

Bulletin d'information trimestriel

N° 28 – septembre 2021

Sommaire

Une nouvelle Constitution au Chili

- Vie politique et
institutionnelle
- Justice
constitutionnelle
- Droits
fondamentaux

La lettre ibérique et ibérico-américaine

de l'Institut d'études
ibériques et ibérico-
américaines - Droit et
politique comparés (IE2IA,
CNRS-UMR 7318 DICE)

Collège SSH - Avenue du
Doyen Poplawski - BP 1633
- 64016 PAU CEDEX
<http://ie2ia.univ-pau.fr>

Directeur de publication :
Olivier Lecucq

Rédacteur en chef :
Hubert Alcaraz

Rédacteurs :
Hubert Alcaraz, Antoine
Bourrel, Damien Connil,
Miguel Fernández Andujar,
Olivier Lecucq, Dimitri
Löhner, Claire Parjouet

Mise en page :
Claude Fournier

Mot du directeur

Chers lecteurs,

C'est par un édito consacré au processus d'écriture d'une nouvelle Constitution que s'ouvrira ce nouveau numéro de rentrée universitaire de la *Lettre ibérique*. Il a lieu au Chili, et ce processus est tout aussi fondamental dans le fond, qu'inédit dans la forme. Restant en Amérique latine, il sera ensuite question de l'élection du président du Pérou qui sera le cinquième ... en cinq ans ! Election encore, plus près de nous, mais également problématique dans son genre, de Pere Aragonés qui devient, sur le fil, le nouveau *President* de la *Generalitat* de Catalogne. Communauté catalane aussi à l'honneur, si l'on peut dire, avec la décision de gracier les principaux responsables indépendantistes qui, comme on le sait, ont été lourdement condamnés par le Tribunal suprême dans le cadre du procès du *Procés*. Initiative magnanime facilitant le retour du dialogue mais initiative qui restera sans doute vaine pour une issue politique du conflit. Dans le champ politique toujours, il s'agira enfin, d'une part, de montrer les bouleversements qui se sont produits au sein du parti *Podemos* avec le retrait de Pablo Iglesias et l'avènement d'un nouveau leader, Ione Belarra, et, d'autre part, sur un tout autre plan, de rendre compte de la crise diplomatique qui entache à nouveau les rapports entre l'Espagne et le Maroc à propos du Sahara occidental.

Se penchant davantage sur les rubriques justice constitutionnelle et droits fondamentaux, le présent numéro abordera par la suite des affaires qui ont fait un certain bruit : l'annulation (à une voix près et sans grand effet) par le Tribunal constitutionnel espagnol de l'état d'alarme déclaré en mars 2020 pour lutter contre la propagation du Covid-19, décision pour le moins polémique ; plusieurs sentences, de juridictions régionales jusqu'au Tribunal Suprême, montrant comment sont jugées les mesures de Communautés autonomes destinées à réduire le niveau de contamination ; et l'arrêt du Tribunal constitutionnel portugais à propos du droit à l'autodétermination de l'identité de genre dans le système éducatif, qui relève de la réserve de loi.

Bonne lecture ! ♦ O. L.

Edito

Observer le Chili

Écrire une nouvelle Constitution : le processus est à l'œuvre au Chili. Au plein sens du terme, l'enjeu est aussi fondamental que le procédé inédit. L'histoire constitutionnelle chilienne connaît, là, un développement nouveau. Car, comme le souligne Carlos Miguel Herrera, dans une tribune au journal *Le Monde* : « Il se peut que naisse la première Constitution chilienne élaborée par un corps élu » (1).

Le texte pourrait ainsi remplacer la Constitution actuelle, issue de la dictature militaire et modifiée à plusieurs reprises depuis 1980, en particulier en 1989 et 2005.

La perspective d'une nouvelle Constitution apparaît comme l'une des réponses à la crise sociale et politique traversée par le Chili, qui a notamment donné lieu à une très forte mobilisation au cours de l'automne 2019 (2). L'« Accord pour la paix sociale et la nouvelle Constitution », signé le 15 novembre 2019, par les principales formations politiques a ouvert la voie à l'élaboration d'un nouveau texte, dans le cadre d'une procédure que l'Accord souhaitait « incontestablement démocratique ».

Pour cela, la consultation du peuple chilien a été organisée après une nouvelle modification de la Constitution en vigueur et de son chapitre XV (art. 127 et s.) consacré aux révisions constitutionnelles (Loi 21.200). Le référendum, initialement prévu au mois d'avril 2020, repoussé au 25 octobre de la même année en raison de la crise sanitaire (Loi 21.221), posait deux questions aux votants : « *¿Quiere usted una Nueva Constitución?* » (« Souhaitez-vous une nouvelle Constitution ? ») et « *¿Qué tipo de órgano debiera redactar la Nueva Constitución?* » (Quel type d'organe devrait rédiger la nouvelle Constitution ?). Si la première question appelait une réponse simple (« *apruebo/rechazo* » ; oui/non, j'approuve/je refuse), la seconde envisageait deux options : ou bien une « Convention constitutionnelle mixte » composée à parité d'élus *ad hoc* et de parlementaires en exercice, ou bien une Convention constitutionnelle, exclusivement composée d'élus *ad hoc*. À ces choix, le peuple chilien a répondu sans ambiguïté : à 78% en faveur de l'élaboration d'une nouvelle Constitution et à 79% pour une nouvelle Constitution élaborée par une assemblée constituante élue spécifiquement pour cela.

Cette dernière, dénommée *Convención constitucional*, est composée de 155 membres désignés à l'occasion des élections organisées les 15 et 16 mai 2021.

