du droit : l'inconstitutionnalité du référendum. Toute autre possibilité ou interprétation des textes concernés, reviendrait à faire dire à la norme ce qu'elle ne dit pas en réalité. En

d'autres termes, ce serait une fraude (« déformer la Constitution »<sup>29</sup>) et « se moquer de la démocratie »<sup>30</sup>.

- 25 La conception du droit décrite incline les constitutionnalistes à défendre l'inconstitutionnalité d'un référendum sur l'indépendance de la Catalogne en alléguant des vices de fond (inconstitutionnalité matérielle) et de forme (violation des règles de compétence).
- 26 Parmi les vices d'inconstitutionnalité les plus commentés par les constitutionnalistes figurent la violation de la souveraineté du peuple espagnol de l'article 1.2 de la Constitution. En effet, selon Javier Tajadura, « la mise en place d'un référendum ou d'une consultation sur l'indépendance d'une partie du territoire national contredit le principe selon lequel la souveraineté réside dans le peuple espagnol et qu'elle est indivisible »<sup>31</sup>. En rapport étroit avec ce dernier article, on trouve aussi l'article 2, qui établit, comme on le sait, l'indivisibilité de la nation. Cet article serait enfreint par un référendum dans la mesure où « la Constitution ne permet pas la sécession d'une partie du territoire »<sup>32</sup>, comme le dit Muñoz Machado. Il est difficile, dans les deux cas, de comprendre leurs arguments s'agissant d'un référendum non contraignant, mais telle est leur explication : un référendum consultatif sur l'indépendance violerait la souveraineté du peuple espagnol et son unité, garanties par les deux premiers articles de la Constitution.
- 27 Les objections de forme soulevées par les constitutionnalistes ont assurément un plus grand intérêt si l'on s'intéresse à la constitutionnalité d'un référendum sur l'indépendance. En effet, on peut penser qu'un référendum sur l'indépendance (s'il est contraignant) a seulement la capacité de porter atteinte la norme constitutionnelle relative à l'indissoluble unité nationale seulement si, premièrement, le référendum pouvait effectivement être organisé et, surtout, dans un second temps, si le résultat du vote pouvait être favorable à l'indépendance. On pourrait également dire que même après un résultat favorable, des actes unilatéraux efficaces seraient nécessaires pour que les articles cités<sup>33</sup> soient considérés atteints. Dans tous les cas, et par la simple logique de la séquence temporelle, il faudrait savoir d'abord s'il est possible d'organiser un référendum du point de vue de la forme, avant de se prononcer éventuellement sur ses effets juridiques matériels, sur le fond. Cela nous invite à examiner en premier les problèmes relatifs à la forme ou à la manière d'organiser un référendum sur l'indépendance en Catalogne.
- 28 Les articles de la Constitution qui prévoient un référendum consultatif sont les articles 92 et 149.1.32, ce dernier en rapport à l'art. 150.2. Les deux constituent les voies prévues pour une consultation négociée entre le gouvernement espagnol et le gouvernement catalan. Selon l'article 92.1, « les décisions politiques de grande importance peuvent être soumises au référendum consultatif de tous les citoyens ». Le second alinéa de l'article 92 laisse entre les mains du gouvernement espagnol l'autorisation d'un référendum consultatif (« Le référendum est convoqué par le Roi sur la proposition du Président du Gouvernement, avec l'accord préalable du Congrès des députés »). Pour sa part, l'article 149.1.32 prévoit la compétence exclusive de l'État pour « l'autorisation pour la convocation de consultations populaires par voie de référendum ». Si cet article est mis en rapport avec l'article 150.2 (« L'État peut transférer ou déléguer aux communautés autonomes, par une loi organique, les compétences correspondant aux matières lui appartenant qui par leur nature propre sont susceptibles de transfert ou de délégation »), on peut s'interroger sur la possibilité d'un transfert ou d'une délégation de la compétence de l'État en matière d'autorisation pour la convocation d'une consultation référendaire.

29 Selon les constitutionnalistes qui semblent partager la conception du droit décrite plus haut, les deux voies précitées sont à rejeter en raison de leur inconstitutionnalité. Selon Javier Tajadura :

Une communauté autonome n'est pas compétente pour convoquer des consultations populaires par voie de référendum (art. 149.1.32 CE) et ne peut pas assumer cette compétence même avec la délégation du pouvoir central. Quant au référendum prévu à l'article 92 de la Constitution, il ne peut pas non plus être utilisé à cette fin. En premier lieu parce que, avec cet article, on prétend soumettre « une décision politique » au vote, et la simple ouverture d'un processus de réforme constitutionnelle ne revêt pas un tel caractère ; et en second lieu, parce que la Constitution fait référence de façon expresse à la participation de « tous les citoyens », ce qui exclut la réalisation d'un référendum à l'échelle d'une communauté autonome<sup>34</sup>.

30 Francesc De Carreras argumentait dans le même sens dans un article du journal *El País* quelques jours après que le Parlement de Catalogne a demandé au Congrès la délégation de la compétence étatique afin d'autoriser, convoquer et réaliser un référendum consultatif sur l'avenir politique de la Catalogne<sup>35</sup>. Dans ce texte, au titre évocateur *Inadecuada por razones jurídicas* (Inadéquante pour des raisons juridiques), il insiste sur l'inconstitutionnalité de la délégation en proposant une argumentation qui l'amène à affirmer que « la proposition du Parlement catalan contrevient au droit et, par conséquent, ne peut pas aboutir au Congrès des députés »<sup>36</sup>. Les faits ont fini par lui donner raison, et le Congrès a refusé en avril de la même année la délégation demandée par le Parlement de Catalogne<sup>37</sup>.

31 Ainsi la version proposée par les constitutionnalistes espagnols les plus connus dans la presse (on pourrait ajouter à la liste les professeurs Blanco Valdés, Muñoz Machado, Gregorio Cámara, Tereixa Freixes<sup>38</sup>, Jorge de Esteban<sup>39</sup>, Juan José Solozábal<sup>40</sup>) explique qu'un référendum autorisé par l'État espagnol ne serait pas juridiquement acceptable. A l'argument déjà cité de la nécessaire participation de « tous les citoyens » (art. 92 CE), qui excluait que l'on puisse organiser un référendum consultatif sur le territoire d'une seule communauté autonome et uniquement pour ses administrés, viendrait s'ajouter l'impossibilité de la délégation ou du transfert de la compétence étatique, qui n'est pas – selon eux – susceptible d'être déléguée ou transférée « de par sa propre nature ». On donnerait ainsi un sens concret aux termes clés dans les articles 92 et 150.2 CE (uniquement avec la participation de tous les citoyens espagnols, d'une part, et la nature de la compétence impropre à la délégation, de l'autre) avec l'objectif d'éliminer tout ce qui semble réellement poser un problème : l'idée qu'il puisse y avoir violation matérielle de la Constitution, comme ils pensent que cela arriverait aux articles 1 et 2 CE, pour citer seulement ces deux là.

32 L'option du référendum unilatéral pris sur la base des lois catalanes relatives aux consultations non référendaires n'est guère mieux considérée par les constitutionnalistes. Si dans l'option de la consultation négociée, ils disaient que le gouvernement espagnol ne pourrait pas autoriser un référendum consultatif ou déléguer sa compétence pour que l'on puisse en organiser un en Catalogne sans violer la Constitution, dans l'option de la consultation unilatérale, le seul responsable de l'acte inconstitutionnel, serait cette fois-ci le gouvernement catalan. Il est important de rappeler que le TC a déjà eu l'occasion de se prononcer sur ce sujet lors de son examen de constitutionnalité de la consultation basque. Sa décision 103/2008<sup>41</sup>, dans laquelle a été tranché le recours formé par le gouvernement espagnol contre la loi basque 9/2008 relative à « la convocation et la

régulation d'une consultation populaire avec pour objet d'obtenir l'opinion citoyenne de la communauté autonome du Pays basque sur l'ouverture d'un processus de négociation pour atteindre la paix et la normalisation politique », laisse comprendre que la consultation basque violait la compétence exclusive de l'État en matière de référendum consultatif. Le TC a profité également de l'occasion pour asseoir son interprétation sur la définition et les limites de la figure référendaire<sup>42</sup>, en la mettant hors de portée du législateur autonome.

- 33 De nombreux constitutionnalistes espagnols se retranchent derrière l'argumentation du TC. Parmi ceux qui refusaient déjà la possibilité d'un référendum négocié, on retrouve certains auteurs qui ont déjà été cités, comme Tajadura et De Carreras. Le premier affirmait le 28 septembre 2014 que « bien que la *Generalitat* dise que les consultations sont différentes des référendums, pour le TC le nom n'est pas le plus important et le caractère contraignant ou non est aussi indifférent »<sup>43</sup>, et en soulignant que les éventuelles différences formelles qu'il pourrait y avoir entre un référendum et la consultation non référendaire prévue ne seraient pas suffisantes pour ne pas voir dans ladite consultation un référendum. De Carreras partage ce point de vue dans un texte critique dans lequel il n'hésite pas à accuser le gouvernement catalan de « tricher en jouant avec les normes juridiques » : « Nommer un référendum 'consultation non référendaire' ne résout pas le problème de constitutionnalité »<sup>44</sup>. Víctor Ferreres dénonçait également les « multiples jongleries » réalisées pour distinguer, en vain selon lui, consultation et référendum.

En définitive, nous nous trouvons devant une chose appelée « consultation populaire non référendaire » mais qui est en réalité un référendum caché. C'est ce qu'ont fait noter quatre des neuf membres du *Consell de Garanties Estatutàries de la Generalitat* dans leurs excellents votes particuliers, qui critiquent avec rigueur les multiples jongleries que les cinq autres membres ont fait pour distinguer de façon artificielle une consultation et un référendum<sup>45</sup>.

- 34 Son avis sur la consultation est catégorique et sans appel : « clairement illégale »<sup>46</sup>.
- 35 Notons également qu'entre les constitutionnalistes qui se sont prononcés en faveur de la constitutionnalité d'une consultation négociée, certains refusent la constitutionnalité d'une consultation unilatérale. C'est le cas de constitutionnalistes de prestige, Francisco Rubio Llorente<sup>47</sup>, qui n'a pas hésité à qualifier la consultation unilatérale de « non-sens »<sup>48</sup>, et donc d'une inconstitutionnalité évidente, ou de Xavier Arbós, qui affirmait que « la loi sur la consultation n'est pas constitutionnelle car violant les compétences de l'État, seul détenteur de la compétence exclusive pour convoquer des consultations populaires par voie de référendum »<sup>49</sup>.
- 36 On pourrait dire, en guise de conclusion de cette section, que pour une bonne partie des constitutionnalistes qui ont expliqué le droit dans la presse, l'ordre juridique espagnol ne laisserait aucun doute sur l'inconstitutionnalité d'une consultation sur l'indépendance. La seule réponse possible aux demandes de référendum, aussi bien négocié qu'unilatéral, serait le refus, en raison d'un vice d'inconstitutionnalité. Toute autre lecture ou interprétation du droit espagnol à ce sujet serait, comme on l'a vu, une absurdité ou une manière tordue de faire dire au droit ce qu'il ne dit pas. Les interprétations contraires et raisonnables, car fondées sur des méthodes d'interprétation communément acceptées par les juristes, sont ainsi assimilées à des pratiques malhonnêtes dont l'unique objectif serait de contourner le vrai sens de la loi. Or, si l'on convient avec Kelsen et beaucoup d'autres juristes que le droit est une pratique fondamentalement interprétative et argumentative, et si l'on part du constat que le droit s'exprime à travers un langage qui parvient

rarement à un niveau de clarté indiscutable, alors, au-delà des problèmes de rationalité juridique de la position décrite dans cette section, sur laquelle on reviendra plus tard, il faut reconnaître que le simple fait qu'on trouve des interprétations du droit différentes et proposées par des constitutionnalistes de prestige met les explications du droit décrites dans cette section en très mauvaise posture<sup>50</sup>.