Surtout, la Convention apparaît comme « une Assemblée constituante pluri-représentative » pour reprendre la formule de Carolina Cerda-Guzman (3). L'auteure insiste, en effet, sur la représentation politique, sexuelle, ethnique et physique à laquelle l'Assemblée était tenue par les textes : *primo*, en raison du mode de scrutin retenu (la représentation proportionnelle avec répartition des sièges selon la méthode d'Hondt) ; *secundo*, parce que la parité était une obligation y compris au stade de la répartition des sièges pour laquelle un mécanisme spécifique était prévu (Loi 21.216) de sorte que 77 femmes et 78 hommes siègent au sein de l'Assemblée ; *tertio*, car 17 sièges sur 155 étaient réservés à des représentants des peuples originaires (Loi 21.298) ; *quarto*, parce que chaque liste devait présenter au moins 5 % de candidats handicapés(4).

La répartition des sièges, au regard des résultats des élections, fait alors apparaître la diversité politique du Chili à travers différentes coalitions : 37 sièges reviennent à *Vamos por Chile* (droite), 28 à *Apruebo Dignidad* (gauche), 26 à *La Lista del Pueblo* (indépendants), 25 à la *Lista del Apruebo* (centre-gauche), 11 aux *Independientes por una Nueva Constitución* (indépendants), 11 à d'autres formations ou candidatures indépendantes et 17 aux représentants des peuples originaires.

novembre 2019 : Accord pour la paix sociale et la nouvelle Constitution

octobre 2020 : Référendum

Convoquée en juin pour une première session au mois de juillet 2021, la Convention constitutionnelle a également désigné sa Présidente et son Vice-Président. Éluë avec 96 voix au second tour de scrutin, Elisa Loncon, représentante des peuples originaires, a devancé le candidat de la coalition de droite et présidera l'Assemblée constituante ; le Vice-Président sera, lui, Jaime Bassa, élu du groupe *Apruebo Dignidad*, désigné au troisième tour de scrutin par 83 voix contre 35 pour chacun des deux autres candidats de *La Lista del Pueblo* et de *Vamos por Chile*.

La Convention doit ainsi commencer son travail d'élaboration d'un nouveau texte. Les mois à venir seront alors l'occasion d'importants débats au Chili car aux termes de l'article 137 de l'actuelle Constitution, dans sa rédaction issue de la Loi 21.200 de décembre 2019, « la Convention devra rédiger et approuver une proposition de texte de nouvelle Constitution dans un délai maximal de neuf mois à compter de son installation, avec une seule prolongation possible de trois mois. [...] Une fois la proposition de texte rédigée ou approuvée, ou en cas d'expiration du délai ou de sa prolongation, la Convention sera dissoute de plein droit ».

Un processus constituant est à l'œuvre : une crise sociale et politique, une mobilisation citoyenne, un accord politique, un référendum, des élections, une Assemblée constituante, la rédaction d'un texte constitutionnel. Pour la période qui s'annonce, le regard des constitutionnalistes doit donc – aussi – se tourner vers le Chili. Pour observer et analyser. Observer le Chili. ♦ D. C.

1. C. M. Herrera, *Le Monde*, 29 mai 2021

2. Sur ce mouvement, v. C. Cerda-Guzman, « Una nueva Constitución ahora : une nouvelle Constitution pour le Chili ? », *Blog Jus Politicum* [En ligne], 2019, <https://blog.juspoliticum.com/2019/12/11/una-nueva-constitucion-ahora-une-nouvelle-constitution-pour-le-chili-par-carolina-cerda-guzman> (consulté le 14 septembre 2021).

3. C. Cerda-Guzman, « Une nouvelle Assemblée constituante est née : la Convención constitucional du Chili », *Blog Jus Politicum* [En ligne], 2021, <https://blog.juspoliticum.com/2021/06/02/une-nouvelle-assemblee-constituante-est-nee-la-convencion-constitucional-du-chili-par-carolina-cerda-guzman> (consulté le 14 septembre 2021).

4. Sur l'ensemble de ces 4 aspects, v. C. Cerda-Guzman, *art. préc.*

Et de cinq !

Un cinquième président... en cinq ans !

Les parents étaient agriculteurs et ne savaient pas lire, tandis qu'enfant il devait marcher plusieurs heures pour se rendre à l'école : Pedro Castillo, enseignant de 51 ans, a été déclaré vainqueur, le 19 juillet dernier, des élections présidentielles péruviennes. Alors que deux mois plus tôt il était à peine connu des Péruviens, ce candidat de la gauche marxiste antisystème a fait campagne sur le thème « Pas encore plus de pauvres dans un pays riche » (« *No más pobres en un país rico* »). Cette victoire était pourtant loin d'être acquise et il a fallu plus d'un mois après le second tour pour que les résultats définitifs soient finalement rendus publics. En effet, c'est par un vote très serré que Pedro Castillo l'a emporté sur Keiko Fujimori, la fille de l'ex-président et

mai 2021 : Élection des membres de la *Convención constitucional*

juillet 2021 : Installation de l'Assemblée constituante et élection de la Présidente et du Vice-président

Vie politique et institutionnelle

autocrate péruvien Alberto Fujimori. Populiste de droite, représentante et symbole de l'élite péruvienne, elle échoue pour la troisième fois consécutive -et, surtout, pour la seconde fois, d'un cheveu puisqu'en 2016 elle avait dû s'incliner devant Pedro Pablo Kuczynski (49,72 % contre 50,28 %). Ce dernier, dit PPK, avait été contraint de démissionner en mars 2018 pour échapper à une procédure de destitution à la suite d'accusations de corruption et à son implication dans l'affaire *Odebrecht*. Son vice-président, Martín Vizcarra, avait alors été désigné président le 23 mars 2018 avant, à son tour, de faire l'objet d'une destitution par le biais d'un vote controversé du Parlement. Autant dire que les élections présidentielles de 2021 n'étaient pas appelées à se dérouler dans un climat particulièrement serein.

En réalité, l'année 2021 a été marquée par un véritable cycle électoral puisqu'elle est celle des élections générales au Pérou afin d'élire non seulement le président de la République et ses deux vice-présidents, mais aussi les 130 membres du parlement unicaméral péruvien – le Congrès, élus pour 5 ans – et les 5 représentants au parlement andin – organe délibérant et de contrôle politique de la Communauté andine, organisation internationale visant à promouvoir un développement « intégral, équilibré et autonome » des États andins -. Le premier tour de ces élections s'est déroulé le 11 avril, le second tour intervenant, quant à lui, le 6 juin 2021. Après plusieurs semaines d'hésitations, de déclarations contradictoires et de recours de la candidate Fujimori, *le Jurado Nacional de Elecciones* a finalement proclamé les résultats du scrutin présidentiel un peu plus d'un mois après la date de ce second tour et dans le cadre d'une session virtuelle. Tandis que Pedro Castillo appelait tous les secteurs de la société à s'unir, Keiko Fujimori a reconnu sa défaite et accepté les résultats, tout en maintenant ses affirmations à propos de fraudes et de supposés votes volés. Après un ultime recomptage, Pedro Castillo obtient 50,126 % des votes, soit 44263 votes de plus que son adversaire, Keiko Fujimori, qui en rassemble 49,874 %.

La candidature de Castillo a, semble-t-il, obtenu l'appui des zones rurales et de l'intérieur du pays, alors que Keiko Fujimori, quant à elle, a davantage rassemblé la capitale Lima, le nord du pays ainsi que les votes extérieurs. Surtout, ce scrutin a sans doute été le plus polarisé des dernières années alors que le Pérou est dévasté par la pandémie de Covid-19, avec un nombre de morts de la maladie qui, ramené au nombre d'habitants, est le plus élevé du monde. De ce point de vue, si le nouveau président doit relancer l'économie, il doit en particulier rénover un système économique néolibéral hérité d'Alberto Fujimori générateur de nombreuses inégalités et dont la pandémie a révélé la brutalité. En un an, quasiment 10% de la population est tombée dans la pauvreté. Par ailleurs, au-delà de cette seule crise économique, c'est également à la crise politique qu'il devra tenter de mettre fin, dans un État ravagé par la corruption, les vendettas politiques et qui, en cinq ans, a connu pas moins de quatre présidents et de deux Congrès. Pour autant, il a d'ores et déjà affirmé qu'il n'entendait pas renoncer à son projet de changer de Constitution. Pourtant, élu dans de telles conditions, rien ne permet de lui garantir le soutien du Congrès, mais aussi des partis ou même d'une majorité suffisante au sein de l'opinion. Autant dire que les mois à venir ne manqueront pas, une fois encore, d'être animés... ♦ H. A.

Le premier tour des élections présidentielles a eu lieu le 11 avril 2021, le second tour intervenant le 6 juin

Pedro Castillo a été proclamé vainqueur des élections et président de la République du Pérou le 19 juillet 2021

Pedro Castillo est élu président avec 50,126 % des votes, contre 49,874 % pour son adversaire Keiko Fujimori

Le Pérou, en cinq ans, a connu quatre présidents de la République et deux Congrès

Un président sur le fil

Il s'en est fallu de peu : le 21 mai, cinq jours avant la date butoir, fixée par les textes du 26 mai, après hésitations, coups de théâtres et recompositions, les députés catalans issus des élections du 14 février dernier ont enfin trouvé un président pour la Catalogne en la personne de Pere Aragonès. Ce juriste de 38 ans, qui est parvenu à faire le consensus en réunissant 74 votes indépendantistes sur son nom, tandis que le *Partido Popular*, le Parti socialiste (PSOE), *Ciudadanos* et *Vox* rassemblaient 61 suffrages contre lui, a été désigné *in extremis*, permettant ainsi aux électeurs catalans de ne pas retourner aux urnes de manière anticipée. Cette élection ne résolvait pas, pour autant, les difficultés et divisions entre indépendantistes catalans.

De ce point de vue, le leader d'*Esquerra Republicana de Catalunya* (ERC), indépendantiste réputé modéré est élu, par le parlement catalan, président de la Généralité « pour faire en sorte » -pour reprendre ses propres termes lors de son discours d'investiture- « que l'indépendance de la Catalogne soit possible ». Le 14 février 2021, les élections au parlement de cette Communauté avaient permis aux indépendantistes de renforcer leur majorité absolue. Évoquant le dialogue et la négociation, le nouveau président catalan se fixe, néanmoins, pour objectif l'organisation d'un référendum d'autodétermination. C'est qu'il doit tenter de faire la synthèse entre les deux formations indépendantistes qui ont soutenu son élection mais dont les approches sont frontalement divergentes : d'un côté, ERC, la formation à laquelle appartient Pere Aragonès, qui est favorable au dialogue avec Madrid et qui soutient même le gouvernement espagnol dirigé par Pedro Sánchez ; de l'autre, *Junts per Catalunya* (Ensemble pour la Catalogne ou JxC), parti de Carles Puigdemont et Quim Torra -ses prédécesseurs dans la fonction de président-, farouche promoteur de l'indépendance unilatérale.