## L'interprétation favorable à la constitutionnalité d'un référendum sur l'indépendance

- 37 Si la connaissance juridique – c'est-à-dire l'activité menée par les scientifiques du droit – consiste à chercher les significations possibles de chaque norme juridique (ou les énoncés linguistiques qui les contiennent), l'explication du droit proposée par une majorité des constitutionnalistes espagnols dans la section précédente semble bien trop simple ou inappropriée (réductrice, à l'instar de l'interprétation authentique) car n'offrant qu'un seul sens possible aux normes juridiques compétentes en matière de référendum. Leurs arguments et conclusions par rapport à l'inconstitutionnalité d'un référendum sur l'indépendance sembleraient déjà suspects pour ce simple motif. Mais, par ailleurs, pour pouvoir valider le caractère scientifique de leur description et explication du droit en matière référendaire, il faudrait qu'il n'y ait pas eu d'autres interprétations possibles du droit, exprimées et fondées en termes juridiquement acceptables. Ce n'est pas le cas, comme nous allons le voir maintenant.
- 38 D'une certaine façon, comme dans la section précédente, on trouve une manière particulière de comprendre le droit et de l'expliquer parmi les interprétations favorables à un éventuel référendum sur l'indépendance, et ce sans que les auteurs concernés explicitent leur conception du droit et de la connaissance juridique. Si dans la lecture proposée par la majeure partie des constitutionnalistes espagnols, les normes juridiques compétentes en matière référendaire ne laissent place à aucun doute quant à leur application, dans l'argumentation de ceux qui considèrent possible un référendum consultatif sur l'indépendance dans le système juridique espagnol, on trouve une approche plus méfiante à l'égard de la possibilité que le droit exprime ses règles avec une clarté telle que puissent être acceptables d'autres interprétations que la majoritaire (celle-ci étant du reste acceptée comme une solution possible) ou celle que l'on pourrait attribuer, par anticipation, à l'interprète authentique. A partir du moment où les constitutionnalistes qui partagent cette conception du droit plus souple voient les textes normatifs compétents comme étant susceptibles de recevoir des interprétations diverses, on se retrouve également face à une approche du droit plus en accord avec ce que Kelsen prescrivait pour la science juridique. Tout découle ainsi de ce doute initial que doit nécessairement avoir le scientifique du droit par rapport à la signification d'un texte juridique. Celui qui ne doute pas du sens d'un énoncé juridique n'envisagera pas d'autres sens possibles, ni ne comprendra la nécessité d'interpréter. Il ne sera pas non plus conscient du fait que, en réalité, il est en train d'interpréter. Pour celui qui doute du sens d'une norme, les choses se passent autrement : l'interprétation devient inévitable et s'accompagne de la découverte d'une multitude de sens possibles. Dans une certaine mesure, les constitutionnalistes qui défendent que le référendum consultatif sur l'indépendance en Catalogne est possible (sans exclure, chez certains, l'option opposée) s'inscrivent dans ce type de raisonnement.

- 39 On peut encore distinguer l'argumentation sur le fond et sur la forme. Sur la forme, deux positions différentes existent selon qu'il s'agisse d'un référendum négocié ou d'une consultation unilatérale. Nous aborderons dans un premier temps la question de la forme.
- 40 Comme il a été dit, des constitutionnalistes de renom comme Rubio Llorente ou Arbós considéreraient juridiquement possible, c'est-à-dire conforme au droit, l'organisation d'un référendum consultatif en faisant appel aux articles 92 (autorisation) et 149.1.32 en lien avec le 150.2 (délégation ou transfert de la compétence étatique) de la Constitution. Le premier, bien que s'étant déclaré à plusieurs reprises opposé à l'indépendance, a reconnu que « selon l'article 92, il ne serait pas impossible pour l'Etat d'organiser un référendum en Catalogne, après une réforme de la LO 2/1980 sur les différentes modalités de référendum »<sup>51</sup>. Xavier Arbós, de son côté, affirmait que la rédaction des articles précités est « si générique » et leurs limites « si indéterminées » qu'il est parfaitement possible de considérer que la compétence en matière de référendum peut être déléguée : « Je crois qu'il est possible de déléguer la compétence en matière référendaire si le référendum est consultatif et n'est par porteur d'une réforme constitutionnelle voilée. Il n'y a aucun critère objectif permettant de savoir ce qui peut être délégué 'par sa propre nature' »<sup>52</sup>.
- 41 La position adoptée par Eduardo Vírgala dans un article du 14 septembre 2014 peut être interprétée d'une manière similaire. Vírgala y identifie comme position clairement majoritaire parmi les constitutionnalistes espagnols le rejet du référendum consultatif prévu pour le 9 novembre 2014, mais il ouvre aussi la porte à d'autres lectures possibles, qu'il estime nécessaires : « le système constitutionnel doit ouvrir une voie qui autorise les citoyens catalans à s'exprimer clairement »<sup>53</sup>. Dans son explication, l'accent est mis sur le caractère particulièrement sujet à interprétation des termes clés des articles 92 et 150.2 de la Constitution, en raison de leur obscurité :

L'article 92 de la Constitution autorise le *Presidente de Gobierno* (Premier Ministre), à la suite d'un vote favorable à la majorité absolue au *Congreso de los Diputados* (art. 6 Loi Organique 2/1980 sur les différentes modalités de référendum), à organiser un référendum sur « des décisions politiques d'importance exceptionnelle », et personne ne peut nier que la future intégration politique de la Catalogne en Espagne est une décision de ce type. Ceci étant, il paraît également clair que la question à poser dans ce référendum ne pourra directement porter sur l'indépendance, comme l'arrêt 103/2008 du TC le prévoit ; cependant, je crois que le libellé pourrait être le suivant : « Êtes-vous favorable à une réforme constitutionnelle qui encadrerait juridiquement la possibilité pour une Communauté autonome de prendre son indépendance ? ». Le résultat n'aurait aucun caractère contraignant mais il permettrait de connaître la volonté des citoyens catalans. Il est certain que l'article 92 dispose que « tous les citoyens doivent participer », et qu'ainsi, en principe, tous les Espagnols devraient y participer. Pourtant, je crois qu'il n'y a pas de problème constitutionnel à considérer que « tous les citoyens » convoqués soient ceux dépendant de la compétence territoriale d'une seule Communauté autonome. Un problème final que connaîtrait l'organisation d'un référendum de ce type serait le caractère vague de l'actuelle LO sur le référendum, qui n'exige pas de quorum minimum ni de seuil de votes positifs. Sa réforme préalable serait alors utile afin de clarifier ces critères.

La seconde possibilité, écartée par le Congrès en avril dernier, est l'utilisation de l'article 150.2 de la Constitution afin de déléguer à la *Generalitat* la compétence pour autoriser, convoquer et organiser un référendum. Le refus ayant été politique, on peut en déduire que cette voie pourrait être de nouveau empruntée, en gardant à l'esprit qu'on doit respecter les limites imposées par l'arrêt 103/2008<sup>54</sup>.

- 42 Comme on peut le voir, les auteurs cités considèrent qu'il y a bien des arguments juridiques pour défendre la constitutionnalité d'un référendum négocié sur l'indépendance.
- 43 Le référendum unilatéral ou non négocié avec l'Etat espagnol<sup>55</sup> est plus controversé et trouve moins de soutiens parmi les constitutionnalistes, même s'il parvient à convaincre un nombre significatif de constitutionnalistes, principalement catalans<sup>56</sup>, qui mobilisent solidement les arguments présentés par l'*Institut d'Estudis Autonòmics* (IEA) en mars 2013<sup>57</sup>.
- 44 Dans le rapport de l'IEA cinq voies possibles étaient étudiées afin de trouver une forme constitutionnelle au référendum consultatif sur l'indépendance : la loi catalane 4/2010 sur les consultations populaires par voie de référendum, le référendum consultatif de l'article 92.1 CE, la délégation ou le transfert de la compétence étatique en matière de référendum prévue par l'article 150.2 CE, la réforme constitutionnelle en vue de permettre aux communautés autonomes d'organiser des référendums, et la loi sur les consultations non référendaires, qui serait finalement la voie utilisée après refus du gouvernement et du Congrès espagnols d'utiliser à cette fin les articles 92 et 150.2 CE. C'est donc la loi sur les consultations non référendaires qui nous intéresse maintenant.
- 45 Comme nous l'avons déjà vu, l'argument principal utilisé par une bonne partie des constitutionnalistes espagnols, tout comme par le TC dans sa décision ultérieure, est que la loi sur les consultations non référendaires prévoyait un instrument qui, par sa similitude avec le référendum, que le TC avait déjà défini dans sa décision 103/2008, aurait pu et probablement dû être considéré comme un référendum masqué. Les efforts du législateur catalan qui, sachant qu'il devait créer un instrument de consultation différent du référendum afin d'éviter la censure du TC, avait introduit des éléments et des critères qui éloignaient la consultation du référendum afin précisément d'éviter sa censure, ces efforts, disions-nous, étaient vains selon eux.
- 46 La loi catalane 10/2014 relative aux consultations non référendaires avait pour but d'encadrer un instrument consultatif différent de celui reconnu par la loi basque 9/2008, ce qui pouvait faire penser que le jugement qui, le cas échéant, aurait pu exprimer le TC, n'aurait pas nécessairement eu à se conformer à la décision 103/2008, qui déclarait l'inconstitutionnalité de la loi susvisée. Ainsi l'explique Mercè Corretja dans un article intitulé « Notable diferència jurídica entre el cas català i el basc »<sup>58</sup> (Une différence juridique notable entre le cas catalan et le basque). L'auteure retient quatre différences fondamentales. La première serait l'existence d'une compétence reconnue au législateur catalan par son propre statut d'autonomie de 2006 (art. 122), non prévue par le texte basque, comme le rappelait la décision du TC. La deuxième serait le caractère singulier, de « cas unique », de la loi basque, comme loi uniquement prévue pour la consultation envisagée, tandis que la loi catalane tendrait à avoir un caractère général, encadrant toute consultation populaire non référendaire dans le domaine de ses compétences. C'est pourquoi Corretja indique qu'« on ne peut pas juger la loi à partir de la question posée. L'examen de la constitutionnalité doit être fait séparément. Si l'on considère que le décret ne respecte pas la loi sur les consultations catalane, on aurait alors un problème de légalité, non de constitutionnalité ». La troisième différence serait l'adhésion du législateur catalan à la doctrine du TC développée dans sa décision 42/2014, qui, en relation avec l'arrêt du TC 103/2008, aurait permis de comprendre la consultation comme une voie de recours possible, au même titre que le fait l'article 2 du décret de convocation : « afin que la *Generalitat* puisse faire usage, en pleine connaissance de cause,

de sa faculté légale, politique et insitutionnelle (par exemple, initier une procédure de révision constitutionnelle) ». Ce décret permettrait donc de comprendre la consultation, qui n'a – rappelons-le – aucun effet contraignant, comme un « acte préparatoire » d'un projet juridique, que le TC reconnaissait comme étant légitime du moment qu'il est exprimé par des voies légales, ce qui – pourrait-on comprendre – est ici le cas pour la loi catalane sur les consultations non référendaires, et pour une initiative postérieure de révision constitutionnelle faite par l'Assemblée législative catalane, compétence que lui reconnaît la Constitution en son article 166. La dernière différence porte sur la forme des consultations basque (considérée comme référendaire) et catalane. Dans le cas basque, dans la mesure où « un référendum est un appel au corps électoral fait conformément à la procédure et aux garanties électorales, et dans la mesure aussi où la loi basque remplissait ces trois critères essentiels », le TC déclarerait la loi inconstitutionnelle. A l'inverse, comme le rappelle Corretja, la consultation catalane utilisait des paramètres différents :

Elle opte pour un recensement de la population différent de celui des listes électorales (on ouvre le droit de vote dans la consultation aux personnes de plus de 16 ans, aux ressortissants d'Etat membres de l'UE résidant habituellement en Catalogne depuis plus d'un an et aux ressortissants d'autres Etats ayant plus de trois ans de résidence) et prévoit une procédure, des organes de contrôle et des garanties spécifiques, différentes de celles prévues dans la loi électorale<sup>59</sup>.

- 47 Mercè Barceló abonde dans le même sens, en reprenant les éléments de l'explication proposée par Mercè Corretja :

Le Tribunal [Constitutionnel] bâtit la différence entre référendum et consultation populaire non référendaire en affirmant que le référendum est, d'une part, la consultation adressée au corps électoral, et, d'autre part, son organisation s'appuie sur la procédure électorale, basée sur un recensement géré par l'administration électorale, et sur des garanties juridictionnelles spécifiques, caractéristiques que les consultations populaires non référendaires n'avaient pas. En s'appuyant sur cette doctrine, le Parlement catalan a conçu une loi dans laquelle ce n'est pas le corps électoral qui est appelé à voter (le droit de vote est par exemple étendu aux personnes de plus de 16 ans) ; de plus, la consultation ne s'organise pas sur la base des listes électorales, et la liste des votants est confectionnée à partir du recensement de la population (nourri par les listes envoyées régulièrement par les mairies et auquel a accès le Gouvernement catalan en vertu des articles 47 à 55 de la loi 23/1998 de statistiques de Catalogne) ; et les instruments de garantie sont recherchés hors de l'administration électorale (une commission de contrôle est créée, ainsi que plusieurs commissions de suivi)<sup>60</sup>.

- 48 À ces différences formelles, Barceló en ajoute une autre, et non des moindres, sur la valeur et la portée de l'opinion exprimée dans la consultation par les administrés vis-à-vis des pouvoirs publics concernés par la consultation :

Ces consultations, en plus de ne pas être référendaires, ne nécessitent pas, selon la Constitution, d'autorisation de l'Etat, et peuvent être convoquées par le Gouvernement catalan. De telle sorte qu'elles ont un trait fondamental qui les différencie du référendum : dans la mesure où elles sont convoquées directement par le Gouvernement catalan, l'opinion exprimée par les citoyens peut obliger l'administration catalane, mais en aucun cas les autres administrations de l'Etat<sup>61</sup>.

- 49 Mercè Barceló pense ainsi que la loi catalane sur les consultations non référendaires a été faite « à la lumière de la jurisprudence constitutionnelle et répond à la reconnaissance du droit de décider », que nous trouvons dans les deux décisions du TC précitées. Dans la mesure où le gouvernement catalan aurait pu interpréter une opinion favorable à

l'indépendance exprimée dans une consultation non référendaire comme une invitation à initier la procédure de révision constitutionnelle en vue d'encadrer constitutionnellement l'indépendance, Barceló considère que l'argumentation est d'une constitutionnalité irréprochable.

- 50 Cette dernière observation nous amène à la question de fond, très rapidement pour clore cette section, et avant d'y revenir dans la suivante : un référendum négocié ou une consultation non référendaires, tous deux consultatifs, peuvent-ils porter atteinte à l'un des principes constitutionnels énoncés plus haut (unité nationale, ou souveraineté du peuple espagnol, par exemple) ?
- 51 Ceux qui pensent qu'un référendum consultatif serait constitutionnel, mais pas une consultation non référendaire, comme nous l'avons vu chez Xavier Arbós ou Andrés Boix, allèguent une violation de la compétence exclusive de l'Etat en matière de référendum (et voient donc la consultation comme un référendum déguisé<sup>62</sup>), mais pas de la souveraineté du peuple espagnol ou de l'indivisibilité de la nation<sup>63</sup> :

Un second point controversé concerne la question concrète qui, sous l'empire de la loi catalane 10/2014, a été posée lors de la convocation du 9-N. L'arrêt 103/2008 sur le Plan Ibarretxe, déjà cité à plusieurs reprises, semble affirmer qu'il est inconstitutionnel de poser toute question contraire à l'ordre constitutionnel en vigueur ou à ses éléments fondamentaux, tels que l'unité de la nation espagnole, et que, selon le TC, ces sujets ne peuvent être abordés qu'au cours de la procédure de réforme de l'article 168 CE.

[...] le décret de convocation de la consultation du 9-N est très intéressant : il argumente intelligemment, dans un préambule bref, en expliquant que sa fonction, simplement consultative, est à mettre en relation avec la possibilité d'exercice de compétences constitutionnelles reconnues à la Catalogne, comme celle d'initier une révision constitutionnelle. Cela permet de lier d'une certaine manière la question de la consultation, et le fait de connaître l'opinion des Catalans sur ce sujet, à l'exercice de compétences absolument constitutionnelles et ordinaires de la Catalogne que le TC n'aurait pas à voir (et ce serait surprenant qu'il l'interprète autrement) comme une atteinte à l'ordre constitutionnel (puisque expressément prévues dans les textes constitutionnels). Nous doutons, en effet, au regard de notre Constitution, qu'on puisse considérer ce qui a été convoqué pour le 9-N comme une chose distincte d'un référendum. Néanmoins, nous pensons que, à la lumière de l'argument précité, une telle question devrait être parfaitement possible dans notre ordre constitutionnel (comme elle l'aurait été à notre sens dans le cas d'un référendum convoqué et organisé par l'Etat)<sup>64</sup>.

- 52 Xavier Arbós, de son côté, malgré ses réserves vis-à-vis de l'opinion majoritaire de l'avis du *Consell de Garanties Estatutàries* sur la proposition de loi de consultations populaires non référendaires et autres formes de participation populaire (favorable à sa constitutionnalité car entendant que la consultation n'est pas un référendum), se montre ouvert à l'idée de considérer comme étant constitutionnel ce sur quoi porte la consultation. En effet, il considère que cela pourrait faire partie des compétences, fonctions et facultés que le statut d'autonomie (et la Constitution) attribuent aux pouvoirs publics catalans<sup>65</sup>.
- 53 Tous ceux qui considèrent qu'une consultation non référendaire est constitutionnellement possible reprennent les arguments précités. La consultation ne serait pas un référendum, et serait par conséquent formellement constitutionnelle ; de plus, la consultation ne serait pas contraignante, ni pour les autorités catalanes et encore moins pour les autorités espagnoles, et elle serait donc incapable de porter atteinte à l'ordre constitutionnel espagnol ; enfin, la consultation semble adopter la propre thèse du

TC, qui légitime le droit de décider et invite à utiliser la voie de la révision constitutionnelle. C'est en ce sens qu'une consultation non contraignante peut être considérée nécessaire et utile : consulter pour savoir si oui ou non l'administration catalane doit initier la procédure de révision constitutionnelle afin d'encadrer juridiquement l'indépendance. Si l'on suit ce raisonnement, la violation des articles 1 et 2 de la Constitution semble impossible.

- 54 En résumé, nous avons pu voir dans cette section des arguments juridiques qui permettent de considérer le référendum consultatif ou une consultation non référendaire comme étant conformes à l'actuel ordre juridique espagnol. Les constitutionnalistes dont il a été question dans cette section ont une attitude à la fois plus souple et attentive à la signification des mots et des expressions qui composent les textes juridiques. Ils rejettent d'entrée l'idée que les normes juridiques compétentes en matière référendaire soient claires. Au contraire, elles sont plutôt vagues. Dans cette approche et lecture, on met en évidence les différentes voies susceptibles permettant de donner une forme juridique valide au problème politique soulevé par les revendications catalanes. La possibilité que la consultation puisse demeurer inconstitutionnelle est acceptée par eux (thèse qui ne nécessite pas d'être défendue puisque étant déjà celle portée par la majorité de la doctrine), mais ils montrent qu'à côté de cette interprétation, il en existe d'autres, selon lesquelles un référendum consultatif ou une consultation non référendaire peuvent être conformes à l'ordre constitutionnel, à l'exemple des voies découvertes par leur interprétation. Comme nous allons l'expliquer maintenant, leur approche est davantage soucieuse (que celle décrite dans la première section) à la fois de produire des conclusions scientifiques et de l'usage (et éventuellement l'abus) que les pouvoirs publics peuvent faire du droit.

## La réalité du droit et la vérité juridique du scientifique

- 55 Arrivés à ce point, nous pourrions conclure que la vérité juridique du scientifique, dont le rôle serait d'expliquer le droit aux profanes en la matière, est que le référendum peut être constitutionnel ou inconstitutionnel. Comme nous l'avons vu, il existe des arguments pour l'une et l'autre des conclusions. Ainsi, le cadre de la norme dont parle Kelsen pourrait être rempli avec des significations diverses, voire contradictoires, de manière satisfaisante, et l'organe chargé de l'application pourrait alors opter pour l'une ou l'autre (ou même une troisième) postérieurement.
- 56 Mais, à notre sens, une conclusion de ce type laisserait nombre de choses importantes sans réponse, et surtout pourrait donner à croire que toute explication en droit, dès lors qu'elle est défendue par un juriste ou un organe d'application du droit, doit être acceptée et peut être acceptable (c'est en réalité le cas...). Nous pensons que la conclusion proposée au paragraphe précédent pourrait être validée, avec quelques nuances importantes<sup>66</sup>, par des scientifiques du droit iusréalistes (et sans doute par un réalisme sans prétention scientifique<sup>67</sup>), dont la préoccupation fondamentale est de comprendre et de décrire le droit tel qu'il s'exprime à travers le langage et les faits et choix des organes chargés de son application. Cette approche, plus attentive aux agents d'application des textes qu'aux textes eux-mêmes, poursuit un seul et unique objectif, dans sa version française par exemple<sup>68</sup>, qui n'est autre qu'être capable de produire une théorie scientifique du droit, c'est-à-dire, le genre de discours qui, prenant pour modèle les sciences empiriques, est à même de dire des choses vraies (ou falsifiables) sur son objet d'étude, et non de

simplement émettre des avis, des jugements de valeur ou de faire des prédictions. Cette approche nous permet aujourd'hui de dire que la consultation non référendaire catalane est inconstitutionnelle (car c'est la décision du TC), mais aussi d'ajouter que le TC aurait tout aussi bien pu opter pour la solution contraire, tout cela sans qu'il soit nécessaire d'examiner attentivement la qualité juridique des arguments utilisés. D'une certaine façon, le réalisme juridique se doit d'adopter cette position distanciée (réalisme scandinave ou français) ou pragmatique (réalisme nord-américain), qui permet de comprendre que le droit est en réalité dans la majorité des cas ce que le juge (l'organe d'application) décide qu'il est, ce qui, même en étant vrai (et il convient d'insister : c'est vrai), peut évacuer trop rapidement tout débat et réflexion sur l'argumentation juridique soutenant la décision du juge. Mais alors, ou bien on considère que cette argumentation juridique est sans importance une fois le jugement rendu (car il a été rendu), et encore plus avant la décision du juge (car ce qui compte est l'argumentation et la décision du juge), et alors il faudrait conclure que la vérité juridique du scientifique serait, avant que le TC ne se prononce, que la consultation catalane est constitutionnelle, et ce jusqu'à ce que le TC déclare qu'elle ne l'est pas<sup>69</sup>, ou bien on voit les choses autrement, et dans ce cas le scientifique, qui au moment exact où nous avons placé le débat ne connaissait pas encore la décision du TC, doit valider ladite thèse (la consultation est constitutionnelle jusqu'à ce que le TC ne dise le contraire, en sachant qu'il peut tout à fait le faire), mais aussi la compléter d'une certaine manière. La question est de savoir comment.