Et encore faudrait-il ajouter que, pour être désigné, il a également dû obtenir le soutien des indépendantistes les plus radicaux -non seulement JxC mais aussi la CUP (Candidature d'unité populaire ; parti anticapitaliste)-. Autrement dit, la synthèse risque d'être bien délicate à produire, le soutien offert -non sans contreparties- par Carles Puigdemont obérant une part substantielle de la liberté d'action du nouveau *President*. D'ailleurs, non seulement l'engagement a même déjà été pris d'envisager une nouvelle stratégie si le dialogue avec l'État espagnol n'aboutissait pas, mais les principaux portefeuilles du *govern* de la Communauté autonome ont été remis dans les mains de partisans de Carles Puigdemont et de sa démarche unilatérale. Aussi, bien que dans son discours d'investiture, Pere Aragonès ait précisé qu'il entendait permettre à la Généralité d'exercer « en toute liberté le droit à l'autodétermination » -s'appuyant sur le précédent de l'évolution institutionnelle de l'Ecosse et invitant l'État espagnol à prendre exemple sur le Royaume-Uni-, il n'est pas sûr qu'avec de tels alliés il soit, lui-même, libre d'agir comme il l'entend. Le risque n'est pas également absent d'une nouvelle fracture de l'exécutif, à l'image de celle du précédent gouvernement de Quim Torra.

Bien que la question de la place de la Catalogne dans l'Espagne soit au centre de son agenda politique, il devra également faire face à la défiance de la population à l'égard des institutions et aux difficultés économiques de la Catalogne, durement frappée par la pandémie, en particulier à travers le tourisme, l'un de ses principaux secteurs d'activité.

Le 21 mai 2021, Pere Aragonès est élu président de la Communauté autonome de Catalogne

Ce leader du parti *Esquerra Republicana de Catalunya* (ERC) est un indépendantiste réputé modéré

Cette désignation intervient à la suite des élections du parlement catalan le 14 février 2021

Autant dire que, dans ce contexte, la question de confiance à laquelle il s'est engagé à se soumettre en 2023, sera loin d'être une formalité. Elu sur le fil, ce *President* voit également ses fonctions tenir à un fil. ♦ H. A.

La grâce des leaders indépendantistes : un recours de la dernière chance ?

C'était une question en suspens depuis quelques mois et Pedro Sánchez, le chef du gouvernement espagnol, a tranché : il faut gracier les responsables catalans indépendantistes qui ont été lourdement condamnés (jusqu'à 13 ans de prison) pour avoir été à la manœuvre des événements sécessionnistes, et sédition, de l'automne 2017 (organisation d'un référendum d'autodétermination et déclaration d'indépendance en toute illégalité). La grâce est prévue par l'article 62 de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978 qui confère au chef de l'État, c'est-à-dire au roi, un certain nombre de prérogatives dont celle d'« exercer le droit de grâce conformément à la loi, qui ne peut autoriser de grâces générales ». La loi dont il est question est celle du 18 juin 1870, modifiée à plusieurs reprises, qui établit les règles pour l'exercice du droit de grâce. Par cette décision individuelle, l'exécutif vient, selon la formule consacrée, donner le pardon en supprimant ou en réduisant la peine prononcée par le juge pénal. Il ne faut donc pas confondre la grâce avec l'amnistie qui, elle, a pour finalité d'effacer le délit lui-même en faisant comme si l'intéressé ne l'avait pas commis.

Le chef du gouvernement espagnol, a tranché : il faut gracier les responsables catalans indépendantistes qui ont été lourdement condamnés

Les grâces sont un moyen d'œuvrer pour la concorde, l'idée étant de croire que ce geste de clémence sera de nature à apaiser les tensions

Pedro Sánchez veut rompre avec la logique répressive pour donner la chance d'un retour au dialogue

Par neuf décrets royaux du 22 juin 2021 pris au terme d'une procédure consultative, il a ainsi été décidé d'interrompre la peine de prison des neuf leaders indépendantistes condamnés, en 2019, pour délit de sédition par un arrêt de la chambre criminelle du Tribunal suprême (voir notre édito de *La lettre ibérique et ibéro-américaine* de l'IE2IA, n° 22, février 2020). C'est une grâce partielle qui a été accordée, non seulement parce que les intéressés ont déjà purgé plus de trois ans de prison (en incluant la détention préventive) mais aussi parce que la peine d'inhabilitation à occuper des charges publiques, à laquelle les accusés ont été également condamnés, est conservée et que la grâce est conditionnée, c'est-à-dire que, pour être à l'abri d'un retour automatique par la case prison, les intéressés ont obligation de ne pas commettre un délit grave durant un délai qui diffère d'ailleurs de 3 à 6 ans selon les protagonistes.

Dans sa conférence donnée le 21 juin au *Gran Teatro de Liceu* de Barcelone, Pedro Sánchez a expliqué la raison pour laquelle ces grâces devaient être prononcées. Faisant écho au célèbre ouvrage *Per la concòrdia* (1929) de Francesc Cambó, homme politique catalan qui rêvait une synthèse des deux réalités nationales espagnole et catalane, distinctes mais unies, pour le président du Conseil, « la discorde doit cesser » et il faut renouer avec « l'esprit constitutionnel de la concorde », et le faire « avec cœur ». Les grâces sont ainsi un moyen d'œuvrer pour la concorde, l'idée étant de croire que ce geste de clémence sera de nature à apaiser les tensions avec les nationalistes et à permettre aux acteurs de l'État et de la *Generalitat* de se mettre autour d'une table, de discuter, de négocier et de concevoir, autant que faire ce peut, un épilogue salvateur, à défaut d'être heureux, à cette crise qui n'en finit plus. C'est par là-même une sorte de pari, mais un pari

bienvenu car, face aux incessantes actions séparatistes du *Procés*, la réaction jusqu'à présent du pouvoir central, en particulier lorsque le *Partido Popular* (la droite traditionnelle) était au pouvoir, a été uniquement de dénoncer les hors la loi et de les faire sanctionner par les juges au nom de l'ordre constitutionnel espagnol. Or, le résultat de cette judiciarisation systématique a été d'exacerber les oppositions, d'installer un dialogue de sourd et d'éloigner toute perspective de solution politique. Pedro Sánchez veut par conséquent rompre avec la logique répressive pour donner la chance d'un retour au dialogue. Cette démarche, largement saluée au plan européen, revêt assurément une utilité publique, une des trois justifications légales de la grâce, en ce qu'elle constitue le premier pas vers une réconciliation hautement souhaitable.

Le pari n'en demeure pas moins risqué. D'abord, parce qu'il est peu de dire que le recours au droit de grâce a suscité l'opprobre de l'opposition, du centre droit jusqu'à l'extrême droite en passant bien sûr par le *PP*, qui voit dans la décision de faire grâce aussi bien un aveu de faiblesse, une haute trahison à la patrie qu'un reniement des promesses faites. Cette critique acerbe a d'autant plus d'échos qu'elle s'accompagne du mécontentement d'instances pourtant accoutumées à une certaine réserve, comme le Tribunal suprême. Prenant le contre-pied de cette acrimonie contre le recours au droit de grâce, on peut aussi considérer que la décision de Pedro Sánchez est une décision courageuse et qu'il fallait bien tenter autre chose pour essayer de sortir de l'impasse.

De toute façon, le problème fondamental n'est pas là. Il réside dans le fait que les grâces accordées n'auront probablement aucun impact sur les fermes intentions des nationalistes de voir la Catalogne prétendre et gagner son indépendance, et, de ce point de vue, quoiqu'évidemment bien acceptée en Catalogne, la libération des indépendantistes pourrait produire en définitive l'effet inverse de celui escompté. Sitôt libérés de prison, les graciés n'ont-ils pas immédiatement brandi le drapeau catalan, symbole souverainiste, et des pancartes où est écrit : « freedom for Catalonia » et « Amnistia ». Ces manifestations, abondamment relayées par les médias, en disent long sur l'état d'esprit des promoteurs du *Procés*. Ils ne perçoivent pas, ou à peine, les grâces comme un acte de bonne intention de la part du pouvoir central, mais comme un acte presque obligé, en réparation d'une condamnation illégitime, et finalement contraint sous la pression de la communauté internationale qui verrait d'un mauvais œil le sort réservé en Espagne à la liberté d'expression des peuples minoritaires et de leurs représentants. D'où la revendication de l'amnistie, cet effacement du délit, pour interdire toute répression contre l'action sécessionniste, et pour permettre, notamment, le retour des indépendantistes ayant fui la justice espagnole ; d'où aussi la stratégie d'internationalisation du conflit pour susciter le soutien extérieur à la cause indépendantiste et la protection des « persécutés politiques ».

La lutte pour l'indépendance ne cessera pas et quand Pedro Sánchez et Pere Aragonès, le président indépendantiste de la Communauté autonome de Catalogne récemment investi, souhaitent, selon la même formule, « faire de la politique », ce n'est pas du tout de la même manière. Le chef du gouvernement veut mettre les responsables autour d'une table pour trouver une solution politique et commune à la crise, tandis que le président de la *Generalitat* veut trouver la meilleure voie pour faire de la Catalogne une république indépendante. Le dialogue a d'ailleurs été lancé au début du mois d'août dans

Les grâces accordées n'auront probablement aucun impact sur les fermes intentions des nationalistes de voir la Catalogne prétendre et gagner son indépendance

La lutte pour l'indépendance ne cessera pas et quand Pedro Sánchez et Pere Aragonès, le président indépendantiste de la Communauté autonome de Catalogne récemment investi, souhaitent, selon la même formule, « faire de la politique », ce n'est pas du tout de la même manière.

le cadre d'une concertation bilatérale organisée sous l'impulsion de la nouvelle ministre de la Politique territoriale, Isabelle Rodríguez García, mais autant dire que le chemin *per la concordia* risque malheureusement d'être très long, voire impossible... ♦ O. L.

Ione Belarra, nouveau leader d'un Podemos en chute libre

Sept ans se sont écoulés depuis que le mouvement populaire, issu des événements du 15M, a fait irruption sur l'échiquier politique à l'occasion des élections européennes du 25 mai 2014, obtenant plus d'un million de votes et, finalement, cinq eurodéputés. Une irruption fulgurante, un succès sans précédent et un avertissement aux partis politiques traditionnels qui avaient accaparé les faveurs des électeurs durant, alors, les presque quarante ans de la démocratie espagnole.

Depuis ce mois de mai 2014, ce groupement citoyen a traversé diverses phases dont la récente assemblée citoyenne -la IV^{ème}- a constitué le dernier stade, durant lequel Ione Belarra a été désignée nouvelle secrétaire générale d'une formation qui adopte de plus en plus les contours de ces partis politiques qui étaient l'objet de ses critiques. Sept années qui, en termes d'usure politique, représente presque un siècle et qui, après l'échec de la tentative d'ascension -telle que le promettait à l'origine son leader Pablo Iglesias- augure d'un avenir difficile pour la *formación morada* (littéralement, « formation pourpre »).