- 57 À notre sens, bien que l'approche réaliste soit scientifiquement irréprochable (c'est la raison pour laquelle nous y souscrivons<sup>70</sup>), car elle nous invite à chercher et à dire les vérités auxquelles aspire tout discours scientifique, il est important de pousser la réflexion encore plus loin<sup>71</sup>, afin d'éviter des conséquences que cette approche ne cherche ni n'accepterait probablement. Par exemple, que la description faite (certaine) puisse servir de fondement pour des conclusions normatives (à l'instar de la conclusion naturaliste : « telle chose est, donc elle doit être »). Dire que la loi sur les consultations non référendaires est inconstitutionnelle parce que tel a été le jugement du TC, ou parce que l'on pouvait s'attendre à ce qu'il rende ce jugement (tout juriste connaissant un minimum cette affaire pouvait l'anticiper sans difficulté) peut se comprendre de plusieurs manières. Par exemple, on peut comprendre que les arguments soutenant la décision n'avaient pas d'importance (on ne peut nier que beaucoup de réalistes le pensent), car ce qui est vraiment important est de connaître l'interprétation authentique, l'interprétation scientifique n'ayant qu'un intérêt moindre, voire nul. On peut aussi comprendre les choses d'une tout autre manière, comme si la décision du TC, qui, en tant qu'interprète constitutionnel est supposé connaître le mieux la Constitution, était la seule admissible, ce qui laisserait entendre que les autres seraient erronées. Dans ce dernier sens, nous ne sommes pas très loin de l'interprétation juridique mécanique qui, comme il a été dit, semble être celle défendue par la majeure partie des constitutionnalistes espagnols dans le débat sur le référendum : la description selon laquelle le droit pour ce cas concret est celui énoncé par le TC pourrait alors être suivie d'un autre énoncé, cette fois-ci idéologique, selon lequel le droit correspond à ce que le TC a énoncé puisque c'est lui qui connaît le vrai sens des normes constitutionnelles. D'une « interprétation volonté » (telle est la définition que donnent les réalistes de l'activité juridique : l'interprétation juridique est « volonté », et non « connaissance »<sup>72</sup>) on pourrait alors passer avec une facilité stupéfiante à une « interprétation connaissance » (le juge n'interprète pas mais applique la loi : il n'a pas besoin de l'interpréter puisqu'il connaît sa signification<sup>73</sup>). On observera

que les deux conceptions paraissent partager un désintérêt pour l'interprétation ou l'argumentation juridique : le réalisme (version nord-américaine) en raison de son pragmatisme déjà mentionné (on sait que tout est interprétable en droit, et peu importe que l'argumentation soit bonne ou mauvaise, ce qui compte est de convaincre le juge) et l'interprétation connaissance de la majeure partie du constitutionnalisme espagnol (dans le cas présent), puisque l'interprétation est gênante pour cette conception du droit, idéologiquement conservatrice, qui nécessite que la loi soit présentée comme un texte rempli de normes connaissables, et le juge comme la bouche de la vérité juridique.

- 58 En fait, si d'une certaine manière les deux positions peuvent partager un désintérêt pour l'interprétation, dans le premier cas ce désintérêt est motivé par un pragmatisme (réalisme juridique nord-américain) ou par l'intention scientifique (réalisme français et scandinave) et ne prétend rien cacher, bien au contraire. En montrant comment nos systèmes juridiques fonctionnent réellement, le réalisme juridique nous offre l'image crue, et même désolante, d'un système aux mains de ses organes d'application (et de création) du droit, dans lequel ils donnent préférence à leurs valeurs, intérêts et fins. Cette activité (celle du juge par exemple) n'est pas seulement régie par la connaissance ou un rationalisme juridique pur, mais aussi, et peut-être surtout, par des arguments d'ordre moral, psychologique ou idéologique. Le réalisme nous montre un monde bien différent de celui présenté par le discours du droit. Il nous montre, pour ainsi dire, que le Roi est nu (et le rhabiller n'est pas une mission pour la science...). L'interprétation connaissance adopte en revanche cet argumentaire, mais en commençant par la fin : le Roi est nu, comment faire croire qu'il ne l'est pas ? En effet, difficile de construire une théorie de l'interprétation connaissance si l'on part du principe qu'en réalité le juge n'applique pas le droit mais l'interprète comme il le souhaite, et que ce n'est pas le législateur mais bien le juge qui crée la norme. Comme c'est cela qui est vrai (dans les limites de certaines conventions, restrictions ou contraintes<sup>74</sup>), et comme cette description dévoile la marge de liberté (et donc d'arbitraire) dont disposent les pouvoirs publics, organes d'application du droit, le plus simple est de dire que le juge est la bouche de la loi, que la loi a une signification certaine et déterminable que le juge doit connaître (c'est son travail), parce que c'est ce qui donne la plus grande autorité aux pouvoirs publics : on explique ainsi qu'ils ne font pas ce qu'ils veulent, que leur activité ne dépend pas de leur volonté (qui peut fort bien être capricieuse), mais qu'elle dépend de la volonté de quelqu'un (ou quelque chose) de différent, auquel les juges se trouvent soumis, que ce soit le pouvoir constituant, la Constitution, le législateur, ou les droits naturels. Sa responsabilité demeure ainsi, comme on le voit, si réduite qu'il est difficile d'accuser l'organe d'application de vouloir imposer sa volonté au détriment de la loi (autrement dit : de la volonté du législateur). Dans ce schéma, l'argument « ce n'est pas moi (juge) qui dit, c'est la loi » est imparable et remplit admirablement bien sa mission.
- 59 On peut comprendre sans difficulté, ce nous semble, le rôle gênant qu'a alors l'interprétation en droit. C'est vrai dans d'autres domaines ou situations : si on ne veut pas que la vérité soit connue, le mieux, comme le savent fort bien les détectives et les maris infidèles, est de ne pas poser trop de questions, de ne pas trop réfléchir sur le sens des choses, de les laisser en l'état. C'est la position qui semble avoir la préférence de la majorité des constitutionnalistes espagnols qui se sont intéressés au problème de la légalité d'un référendum sur l'indépendance. C'est pourquoi il est important d'aller un peu au-delà de la description proposée. Du constat que le droit est ce que les autorités d'application veulent qu'il soit, on ne peut pas déduire que celles-ci (tout comme les

constitutionnalistes) agissent et argumentent comme on attend qu'elles le fassent dans des systèmes de droit démocratiques. C'est la raison pour laquelle, à notre avis, il est important d'examiner les arguments des uns et des autres, car il est très probable qu'ils ne soient pas tous de la même qualité, ou suffisamment bien fondés. Cette étape est nécessaire pour démontrer que la vérité juridique du scientifique ne pouvait pas être une constatation et validation de différentes interprétations et significations avant que le TC ne se prononce sur la consultation. Autrement dit, la vérité du scientifique du droit doit permettre de démontrer aussi que, même si toute norme a potentiellement des significations différentes, significations dont les organes d'application peuvent ultérieurement disposer à volonté, il y a entre elles des interprétations (significations) bien fondées juridiquement et d'autres qui ne semblent pas l'être en droit (pouvant avoir malgré tout de bons arguments extra-juridiques). Cela est important car si le droit est interprétation et argumentation, il est nécessaire de savoir si les pouvoirs publics préfèrent dans chaque cas des interprétations solides ou un minimum rigoureuses en droit, ou des interprétations extravagantes ou de rationalité juridique douteuse<sup>75</sup>. Ce que nous allons essayer d'expliquer à présent c'est que la thèse de l'inconstitutionnalité d'un référendum consultatif ou d'une consultation non référendaire sur l'indépendance n'a pas un fondement solide en droit et mérite donc d'être écartée.

- 60 L'interprétation et l'argumentation en droit prennent place dans un cadre précis régi par des conventions et des principes<sup>76</sup>. Certains sont tacites, d'autres sont écrits. Ces conventions, valeurs et principes sont ceux qui, écrits ou non, orientent le travail des juristes dans leur activité d'interprétation et d'argumentation. Sans avoir l'intention d'être exhaustif, il convient d'en rappeler certains pour voir d'emblée que dans le débat sur la constitutionnalité d'un référendum consultatif ou d'une consultation non référendaire sur l'indépendance, outre ce qui a déjà été dit en interprétation dynamique du problème, on peut trouver des raisons juridiques de poids en faveur de sa constitutionnalité.
- 61 Le droit est un instrument ou moyen pacifique que nous utilisons pour résoudre des problèmes qui seraient autrement résolus par la force. On peut se demander si le droit espagnol (dans lequel on inclut évidemment le catalan) a ou peut avoir des solutions pour résoudre un problème politique, comme l'est (plus personne ne le nie) ce qu'on appelle le droit de décider catalan. A priori un référendum sur l'indépendance, qu'il soit négocié ou unilatéral, peut être considéré comme un moyen utile permettant de débloquer une situation que tout le monde voit depuis plusieurs années comme étant grave. Demander l'avis des administrés catalans permettrait de savoir si cette majorité indépendantiste existe en nombre suffisant afin de passer à l'étape suivante. Ne pas savoir ce que les administrés catalans veulent fait stagner et probablement empirer le problème. Le référendum semble ainsi être, déjà d'une manière abstraite, un moyen qui répond à la volonté de millions de Catalans d'exprimer librement et de manière pacifique leur avis dans les urnes, tandis que son interdiction semble plutôt frustrer cette même volonté majoritaire en Catalogne. Si nous nous éloignons de la perspective abstraite et observons quelques cas empiriques récents, comparables au catalan, dans lesquels un référendum a pu être utilisé aux fins poursuivies en Catalogne, on peut voir qu'aussi bien au Canada (1980 et 1995, Québec) qu'au Royaume-Uni (2014, Écosse) le référendum a été utilisé pour résoudre pendant un certain temps le problème qui était posé dans ces pays. On ignore ce qui aurait pu arriver si le référendum avait été interdit dans ces deux cas, mais il y a des raisons de penser que la tension et la crispation, aujourd'hui bien moindres, auraient pu

demeurer ou même empirer sans le référendum. Il y a donc aussi bien des raisons théoriques que des évidences empiriques qui inclinent à penser qu'un référendum pourrait aider à résoudre à court terme le problème politique, et il y a probablement peu de raisons, si tant est qu'il y en ait, pour penser que la meilleure solution est d'interdire le référendum. S'il en est ainsi, alors un référendum consultatif sur l'indépendance remplirait cette fonction classique du droit, qui n'est autre que la résolution pacifique des problèmes et controverses.

- 62 Le système espagnol se trouve également régi par des principes écrits. L'État de droit et le principe démocratique sont des valeurs auxquelles le pouvoir constituant fait référence dès l'article premier de la CE. Selon le principe de l'État de droit, tous, gouvernés et surtout gouvernants, sont soumis au droit. Tout acte est ainsi valide et irréprochable à partir du moment où l'on respecte le droit positif (en vigueur) et les procédures ou bien prévues pour sa création ou bien qu'il n'interdit ni ne prévoit. Les pouvoirs publics ont en plus une responsabilité plus lourde et plus de limites que les gouvernés dans un État de droit. En ce qui concerne leurs limites, comme on le sait bien, les pouvoirs publics doivent agir dans le cadre de leurs compétences, lesquelles sont limitées aussi bien par les compétences des autres autorités publiques que par les droits et libertés fondamentaux reconnus par la Constitution. Par ailleurs, dans ce surplus de responsabilité, la Constitution pousse les pouvoirs publics à « promouvoir les conditions nécessaires pour que la liberté et l'égalité de l'individu et des groupes auxquels il s'intègre soient réelles et effectives » et à « supprimer les obstacles qui empêchent ou entravent leur plein épanouissement, et [à] faciliter la participation de tous les citoyens à la vie politique » (art. 9.2). Puisqu'il en est ainsi, on peut se demander si dans le système juridique espagnol les référendums sont interdits ou non. La réponse est non. Comme on le sait déjà, le pouvoir constituant a prévu la participation politique des citoyens au moyen de référendums, certains à caractère décisive et obligatoire (par exemple : ratification des statuts d'autonomie de l'art.151, la réforme de la constitution de l'art. 168) ou facultatifs (réforme de l'art. 167 CE), et d'autres seulement consultatifs, comme il est prévu dans les articles 92 et 149.1.32 CE. De plus, les Communautés autonomes ont également, à travers le principe dispositif, et dans le cadre de leurs compétences et autorité, la possibilité de réguler les consultations non référendaires. En résumé, le système juridique espagnol non seulement ne désapprouve pas la participation citoyenne en référendum mais voit en elle un moyen souhaitable pour canaliser l'expression démocratique et la participation politique, comme le dispose l'article 23 CE. Le principe démocratique, qui trouve uniquement les obstacles et limites que le système juridique met en évidence sur son chemin, semble ainsi être également un argument contre l'interdiction d'un référendum consultatif ou d'une consultation non référendaire sur l'indépendance. Dans la mesure donc où il y a des procédures à la disposition des pouvoirs publics pour qu'un référendum ou une consultation sans effets juridiques puisse être organisée, permettant ainsi la participation directe des citoyens dans les affaires publiques (ce qui est, rappelons-le, un droit fondamental garanti par la Constitution), on peut penser que le gouvernement espagnol dans ce cas devrait agir, sous l'autorité de la Constitution, soit d'une manière passive (en laissant faire le gouvernement catalan), avec un certain *self-restraint*, soit d'une manière active, afin de « supprimer les obstacles qui empêchent ou entravent leur plein épanouissement et de faciliter la participation de tous les citoyens à la vie politique » (art. 9.2). On éviterait ainsi l'interdiction de quelque chose qui devrait l'être seulement s'il y a un autre principe ou droit fondamental qui, mis dans la balance avec le principe démocratique et avec le droit fondamental à la participation, pourrait être

considéré supérieur à eux. On peut penser au principe de l'État de droit mais, comme nous allons le voir, l'argument ne semble pas fondé exactement sur des raisons juridiques.

- 63 Si un principe au moins équivalent au principe démocratique et au droit fondamental de participation avait été atteint, on aurait pu constater que les autorités catalanes ont violé le principe de l'État de droit. C'est le cas, comme on l'a vu, selon les défenseurs de l'inconstitutionnalité d'un référendum consultatif ou d'une consultation non référendaire sur l'indépendance : il y aurait une violation du principe de la souveraineté du peuple espagnol et de l'indivisibilité de la nation, des articles 1 et 2 de la Constitution. Nous nous retrouvons, il est vrai, devant des principes qui semblent avoir une valeur comparable au principe et aux droits fondamentaux précités. Dans le cas où lesdits principes seraient violés par un référendum consultatif ou une consultation non référendaire (ce qui semble difficile à soutenir en droit), il faudrait se demander s'il n'y a aucun lieu de balancer les principes opposés dans notre cas afin que l'un ne s'impose pas aux autres. Et effectivement, ce moyen existe. Dans le système juridique espagnol, il existe un instrument juridique vraiment utile : la présomption de constitutionnalité des lois. Cette présomption veut dire, d'une part, que toute loi votée selon la procédure prévue (à l'instar de la loi catalane sur les consultations non référendaires) doit être considérée comme constitutionnelle tant que le TC ne s'est pas prononcé dans le sens contraire. D'autre part, la présomption de constitutionnalité implique aussi, comme le rappelait Presno Linera<sup>77</sup> à ce sujet, que le TC peut et même doit se prononcer sur la constitutionnalité des lois en essayant autant que faire se peut d'éviter leur censure et, quand cela est possible, de proposer une interprétation conforme à la Constitution (ce qui permet de « sauver » et la loi et la Constitution). La présomption de constitutionnalité joue donc en faveur de la conformité à la Constitution d'un référendum consultatif ou d'une consultation non référendaire sur l'indépendance, et pour en décider autrement il serait souhaitable qu'un argument de poids puisse être trouvé. C'est ce qu'entendait également le rapport de l'IEA :

Ce que nous avons dit jusque-là permet de conclure que, au point de vue juridique, et vu, d'une part, les faits examinés (l'objet de la revendication – la volonté d'être consultés – et ses caractéristiques – le sujet qui la porte, son soutien, la répétition de la demande, etc.) et, d'autre part, les exigences interprétatives découlant de l'application conjointe des principes démocratiques et de l'Etat de droit, l'Etat ne pourrait refuser la consultation que s'il pouvait lui opposer une inconstitutionnalité incontestable ou, en d'autres termes, si aucune des procédures prévues par l'ordre constitutionnel ne pouvait être interprétée dans un sens favorable à la consultation proposée en Catalogne<sup>78</sup>.

- 64 Peut-on réellement considérer qu'il existe un principe d'entité suffisante opposable à la constitutionnalité que le système juridique concède, a priori, et, comme on l'a vu, pour des raisons d'indéniable rationalité juridique, à un référendum consultatif ou à une consultation non référendaires sur l'indépendance ? Voyons cela de plus près.
- 65 Sur les principes de souveraineté du peuple espagnol et d'indivisibilité de la nation auxquels certains constitutionnalistes ont eu recours, il est nécessaire de faire quelques remarques. La première est que, en tant qu'instruments consultatifs, le résultat d'un référendum et d'une consultation n'oblige pas les pouvoirs publics, ni l'État espagnol (référendum), ni la Communauté autonome de Catalogne (consultation non référendaire). Cela incline à dire que dans l'hypothèse où une consultation de ce type viendrait à s'effectuer, sans effets juridiques, tout ce qui pourrait en résulter n'aurait que des

conséquences politiques et non pas juridiques. Cette affirmation nous semble irréfutable. Cela veut dire que le résultat, quel qu'il soit, mettrait sans aucun doute les autorités publiques, principalement catalanes, dans une situation dans laquelle on pourrait s'attendre à une réaction. Les autorités catalanes opteraient probablement pour mettre un terme au processus souverainiste en cas de victoire du « non », ou bien se considéreraient autorisées à passer à l'étape suivante en cas de victoire du « oui ». Cependant, dans aucun de ces deux cas de figure le résultat n'obligerait juridiquement les autorités catalanes à faire l'un ou l'autre. De même, l'organisation d'un référendum et le résultat éventuellement favorable à l'indépendance ne pourraient à eux seuls porter une modification directe et effective de l'ordre juridique espagnol afin de provoquer la situation contraire à celle affirmée par les articles 1 et 2 CE : le peuple espagnol (Catalans inclus) serait encore titulaire de la souveraineté et la nation serait entièrement indivisible (et entière *de facto*). Affirmer le contraire revient à donner des effets juridiques et des conséquences réelles à un acte qui par définition, s'il est consultatif, ne peut pas en avoir. On pourrait même argumenter comme l'a fait la CS du Canada, au sujet de la sécession unilatérale du Québec, et défendre qu'un résultat favorable à l'indépendance lors d'un référendum n'a pas d'effets juridiques (par lui-même) dans le sens de rendre effective l'indépendance<sup>79</sup>. Mais ce dernier argument n'est même pas nécessaire dans la mesure où il paraît évident que le référendum consultatif et la consultation non référendaire n'ont pas la capacité de modifier les normes juridiques visées (arts. 1 et 2 CE). La thèse défendue par certains constitutionnalistes peut convaincre pour des raisons morales ou idéologiques (nationalisme, par exemple), mais elle est sans fondement du point de vue juridique. Par conséquent, cette première étape (le référendum) ne peut produire le moindre changement dans l'ordre juridique espagnol. Et puisqu'elle ne le change pas ou n'arrive même pas à l'atteindre, il est difficile de concevoir comment le référendum pourrait le violer. Les étapes suivantes, peuvent-elles y porter atteinte ? Peuvent-elles modifier l'ordre juridique espagnol ?

- 66 Comme nous l'avons dit, l'étape suivante après le référendum consultatif ou une consultation non référendaire sur l'indépendance serait ou pourrait être la proposition, d'initiative catalane (ou même espagnole), d'une révision constitutionnelle capable de créer une voie juridique pour l'indépendance de la Catalogne<sup>80</sup>. Cette possibilité de la sécession, non admise dans l'ordre juridique espagnol actuel, ne porterait pas non plus atteinte à la souveraineté du peuple espagnol et à l'unité nationale dans la mesure où la révision constitutionnelle (rappelons que tout est susceptible de révision dans la Constitution espagnole) aurait dès lors la marge de manœuvre nécessaire pour rendre juridiquement compatibles l'indépendance catalane, la souveraineté espagnole et l'unité nationale. Cette deuxième étape, comme on peut le voir, serait aussi constitutionnelle puisqu'elle suivrait la procédure de révision prévue à cet effet et mettrait ainsi un terme au processus souverainiste de façon juridique conforme.
- 67 Par conséquent, il ne semble pas y avoir d'arguments solides nous permettant d'opposer des objections de fond capables de renverser la présomption de constitutionnalité du référendum, présomption qui, on l'a vu, protège et assiste la loi sur les consultations non référendaires ou un référendum consultatif, s'il avait été autorisé. En est-il de même pour les éventuels vices de forme de la consultation ?
- 68 Comme il a été expliqué, s'il y a des raisons de penser que la compétence en matière de référendum est étatique (elle l'est clairement), il est par contre plus difficile d'affirmer que cette compétence ne peut être déléguée ou transférée à une communauté autonome,

ou que l'État ne peut pas autoriser un référendum consultatif dans le territoire d'une communauté autonome. Si les mots clés des textes juridiques applicables sont particulièrement vagues, on peut s'interroger sur la préférence donnée à la thèse de l'inconstitutionnalité du référendum et de la consultation. Si les deux bénéficient de la présomption de constitutionnalité, il serait étrange que le doute (si la norme n'est pas claire, il y aurait un doute sur son sens) qui pèserait sur leur légalité soit suffisant pour renverser ladite présomption de constitutionnalité. Le doute, comme en droit pénal, serait en bonne logique juridique favorable à l'autorisation du référendum et à la loi de délégation. Seulement en se fondant sur des raisons extra-juridiques peut-on penser que le doute (et il y en a un) devrait mener à la conclusion contraire.