La nouvelle dirigeante de *Podemos*, navarroise d'origine, est une psychologue qui, à dix-huit ans, comme de nombreux jeunes Espagnols, s'est installée à Madrid afin de suivre ses études au sein de l'Université *Autónoma* de la capitale. C'est à la fin de son cursus universitaire que sa vocation sociale et son goût pour l'humanitaire se font jour, à travers sa participation à des organismes tels que, notamment, la Croix rouge, la Commission espagnole d'aide aux réfugiés ou SOS racisme. De sorte qu'avant d'apparaître au premier plan de la vie politique espagnole, elle s'investit professionnellement dans les questions migratoires ou éducatives qui démontrent bien son aspiration idéologique. En 2014, elle intègre le Conseil citoyen étatique de *Podemos* -organe dirigeant de la formation- et, à partir des élections générales du 20 décembre 2015 -les premières auxquelles *Podemos* participe-, elle est élue sans discontinuer députée -4 mandats-, se présentant toujours comme candidate, tête de liste, dans sa Navarre natale.

Ces lettres de créance ont constitué le passeport de la jeune Ione Belarra à l'heure de se faire un nom et une place au sein du noyau dur des proches de Pablo Iglesias. A tel point que lorsque le dirigeant madrilène a annoncé son intention de quitter le gouvernement espagnol pour se présenter comme candidat aux élections de la Communauté autonome de Madrid, Ione Belarra a été désignée pour le remplacer et occuper son poste de ministre des droits sociaux et de l'Agenda 2030, porte feuille jusque-là pris en charge par lui, en même temps que la deuxième vice-présidence du gouvernement. L'ancien leader de *Podemos* voyait ainsi dans cette jeune psychologue sa remplaçante naturelle, tant au sein du gouvernement – où elle occupait antérieurement le poste de secrétaire d'État pour l'Agenda 2030 – qu'au sein du parti. Forte de tous ces acquis, Ione Belarra fut élue nouvelle secrétaire générale de *Podemos* avec quasiment 89 % des suffrages le 13 juin dernier. Pourtant, cette réunion n'a fait que mettre en évidence

Le 13 juin 2021, Ione Belarra a été désignée nouvelle secrétaire générale de Podemos

la profonde crise politique dans laquelle s'est enfoncé le parti issu du 15M, au point que cette IV^e assemblée citoyenne restera comme celle qui a connu la plus faible participation – 54 443 inscrits –, proposant le moins d'alternatives réelles entre ses candidats – au nombre de deux seulement –.

Les différences entre cette dernière et les deux premières rencontres du même genre sont manifestes. Tandis que les précédentes assemblées citoyennes avaient eu lieu dans le célèbre Palais de Vistalegre – qui a longtemps accueilli les réunions du *PSOE* (Parti socialiste) –, cette dernière s'est réunie à l'auditorium Paco de Lucía dans la municipalité d'Alcorcón. Or, bien que la pandémie puisse expliquer ce choix, de bonnes raisons permettent d'en douter, en particulier le fait que cet auditorium soit aujourd'hui régulièrement occupé par la formation d'extrême droite *Vox*. En toute hypothèse, la première assemblée citoyenne avait vu son ordre du jour consacré aux élections générales de 2015. Mais, malgré les 65 députés *Podemos* élus et les presque 5 millions de votes recueillis à l'occasion des premières élections législatives auxquelles participait le parti – le 20 décembre 2015 –, l'incapacité à parvenir à un accord avec les autres forces politiques et l'impossibilité de former une majorité parlementaire de coalition aboutissaient à l'organisation de nouvelles élections, le 26 juin 2016. Lors de celles-ci, contre l'avis du numéro deux du parti de l'époque – Íñigo Errejón – *Podemos* fit le choix de s'allier avec *Izquierda Unida – IU* – dans l'espoir de pousser l'avantage sur le *PSOE* que de nombreuses enquêtes d'opinion lui annonçait, espérant ainsi devenir la première force de gauche d'Espagne. Cependant, cette nouvelle coalition *Unidas Podemos* ne parvint pas à faire élire plus de 67 députés, le leadership de la gauche lui échappant. Et c'est presque un an plus tard que les divisions entre Pablo Iglesias et Íñigo Errejón, ainsi que les courants qu'ils représentent au sein du parti, devinrent insoutenables.

Depuis le 31 mars 2021, Ione Belarra est également ministre des droits sociaux et de l'Agenda 2030.

En premier lieu, c'est la décision de mener une liste communie avec IU qui mit le feu aux poudres. Le numéro deux, cofondateur de *Podemos*, voyait dans cette union la perte du dynamisme et de la transversalité qui faisaient la spécificité de la formation, l'enfermant alors dans un espace limité, établissant un plafond de verre freinant toute croissance électorale. Malgré le soutien des bases du parti, le temps a montré que les craintes d'Errejón n'étaient pas insensées, le spectre électoral de *Unidas Podemos* se réduisant jusqu'à s'identifier complètement aujourd'hui avec celui occupé longtemps par les anciens communistes.

En second lieu, la scission interne trouva également son origine dans la tension entre la rue et les institutions. Les fidèles d'Iglesias envisageaient comme stratégie d'opposition au *Partido Popular* (droite conservatrice) et ses alliés, condition incontournable de leur conquête de la Moncloa, la pression de la rue et des mouvements sociaux. Ainsi, bien que l'ancien numéro deux n'ait jamais absolument négligé l'intérêt bien pensé de la pression sociale, l'équipe d'Iglesias prépara la campagne de cette deuxième assemblée en imaginant une incompatibilité fallacieuse entre l'omniprésence de la rue et le travail d'opposition parlementaire aux Cortes.