- 69 Dans le même sens, on pourrait défendre la constitutionnalité de la loi sur les consultations non référendaires. En fait, il y a une ressemblance évidente entre ce que le TC a défini comme « référendum » et la consultation prévue par la loi catalane. Cependant, on a vu aussi qu'il y a des différences qui pourraient être considérées suffisantes par le TC. Ressemblance n'est pas identité. De plus, le législateur catalan lui-même avait exprimé, comme message utile pour les organes d'application du droit, sa volonté de créer quelque chose de différent de ce que le TC avait défini comme « référendum ». Autrement dit, si le TC avait cherché le sens voulu par le législateur catalan, créateur de la loi examinée, il aurait pu expliquer « mécaniquement » (comme certains demandaient que soit appliquée la volonté du constituant) que le législateur catalan n'avait pas régulé un référendum, mais plutôt des consultations non référendaires.
- 70 Bref, dans la mesure où la loi 1) bénéficiait d'une présomption de constitutionnalité, 2) retirait les obstacles dont la Constitution parle dans son article 9 en vue de faciliter la participation des citoyens, et 3) avait pour seul vrai obstacle la compétence étatique en matière de référendums, le TC aurait bien pu considérer que ce que régulaient la loi catalane n'était pas la même chose (malgré les similitudes) que ce qui est prévu dans les articles 92 et 149.1.32 (compétence exclusive de l'État). De cette façon, le TC aurait fait primer ce que cherchait et parvenait à protéger la loi sur les consultations (principe démocratique, État de droit, droit à la participation politique, compétence de la communauté autonome) plutôt que le seul (il convient d'insister : c'est le seul) argument formel relatif à une compétence exclusive de l'État, qui aurait pu de plus ne pas se voir affectée (si la consultation n'est pas un référendum, la compétence étatique n'est pas concernée). Il aurait pu faire cela ou il aurait même pu proposer une « interprétation conforme », en expliquant que la loi catalane était constitutionnelle à la condition que la consultation ne soit pas vue comme un référendum voilé, comme le proposait par ailleurs le législateur catalan. Faire le contraire, alors qu'aucun principe constitutionnel de valeur comparable aux principes de l'État de droit, de démocratie, de participation et d'autonomie territoriale n'était en danger, revenait à agir de façon disproportionnée et préventive, qui plus est, cela ne se justifiait en aucune manière car l'État dispose en dernier recours des moyens juridiques, parmi lesquels se trouve la violence légitime, qui lui auraient assuré qu'aucun des principes et valeurs constitutionnels que certains constitutionnalistes considéraient violés ne le soient effectivement.
- 71 En résumé, on pouvait parfaitement interpréter le référendum consultatif et la consultation non référendaire comme une voie parfaitement compatible avec les principes constitutionnels de l'État de Droit, de démocratie, de participation directe et d'autonomie territoriale. Le fait que le TC se soit prononcé dans un autre sens n'invalide

pas la pertinence du raisonnement. La vérité juridique du scientifique était donc favorable à la constitutionnalité d'un référendum consultatif et à la consultation non référendaires sur l'indépendance de la Catalogne. On pouvait bien sûr penser le contraire, mais le seul argument juridique de poids (formel : compétence étatique en matière de référendum), tiré d'articles particulièrement vagues (92 et 150.2 CE), ne pèse pas lourd face au nombre et au poids des arguments contraires.

## Conclusion

- 72 Une bonne partie du constitutionnalisme espagnol a expliqué le droit en matière référendaire dans la presse en défendant l'inconstitutionnalité évidente de l'initiative catalane, ainsi que l'absence de voies juridiques légales afin de répondre à ses revendications. Nombre d'auteurs ont opposé l'État de droit (la défense du système juridique contre le « défi » catalan) à la légitimité démocratique catalane (lorsque celle-ci était reconnue), mais il n'est pas sûr que les constitutionnalistes espagnols qui ont argumenté de la sorte l'aient fait pour défendre et renforcer réellement l'État de droit. Il nous semble qu'il s'agit plutôt du contraire. L'État de droit pose les limites à l'action des gouvernants et nous protège contre leurs abus du droit. Et si le gouvernement espagnol a abusé du droit dans le cas du référendum catalan (son « *je ne veux ni ne peux* » lequel est un très clair « *je ne veux pas* »), le devoir du scientifique du droit était d'expliquer que le gouvernement espagnol pouvait autoriser un référendum ou déléguer la compétence étatique, puisque rien dans le système ne l'en empêchait. Il en va de même pour la consultation. Le gouvernement n'avait aucune obligation de former un recours contre la loi catalane, pas plus que le TC n'avait l'obligation de la censurer. C'est plutôt le contraire : une lecture plus juridique et soucieuse de l'équilibre entre les principes, valeurs et droits constitutionnels en jeu aurait abouti à une tout autre conclusion.
- 73 Il n'est donc pas sûr que les constitutionnalistes espagnols aient défendu l'inconstitutionnalité du référendum et de la consultation dans le but de défendre l'État de droit. L'État de droit suppose également des pouvoirs publics responsables, c'est-à-dire, qui se fassent responsables de leur gestion, sans utiliser la loi ou la Constitution pour éluder leurs responsabilités. C'est le rôle des scientifiques du droit de montrer ces abus (sinon qui d'autre ?). On ne peut pas reprocher à un gouvernant de jouer avec les limites du système et de profiter de ses failles. Par contre, on peut reprocher au constitutionnaliste de ne pas dénoncer les lectures et interprétations intéressées qu'en font les pouvoirs publics ou, pire encore, de leur donner une caution scientifique. De cette façon les brèches qui existent dans l'État de droit ne peuvent être colmatées, elles ne peuvent que s'agrandir.
- 74 Pour terminer, posons-nous la question suivante : que se serait-il passé si le constitutionnalisme espagnol avait dénoncé en bloc la position du Président Rajoy, dénuée de fondement juridique (« la loi ne me le permet pas ») ? L'attitude du gouvernement espagnol aurait-elle alors été différente ? Et celle du TC ? Probablement oui. Comme l'entendait Kelsen, tels sont le rôle et la responsabilité de la science juridique.

---

## NOTES

1. Dans cet article, nous entendons par « constitutionnalistes » les professeurs de droit constitutionnel (nous incluons ici quelques administrativistes). [Note des traducteurs : en Espagne, on appelle aussi « constitutionnalistes » les partis politiques ou les hommes et femmes politiques qui défendent la Constitution espagnole de 1978].
2. Ici, nous nous focaliserons sur la presse écrite. Toutefois, il est probable que ce que nous allons essayer d'expliquer puisse s'appliquer également aux médias audiovisuels.
3. Comme chacun sait, les médias n'hésitent pas à faire appel à des experts qui vont ensuite présenter la vision préférée du média qui sollicite leur contribution, et ce dernier sait à qui s'adresser quand il cherche une caution scientifique à ses propres opinions ; c'est également ce que font les politiques. Cette opération se trouve auto-justifiée par le recours à un expert, supposé être neutre, et dont l'avis coïncide (si c'est le cas) avec l'opinion du média de manière tout à fait fortuite. Il est évident qu'un journal ne peut jamais dire : chers lecteurs, ce qui suit est un texte d'un constitutionnaliste que nous avons sollicité parce qu'il partage notre point de vue sur le sujet, etc. Le pacte proposé au lecteur, dans la mesure où toute autre version serait indécente, est le suivant : ce constitutionnaliste va vous expliquer quelque chose, et nous avons fait appel à lui car il s'agit d'un scientifique reconnu en la matière.
4. Javier GARCÍA FERNÁNDEZ, « La independencia catalana », *El País*, 17 juillet 2014 : [http://elpais.com/elpais/2014/06/26/opinion/1403808055\\_274043.html](http://elpais.com/elpais/2014/06/26/opinion/1403808055_274043.html)
5. Par exemple : Francesc DE CARRERAS « Un cauce, no un muro », *El País*, 27 mars 2014 : [http://elpais.com/elpais/2014/03/26/opinion/1395865009\\_162201.html](http://elpais.com/elpais/2014/03/26/opinion/1395865009_162201.html) ; id., « El respeto al derecho », *El País*, 16 avril 2014 : [http://politica.elpais.com/politica/2014/04/15/actualidad/1397584599\\_587136.html](http://politica.elpais.com/politica/2014/04/15/actualidad/1397584599_587136.html).
6. Nous n'affirmons ni que la théorie du droit de Kelsen est à l'abri de la critique ni qu'elle est la seule approche valable ou la meilleure. La seule chose que nous affirmons est que le constitutionnalisme espagnol entend (et il n'est pas le seul à le faire) que toute l'architecture de l'ordre juridique espagnol est fidèle aux postulats de Kelsen, ou qu'il est construit sur le fondement de sa théorie du droit (qu'il le soit ou pas n'est pas pertinent ici). Ainsi, si c'est bien ce que la doctrine constitutionnelle espagnole croit (et nous pouvons faire erreur), et si la présentation que nous faisons de la théorie de la connaissance juridique et de l'interprétation kelsénienne est fidèle à l'intention de Kelsen (et nous pouvons nous tromper sur ce point aussi), alors un exercice d'interprétation du problème juridique posé par le référendum catalan devrait obtenir, selon une logique kelsénienne, une réponse autre que celle qui a été donnée et expliquée majoritairement dans les médias.
7. Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994 ; id., *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011 ; Eric MILLARD, « L'interprétation juridique comme acte d'autorité », in Jorge CAGIAO Y CONDE (dir.), *La notion d'autorité en droit*, Paris, Le Manuscrit, 2014, p. 41-55.
8. Hans KELSEN, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, p. 130. [NdT : la traduction des citations de Kelsen correspondent à l'édition française de la *Théorie pure du droit* (Paris, L.G.D.J., 1999). Les pages sont données entre crochets].
9. Parmi les nombreux exemples de ce phénomène en droit espagnol, on trouve : l'application judiciaire de l'article 400 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* (à propos de la forclusion de l'allégation de faits et fondements juridiques qui ont pour effet de déterminer la chose jugée) ; la décision du TC relative à la constitutionnalité de la réforme du Code civil en matière matrimoniale (mariage

homosexuel) en 2005, notamment le sens de l'article 32.1 CE ; la décision du Tribunal Suprême (2012) qui entraînerait la condamnation et la suspension du juge Baltasar Garzón pour son interprétation de l'article 51.2 de la *Ley Orgánica General Penitenciaria* (LOGP).

10. C'est pour cette raison que la position kelsénienne revendiquée par Francesc De Carreras dans l'article cité (« le respect du droit » : « est la conception funeste selon laquelle tout est interprétable, c'est-à-dire que tout est possible s'il y a une volonté politique »), peut être considérée comme étant *contra* Kelsen, au sens de *contra legem*, puisque le juriste autrichien semble affirmer ce que De Carreras condamne : tout est interprétable en droit pourvu qu'on reste dans le cadre qui est le sien.

11. Hans KELSEN, *Teoría...*, op. cit.

12. *Ibid*, p. 131 [p. 338].

13. Même lorsqu'un juge applique une norme juridique A en lui attribuant un sens B, que le juge peut considérer le seul sens à donner à la norme (puisque'il n'est pas capable de lui en trouver un autre, par exemple), cela ne signifie pas que la norme juridique ne peut pas avoir d'autres sens C, D ou E. La seule chose que cela veut dire est que le juge, pour une raison ou une autre, voit seulement l'un des sens possibles. Dans ce cas, il interprète aussi le texte qu'il applique au cas d'espèce, même s'il n'est pas conscient de le faire.

14. Dans cet article, nous entendons l'interprétation authentique au sens kelsénien et non au sens classique qui voit l'interprétation authentique comme celle proposée par l'organe créateur de la norme (le législateur). En réalité, si ce qui différencie l'interprétation authentique de la scientifique est le fait que le système juridique attribue des effets uniquement à la première, alors la conception classique de l'interprétation authentique ne serait pas vraiment authentique. En effet, le juge peut appliquer la loi créée par le législateur en suivant ou non les orientations (interprétations) qu'il a pu donner (par exemple dans l'exposé des motifs). Dans ce cas, peu importe d'ailleurs qu'il suive ou non l'interprétation du législateur (si elle existe) : l'interprétation du juge est la seule interprétation authentique (au sens où elle serait la seule à avoir des effets juridiques). Cf. Michel TROPER, « Interprétation », *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 843-847.

15. « La question de savoir laquelle des possibilités données dans le cadre du droit à appliquer est 'exacte', cette question n'est, par hypothèse, absolument pas une question de connaissance portant sur le droit positif ; il ne s'agit pas là d'un problème de théorie du droit, mais d'un problème de politique juridique » (*Teoría...*, op. cit, p. 133 [p. 339-340]).

16. *Id.* [p. 342]

17. *Id.*

18. Jorge DE ESTEBAN, « Estado o indignidad », *El Mundo*, 14 décembre 2014 : <http://www.elmundo.es/opinion/2014/12/14/548dd6ca22601d87428b4577.html>

19. Décision du TC du 25 février 2015 à propos de la loi catalane 10/2014 relative aux consultations non référendaires : [http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP\\_2015\\_015/2014-05829STC.pdf](http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP_2015_015/2014-05829STC.pdf)

20. Ceci permet donc de mener une réflexion générale sur l'éventuelle constitutionnalité d'un référendum sur l'indépendance même après la décision citée, puisqu'il suffirait que le TC accueille l'un des arguments qui seront présentés plus loin pour qu'un référendum non contraignant comme celui qui était prévu par le gouvernement catalan puisse avoir lieu et être considéré conforme à l'ordre constitutionnel espagnol. De plus, et comme nous allons l'expliquer plus loin, même dans le cas où le jugement d'inconstitutionnalité serait perpétuel, ça n'empêcherait pas le scientifique du droit de mener son travail d'interprétation en indiquant d'autres sens possibles pour les normes juridiques compétentes. Ces interprétations seraient par la suite à la disposition du TC dans le cas où il voudrait remplir dans le futur le cadre de la norme d'une autre manière, et on pourrait trouver dans ces interprétations la compatibilité du referendum avec le système juridique en vigueur.

21. Cette conception du droit paraît correspondre à celle que Kelsen nomme, dans une vive critique, « science juridique traditionnelle » (qu'il ne reconnaît pas en réalité comme étant une science) : « La science du droit traditionnelle ne partage pas du tout ces façons de voir : de l'interprétation, elle n'attend pas seulement qu'elle établisse le cadre pour l'acte de droit à poser ; elle croit pouvoir attendre d'elle encore l'accomplissement d'une tâche supplémentaire, et même elle incline à voir en celle-ci sa tâche principale. L'interprétation devrait développer une méthode qui rend possible de remplir correctement le cadre ainsi déterminé. La théorie courante de l'interprétation veut faire croire qu'appliquées aux cas concrets, les lois ne peuvent jamais fournir qu'une décision correcte, une seule, et que la 'correction' de cette décision en droit positif est fondée sur la loi elle-même » (*Teoría...*, *op. cit.*, pp. 131-132 [p. 338]).

22. Javier GARCÍA FERNÁNDEZ, « La independencia catalana », art. cit.

23. Interview de Alberto LÓPEZ BASAGUREN, *El País*, 12 septembre 2014 : [http://politica.elpais.com/politica/2014/09/12/actualidad/1410517343\\_708968.html](http://politica.elpais.com/politica/2014/09/12/actualidad/1410517343_708968.html)

24. L'adage est en réalité une recommandation, voire une prescription à l'endroit des organes d'application mais il ne livre en aucun cas une image fidèle de la réalité. L'adage ne pourrait être une représentation fidèle de la réalité que si le juge pouvait appliquer le droit sans l'interpréter, ce qui paraît impossible. Rappelons-le : appliquer un texte juridique implique de connaître son sens, et connaître son sens implique d'avoir interprété le texte qui contient la norme juridique. De quelque côté que l'on se tourne, l'application de la norme est une interprétation (à partir d'un texte juridique) ou une création (quand le juge ne lie sa décision à aucun texte ou aucune norme écrite).

25. Francesc DE CARRERAS, « Hay que encontrar una salida », *El País*, 28 septembre 2014 : [http://elpais.com/elpais/2014/09/27/opinion/1411825331\\_473849.html](http://elpais.com/elpais/2014/09/27/opinion/1411825331_473849.html)

26. *Ibid.*

27. Cf. « Una vía legal contra la Constitución », *El País*, 16 janvier 2014 : [http://politica.elpais.com/politica/2014/01/16/actualidad/1389903702\\_516467.html](http://politica.elpais.com/politica/2014/01/16/actualidad/1389903702_516467.html)

28. *Ibid.* Francesc DE CARRERAS, « Hay que encontrar una salida », art. cit.

29. Francesc DE CARRERAS, « Hay que encontrar una salida », art. cit.

30. *Ibid.*

31. Javier TAJADURA TEJADA, « Una vía hacia la reforma constitucional », *El País*, 4 novembre 2013 : [http://elpais.com/elpais/2013/10/23/opinion/1382547167\\_168855.html](http://elpais.com/elpais/2013/10/23/opinion/1382547167_168855.html)

32. « Una vía legal... », art. cit., Gregorio Cámara se prononçait dans le même sens dans le même article en affirmant que « si on venait à céder cette compétence [sur les référendums] à la Catalogne, ce serait reconnaître le droit d'autodétermination ».

33. C'est ce qu'affirme, par exemple, la Cour suprême du Canada dans son célèbre et très commenté avis sur la sécession unilatérale du Québec de 1998 : « La Constitution elle-même ne traite pas d'un recours au référendum, et les résultats d'un référendum n'ont aucun rôle direct ni effet juridique dans notre régime constitutionnel [...]. [...] un référendum, de lui-même et sans plus, n'aurait aucun effet juridique direct et ne pourrait à lui seul réaliser une sécession unilatérale » (Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217, §87, p. 265 : <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/1643/index.do>).

34. Art. cit.

35. Francesc DE CARRERAS, « Inadecuada por razones jurídicas », *El País*, 30 janvier 2014 : [http://elpais.com/elpais/2014/01/29/opinion/1391020806\\_415406.html](http://elpais.com/elpais/2014/01/29/opinion/1391020806_415406.html)

36. Il convient de rappeler brièvement la position particulière adoptée par De Carreras. Avant la publication de l'article cité ci-dessus, il s'était prononcé en faveur d'un référendum sur l'indépendance via l'article 92 de la Constitution espagnole (« ¿Un referéndum ? », *La Vanguardia*, 20 septembre 2012 : <http://www.lavanguardia.com/opinion/articulos/20120920/54350587199/francesc-de-carreras-un-referendum.html>). Il s'est ensuite exprimé de nouveau sur le sujet, comme on peut le voir dans son intervention dans une interview dans le journal *El Mundo*,

publiée le 07 décembre 2014 : « Je défends que, sans changer la Constitution, il serait possible de faire un référendum consultatif en Catalogne en posant une question claire : Voulez-vous que la Catalogne soit indépendante et se sépare de l'État ? Naturellement, ce ne serait pas un référendum d'autodétermination mais un référendum consultatif. Une bonne partie des opinions doctrinales non contaminées par le cas actuel, publiés avant les années 2000, considéraient l'article 92 de la Constitution [Les décisions politiques de grande importance peuvent être soumises au référendum consultatif de tous les citoyens] permet un référendum territorial, sans qu'il soit nécessaire de le réaliser dans toute l'Espagne » : <http://www.elmundo.es/espana/2014/12/07/548384e5e2704e8f638b456b.html>. Sa position nous paraît surprenante car c'est le seul constitutionnaliste (à notre connaissance : il peut y en avoir d'autres) qui paraît accepter un référendum via l'article 92 tout en le rejetant via le 150.2. Et, nous disons que sa position nous paraît surprenante parce que tous les constitutionnalistes qui, à notre connaissance, acceptent la constitutionnalité d'un référendum consultatif le font en disant que les deux voies sont empruntables, et non pas en en acceptant une et en refusant l'autre. De même, ceux qui considèrent que le référendum est inconstitutionnel le font en rejetant les deux voies.

37. Le journal *El País* a publié un éditorial très significatif le 8 avril 2014 dans lequel il expliquait, dans son titre, que « la Constitution freine le référendum », en laissant ainsi entendre que c'est le texte constitutionnel tel quel (le Droit) et non les députés, qui avait décidé au final. Cela est fort surprenant et illustre bien la conception du droit décrite plus haut, à savoir un droit qui parle sans avoir besoin d'interprète ou d'organes d'application. C'est en tout cas la version qui est proposée ici aux citoyens : [http://politica.elpais.com/politica/2014/04/08/actualidad/1396986575\\_704072.html](http://politica.elpais.com/politica/2014/04/08/actualidad/1396986575_704072.html).

38. Dans le texte cité : « Una vía legal... », art. cit.

39. Dans le texte publié après la rencontre organisée par *El Mundo*, déjà cité.

40. Juan José SOLOZÁBAL, « La autodeterminación y los derechos », *El País*, 8 novembre 2012 : [http://elpais.com/elpais/2012/11/08/opinion/1352334293\\_866734.html](http://elpais.com/elpais/2012/11/08/opinion/1352334293_866734.html)

41. STC du 11 septembre 2011 : <https://www.boe.es/boe/dias/2008/10/10/pdfs/T00003-00014.pdf>

42. Elle était définie comme : toute question adressée au corps électoral, à savoir aux électeurs inscrits sur les listes électorales, avec l'assistance de l'administration électorale et les garanties prévues par l'administration judiciaire.

43. « Juristas coinciden en que la campaña del 9-N acabará siendo suspendida », *El País*, 28 septembre 2014 : [http://ccaa.elpais.com/ccaa/2014/09/28/catalunya/1411893723\\_634965.html](http://ccaa.elpais.com/ccaa/2014/09/28/catalunya/1411893723_634965.html)

44. Francesc DE CARRERAS, « Trampas jurídicas », *El País*, 28 août 2014 : [http://politica.elpais.com/politica/2014/08/22/actualidad/1408735993\\_053727.html](http://politica.elpais.com/politica/2014/08/22/actualidad/1408735993_053727.html)

45. Víctor FERRERES, « Una consulta claramente ilegal », *El Periódico*, 28 septembre 2014 : <http://www.elperiodico.com/es/noticias/politica/una-consulta-claramente-ilegal-3555571>

46. *Ibid.*

47. FRANCISCO RUBIO LLORENTE, « Un referéndum para Cataluña », *El País*, 8 octobre 2012 : [http://elpais.com/elpais/2012/10/03/opinion/1349256731\\_659435.html](http://elpais.com/elpais/2012/10/03/opinion/1349256731_659435.html)

48. FRANCISCO RUBIO LLORENTE, « Despropósitos », *La Vanguardia*, 29 septembre 2014 : <http://www.lavanguardia.com/opinion/articulos/20140929/54416430215/despropositos-francisco-rubio-llorente-opi.html>. « Contrairement à ce que semblent croire les cinq membres du *Consell* qui ont soutenu l'opinion majoritaire, cette différence radicale entre la consultation et le référendum ne disparaît pas ; l'argutie évidente qui consiste à donner un droit de vote dans le référendum aux mineurs et aux étrangers résidents est une ficelle trop grosse. Ni les ajouts ni le changement de nom suffisent à changer la réalité ».

49. « Juristas coinciden en que la campaña... », art. cit.

50. Il est probable qu'un certain nombre de constitutionnalistes cités dans cette section, peut-être même tous, rejettent la conception du droit et la conception de la science juridique qui leur est ici attribuée. Ceci n'aurait par ailleurs rien de surprenant, le plus probable étant que, au regard de bien d'autres problèmes juridiques, ce ne soit pas cette conception qui ait leur préférence. A mon sens, cela vient renforcer la thèse défendue dans cet article : sur cette question (politique), l'approche idéologique a été préférée à l'approche scientifique (ou juridique).

51. « Rubio Llorente ve posible que el Estado convoque una consulta en Catalunya », *La Vanguardia*, 3 octobre 2013 : <http://www.lavanguardia.com/politica/20131003/54388375232/rubio-llorente-posible-consulta-catalunya.html>

52. « Una vía legal... », art. cit.