La deuxième Assemblée citoyenne eut lieu dans ce climat de tension – en octobre 2017 –, Pablo Iglesias transformant le référendum pour en faire un plébiscite liant son maintien en tant que leader du parti à un soutien clair en faveur de la feuille de route proposée aux sympathisants. Cette stratégie bonapartiste simplifia la dialectique d'un

débat originellement relatif à une série de décisions politiques, le réduisant à un simple choix de personnes, lui-même ou son ancien numéro deux, lequel avait alors déjà rejeté le personnalisme qui phagocytait la nouvelle assemblée en refusant de rivaliser avec son ancien collègue d'université. Ainsi, les résultats de la deuxième assemblée couronnèrent Pablo Iglesias, tandis que les motions qu'il défendait écartèrent la feuille de route proposée par Errejón. En réalité, un tiers des inscrits rejetait la voie empruntée désormais par *Podemos*, une purge post-assemblée écartant même approximativement un tiers des sympathisants.

Mais ce sont les élections générales du 28 avril 2019 qui mirent en lumière le désenchantement des électeurs, le parti perdant plus de 25 sièges aux *Cortes Generales* espagnoles et près d'un million de votes. Après une nouvelle tentative infructueuse pour investir un président du gouvernement, de nouvelles élections eurent lieu le 10 novembre 2019 qui entraînèrent la perte de sept députés supplémentaires, portant le nombre de sièges à son niveau le plus bas – 35 députés – et actant la perte du soutien de près de 2 millions de votants par rapport aux résultats de 2015. Pour masquer son échec, *Unidas Podemos* entra au gouvernement – participant à la naissance du premier gouvernement de coalition en Espagne depuis la II^{ème} République -, sans parvenir à occulter la réalisation des prévisions *errejonistes*. De son côté, l'ancien numéro deux se présenta à ces mêmes élections, grâce à sa nouvelle formation *Más País*, obtenant seulement 3 sièges.

Finalement, le choix d'Ione Belarra, en tant que nouvelle candidate de *Unidas Podemos*, intervient juste après les élections anticipées à l'assemblée de la Communauté autonome de Madrid en mai dernier (évoquées dans l'édito du précédent numéro de la *Lettre ibérique*). En effet, pour tenter de stopper la chute du parti, Iglesias décide alors de se présenter comme candidat du parti aux élections de Madrid et de quitter le gouvernement, espérant ainsi réveiller son potentiel électoral et faire naître son propre parti. Si *Unidas Podemos* améliore alors ses résultats, la formation est néanmoins largement distancée par celle d'Errejón dont le nouveau parti, *Más Madrid*, parvient même à devancer le *PSOE*, en nombre de votes, obtenant un nombre égal de sièges, apparaissant alors comme la formation de gauche dominante à Madrid.

L'avenir de *Unidas Podemos* est désormais bien distinct de celui que paraissait lui promettre ses premiers feux d'artifice électoraux car, finalement, un système parlementaire, tel que le régime espagnol, ne s'accommode que du consensus, consensus qui est le moteur de toute démocratie, à l'image de la reconnaissance du pluralisme qui doit caractériser toute démocratie qui se respecte. ♦ M. F. A.

Espagne-Maroc, un nouvel épisode dans la saga du Sahara occidental

C'est au sujet d'un conflit d'indépendance vieux de près de quarante ans que les relations diplomatiques entre le Maroc et l'Espagne se sont détériorées le temps d'un été.

Les tensions pour la souveraineté sur le Sahara occidental débutent en 1975, à la suite du retrait de la puissance colonisatrice espagnole. Les deux États voisins revendiquent

Elle est élue aux *Cortes Generales* espagnoles depuis le 13 janvier 2016.

alors leurs droits sur ce territoire de près de 266 000km² et se heurtent au Front Polisario. Soutenu par l'Algérie, ce mouvement indépendantiste sahraoui créé par la République Arabe Sahraouie Démocratique en 1976, décourage la Mauritanie en 1979, et finit par signer un cessez-le-feu avec le Maroc en 1991. L'organisation d'un référendum d'autodétermination est alors prévue, mais n'aura jamais lieu. La situation paraissait stabilisée depuis, le territoire se trouvant scindé en deux par un mur de 2700 km délimitant la zone sous contrôle marocain, la partie dirigée par le Front Polisario et la zone tampon protégée par une opération de maintien de la paix des Nations Unies (« Minurso »). Pourtant, de récents événements ont replacé ce vieux conflit au centre de l'attention internationale.

Meilleur allié des pays occidentaux en Afrique du nord, le Maroc joue un rôle important dans la lutte contre le djihadisme et dans la gestion des flux migratoires. En échange de quoi il cherche intensément un soutien dans ses prétentions sur le territoire sahraoui. Or la position diplomatique de l'Espagne est complexe à ce sujet. Elle se range pour le moment derrière l'ONU, pour qui le Sahara Occidental est un « territoire non-autonome ». Ce choix s'explique non seulement en raison de son passé colonial, mais également parce que le Maroc est son premier partenaire commercial et qu'il protège les enclaves Ceuta et Melilla, tandis qu'elle se trouve rattachée à l'Algérie *via* un gazoduc depuis 2011. L'imbroglio du Sahara occidental n'est donc pas sans importance. Or, si les récentes déclarations du Pentagone – notamment la reconnaissance du Sahara occidental comme territoire marocain par Donald Trump en décembre 2020 confirmée par Joe Biden en juillet 2021 – ont satisfait le royaume chérifien, un positionnement espagnol en faveur du Maroc reste attendu. Souhaitant l'obtenir par tout moyen, l'arrivée sur le territoire espagnol de Brachim Ghali a pu servir de prétexte à une véritable crise diplomatique.