53. Eduardo VÍRGALA, « Algunas reflexiones jurídicas sobre la ley de consultas catalana », *El Diario*, 14 de septiembre de 2014 : [http://www.eldiario.es/agendapublica/reforma-constitucional/reflexiones-juridicas-despues-septiembre\\_0\\_304820367.html](http://www.eldiario.es/agendapublica/reforma-constitucional/reflexiones-juridicas-despues-septiembre_0_304820367.html)

54. *Ibid.* D'autres auteurs se sont prononcés dans le même sens qu'Arbós, Rubio Llorente et Vírgala, comme Xavier BERNADÍ (« La consulta ¿es legal ? », *El Diario*, 2 décembre 2013 : [http://www.eldiario.es/agendapublica/reforma-constitucional/consulta-legal\\_0\\_201930251.html](http://www.eldiario.es/agendapublica/reforma-constitucional/consulta-legal_0_201930251.html)), Agustín RUIZ ROBLEDO (« Una respuesta canadiense a la cuestión catalana », *El País*, 30 de octubre de 2012 : [http://elpais.com/elpais/2012/10/18/opinion/1350581214\\_783960.html](http://elpais.com/elpais/2012/10/18/opinion/1350581214_783960.html)) ou Andrés BOIX (« El 9-N ante el Tribunal Constitucional », *El Diario*, 28 septembre 2014 : [http://www.eldiario.es/agendapublica/reforma-constitucional/constitucionalidad-convocatoria-consulta\\_0\\_307969413.html](http://www.eldiario.es/agendapublica/reforma-constitucional/constitucionalidad-convocatoria-consulta_0_307969413.html)).

55. Arbós et Rubio Llorente, par exemple, ne le considèrent pas constitutionnel.

56. Pour une bonne illustration du débat contradictoire parmi les constitutionnalistes catalans, voir : Laura CAPPuccio, Gennaro FERRAIUOLO (dir.), *Il futuro político della Catalogna*. In : *Federalismi, rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 26 novembre 2014 : <http://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=28065&dpath=document&dfile=26112014140604.pdf&content=Il+futuro+politico+della+Catalogna+-+stato+-+dottrina+->

57. *Tres informes de l'Institut d'Estudis Autònoms sobre el pacte fiscal, les duplicitats i les consultes populars*, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autònoms, 2013 : [http://www.gencat.cat/governacio/pub/sum/iea/Tres\\_informes\\_IEA.pdf](http://www.gencat.cat/governacio/pub/sum/iea/Tres_informes_IEA.pdf)

58. Mercè CORRETJA, « Notable diferència jurídica entre el cas català i el basc », *Ara*, 5 octobre 2014 : [http://www.ara.cat/premium/politica/Notable-diferencia-juridica-catala-basc\\_0\\_1224477668.html](http://www.ara.cat/premium/politica/Notable-diferencia-juridica-catala-basc_0_1224477668.html)

59. *Ibid.*

60. Mercè BARCELÓ, « No es un referéndum, es una consulta », *El Diario*, 23 septembre 2014 : [http://www.eldiario.es/agendapublica/reforma-constitucional/constitucionalidad-ley-catalana-consultas-populares\\_0\\_305869925.html](http://www.eldiario.es/agendapublica/reforma-constitucional/constitucionalidad-ley-catalana-consultas-populares_0_305869925.html). Le même jour, le journal (*El Diario, Agenda Pública*) avait publié un tableau avec les différences entre un référendum et une consultation : [http://www.eldiario.es/agendapublica/reforma-constitucional/Diferencias-Referendum-Consulta\\_0\\_306220129.html](http://www.eldiario.es/agendapublica/reforma-constitucional/Diferencias-Referendum-Consulta_0_306220129.html)

61. Mercè BARCELÓ, *ibid.*

62. Selon Boix, tout ceci ouvre une autre possibilité, qui serait celle de reconnaître « l'effort différenciateur effectué par le parlement catalan », et ainsi de considérer la loi sur les consultations comme étant constitutionnelle (« El 9-N... », art. cit.).

63. C'est ce que pensait, parmi bien d'autres, Gregorio Cámara : « ce serait une violation de l'article 2, qui porte sur l'unité indissoluble de la nation espagnole » (« Una 'vía legal'... », art. cit.).

64. Andrés BOIX, « El 9-N... », art. cit.

65. Xavier ARBÓS, « A quién se puede consultar y sobre qué », *El Periódico*, 25 août 2014 : <http://www.elperiodico.com/es/noticias/opinion/quien-puede-consultar-sobre-que-articulo-opinionxavier-arbos-3468990>

66. Un réaliste juridique serait probablement d'accord avec la conception kelsenienne de l'interprétation scientifique comme cadre nécessairement ouvert à des significations diverses, mais ne partagerait probablement pas sa conception du travail scientifique comme une activité qui s'arrête là, c'est-à-dire qui ne va pas au-delà de la constatation (de manière abstraite, ou statique) d'une pluralité de significations concurrentes, voire contradictoires, et qui s'interdit de se prononcer en faveur de l'une d'entre elles (constitutionnalité ou inconstitutionnalité dans notre cas). Cette approche lui interdirait d'interpréter comme le font les organes d'application, et de se prononcer sur l'interprétation qui se trouve mieux située à un moment donné (donc de manière dynamique), comme il arriverait dans notre cas s'il considérait qu'avant que le TC ne se prononce sur le sujet litigieux, le référendum consultatif et la consultation non-référendaire seraient constitutionnels, tout en sachant (l'interprétation scientifique et les éventuelles prédictions effectuées lui permettraient cette autre conclusion) que le TC pourrait bien les considérer inconstitutionnels ultérieurement. Nous pensons que là où Kelsen s'arrête (s'il s'arrête réellement là), il est encore possible de pousser plus loin l'interprétation scientifique. C'est ce que nous essayons de faire dans les pages suivantes.

67. Le réalisme juridique scandinave, ou le français, a une prétention scientifique. Ce n'est pas le cas du réalisme nord-américain (en général), dont la motivation est d'ordre pratique : enseigner le droit tel qu'il est réellement pratiqué devant les tribunaux.

68. Le réalisme juridique français, mené par Michel Troper, est une sorte de prolongation du projet kelsénien de construction d'une science juridique authentique, c'est-à-dire empirique.

69. On peut noter que cette conclusion est différente de celle qui ouvre cette section. Nous affirmons ici comme un fait certain que la consultation catalane était constitutionnelle (car la loi avait été approuvée suivant la procédure prévue) jusqu'à ce qu'elle a cessé de l'être (par la décision du TC), alors que la conclusion proposée antérieurement était que la consultation catalane pouvait être constitutionnelle ou ne pas l'être (d'une manière abstraite, c'est vrai, mais concrètement c'est faux). D'une certaine manière, le passage d'une conclusion à une autre reflète le passage de la conception statique kelsénienne quant à la validité des normes juridiques à une conception dynamique, dans laquelle la validité des normes ne dépend plus d'un ensemble de contenus normatifs (compatibles ou non) mais de la procédure de production des normes juridiques : toute norme juridique posée par un organe compétent est valide, jusqu'à ce qu'elle cesse de l'être.

70. Nous souscrivons sans problème à l'approche kelsénienne de l'interprétation scientifique, car il nous semble qu'elle représente un grand pas fait dans la bonne direction. En ce sens, l'approche réaliste nuance et affine le projet kelsénien sans trahir son intention scientifique.

71. Le problème, que nous ne cachons pas, est de savoir dans quelle mesure on peut faire ce pas sans faire des jugements de valeur et abandonner l'activité scientifique, en adoptant une position plus proche de la dogmatique juridique. C'est un risque que nous assumons car 1) nous considérons que beaucoup de ce qui suit est susceptible d'être affirmé comme vrai ou faux, et 2) si nous devons faire erreur, dans la mesure où ces conclusions normatives (car s'il y a erreur, nos affirmations ne seraient pas scientifiques mais normatives), elles ne pourraient pas falsifier les conclusions scientifiques qui les précèdent (un énoncé normatif ne peut pas invalider un énoncé scientifique ou descriptif).

72. On le voit bien dans la conception défendue par le juge Jackson de la Cour suprême des Etats-Unis, par exemple dans le cas *Brown c. Allen* (344 US, 9 février 1953) : « Whenever decisions of one court are reviewed by another, a percentage of them are reversed. That reflects a difference in outlook normally found between personnel comprising different courts. However, reversal by a higher court is not proof that justice is thereby better done. There is no doubt that, if there

were a super-Supreme Court, a substantial proportion of our reversals of state courts would also be reversed. We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final » (cité par Eric MILLARD, art. cit).

73. Le même raisonnement est applicable aux auteurs qui argumentaient avant la décision du TC comme il le fit par la suite : ils « connaissaient » le sens des normes compétentes.

74. Cf. Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2005.

75. Discuter la pertinence ou la force des arguments juridiques présentés par les opérateurs juridiques est une activité à laquelle se prêtent tous les juristes, qu'ils soient avocats, juges, professeurs ou gouvernants.

76. Nous suivons ici en partie l'argumentation proposée par l'IEA dans le rapport précité. L'IEA suit l'argumentation de la Cour suprême du Canada dans son renvoi de 1998 également cité, lequel est considéré majoritairement comme un exemple de rationalité juridique pour les conflits sécessionnistes (référendum d'indépendance et la réponse du droit à la sécession). L'argumentation de la CS du Canada est d'autant plus importante pour notre cas qu'il est non seulement suivi et cité en tant que référence utile par les autorités catalanes et l'IEA, mais aussi par le TC espagnol.

77. Miguel Angel PRESNO LINERA, « Presunción de constitucionalidad y suspensión de leyes », *El Diario*, 5 octobre 2014 : [http://www.eldiario.es/agendapublica/reforma-constitucional/Presuncion-constitucionalidad-suspension-leyes\\_0\\_310419212.html](http://www.eldiario.es/agendapublica/reforma-constitucional/Presuncion-constitucionalidad-suspension-leyes_0_310419212.html)

78. *Op. cit.*, p. 405.

79. Voir note 34.

80. Nous laissons de côté la sécession unilatérale, laquelle porte clairement atteinte à l'ordre juridique espagnol.

## RÉSUMÉS

Depuis fin 2012, le débat intense qui a eu lieu en Espagne au sujet d'une éventuelle indépendance de la Catalogne et des voies juridiques susceptibles d'habiliter un référendum à cette fin a trouvé dans la presse un espace privilégié permettant aux spécialistes en droit constitutionnel d'expliquer aux lecteurs quelle était la réponse que le droit pouvait donner au projet référendaire catalan. Cet article analyse les thèses retenues par quelques-uns des constitutionnalistes les plus écoutés et tente de montrer que, loin de proposer une lecture scientifique du problème, c'est-à-dire neutre quant à son issue, dans de nombreuses argumentations l'intention idéologique l'emporte sur l'intention scientifique.

Since the end of 2012, an intense debate over the possibility of Catalonia's independence and the legal channels to call an independence referendum has been taking place. Newspapers provide constitutional law experts with a privileged space to explain to citizens the way in which the Catalan referendum problem could be legally solved. This article analyzes the arguments offered by some of the most influential constitutional law scholars and tries to show that, far from adopting a scientific approach, the ideological approach prevails in many of their works.

El intenso debate que desde finales de 2012 se vive en España sobre la independencia de Cataluña y la posibilidad, en derecho, de un referéndum que le dé eventualmente paso, ha tenido en las

páginas de la prensa un espacio privilegiado para que los expertos en derecho constitucional ofrezcan a los lectores la respuesta que el derecho puede dar al proyecto de referéndum catalán. Este artículo analiza las posiciones defendidas por algunos de los más reconocidos expertos constitucionalistas sobre el tema y trata de mostrar que, lejos de ofrecerse una lectura científica del problema, esto es, neutral, demasiado numerosas son las intervenciones en las que predomina la intención ideológica sobre la que era de esperar, es decir, la científica.

## INDEX

**Mots-clés** : droit, science juridique, constitutionnalisme, référendum d'indépendance, Espagne, Catalogne, droit de décider

**Keywords** : Law and science, constitutionalism, independence referendum, Spain, Catalonia, right to decide

**Palabras claves** : derecho, ciencia jurídica, constitucionalismo, referéndum de independencia, derecho a decidir

## AUTEURS

**JORGE CAGIAO Y CONDE**

Université de Tours (ICD)