Atteint d'une forme grave du Covid 19, l'actuel leader du mouvement indépendantiste sahraoui a en effet été hospitalisé à Logroño le 18 avril dernier, sous une fausse identité après un trajet en avion médicalisé fourni par la présidence algérienne. La réponse ne s'est pas faite attendre. S'en est immédiatement suivi un relâchement du contrôle des frontières marocaines et, par conséquent, l'arrivée de près de 9 000 migrants en moins de quarante-huit heures dans l'enclave espagnole de Ceuta.

À ce premier incident s'est ajoutée une décision judiciaire permettant à Brachim Ghali de rejoindre l'Algérie le 02 juin 2021. En effet, deux enquêtes ont été ouvertes contre le leader sahraoui. La première fait suite à une plainte déposée en 2008 par Fadel Breika – ancien membre du Front Polisario, désormais dissident naturalisé espagnol – pour des actes de torture commis dans des camps de réfugiés sahraouis à Tindouf en Algérie. La seconde concerne des faits de « génocide », « terrorisme », « assassinat », « tortures » et « disparition », dénoncés par l'Association sahraouie pour la défense des droits de l'homme basée en Espagne. Or, s'il a bien été entendu dans le cadre d'une audition le 1^{er} juin – ce qui a temporairement calmé les esprits – le juge espagnol a finalement considéré qu'aucun élément ne permettait de justifier de prendre des mesures préventives personnelles.

En réponse, le levier du contrôle migratoire a de nouveau été activé par le Maroc, et les déclarations politiques se sont multipliées de part et d'autre de la Méditerranée. Plus spécifiquement, face au relâchement des frontières marocaines, la Commission

C'est au sujet d'un conflit d'indépendance vieux de près de quarante ans que les relations diplomatiques entre le Maroc et l'Espagne se sont détériorées le temps d'un été.

L'arrivée sur le territoire espagnol de Brachim Ghali, leader du mouvement indépendantiste sahraoui, a pu servir de prétexte à une véritable crise diplomatique.

Cette énième crise bilatérale révèle la volonté marocaine de clore – en sa faveur – le dossier du Sahara occidental.

européenne a fini par menacer le royaume chérifien de suspendre les aides financières qui lui sont régulièrement versées. Ce n'est qu'à la fin du mois d'août, en raison de l'isolement du Maroc sur la scène internationale et des dissensions avec ses partenaires européens, que les tensions se sont finalement apaisées. La main tendue par le roi Mohammed VI lors du discours de la « révolution et du roi » a été saisie, et les relations diplomatiques ont pu reprendre. Bien que n'ayant pas eu l'effet escompté, cette énième crise bilatérale révèle la volonté marocaine de clore – en sa faveur – le dossier du Sahara occidental. ♦ C. P.

Justice constitutionnelle

La censure de l'état d'alarme : Une polémique de plus contre le Tribunal constitutionnel

Comme dans la plupart des Etats confrontés à la crise sanitaire du Covid-19, la lutte contre la pandémie a conduit les autorités espagnoles à recourir à un régime d'exception, en l'occurrence l'état d'alarme qui, avec l'état d'exception et l'état de siège, compte parmi les trois états d'urgence prévus par la Constitution du 27 décembre 1978. L'état d'alarme a été déclaré par un décret royal du 14 mars 2020 qui prévoit toute une batterie de mesures destinées à limiter les relations sociales en vue d'endiguer la propagation du virus qui provoque alors ce qu'on a appelé la première vague de contaminations avec ses conséquences néfastes (explosion du nombre de cas, saturation du système de soins, morts par milliers). Sur la base de ce régime d'exception, il est ainsi décidé du confinement et de la mise en sommeil des activités dites non essentielles qu'il n'est pas utile de détailler tant on en connaît aujourd'hui les tenants et les aboutissants.

En annulant en partie ce décret royal, l'arrêt du Tribunal constitutionnel du 14 juillet 2021 fera date. À tout le moins, il fait grandement polémique et compte d'ores et déjà parmi les sentences les plus controversées. Quoique loin d'être anodin dans le contexte politique espagnol, on passera sur le fait que cet arrêt a été rendu à la suite d'un recours d'inconstitutionnalité intenté par le groupe parlementaire Vox (extrême droite), alors que ce dernier avait voté favorablement la prolongation, par la loi, du décret royal ainsi incriminé, ce qui en dit assez long sur le degré d'intégrité morale dont il peut faire preuve. Ce qui intéresse davantage tient au fond de l'affaire car la Haute juridiction a jugé que les mesures prévues par l'acte contesté ne relevaient pas, en tout cas pour certaines d'entre elles, du régime de l'état d'alarme mais auraient dû justifier la mise en place de l'état d'exception.

À cet égard, il faut insister sur les trois états d'exception prévus par la Constitution espagnole de 1978, l'état d'alarme, l'état d'exception et l'état de siège, qui sont régis par ses articles 55 et 116, complétés par une loi organique à laquelle ils renvoient, en l'occurrence la loi organique du 1^{er} juin 1981 (4/1981). Le texte constitutionnel s'attache à décrire le régime processuel de chacun des trois états, qui tient pour l'essentiel à ce que le déclenchement de l'état d'alarme ressort du seul gouvernement et oblige à une intervention de la loi si l'on souhaite le proroger au-delà de 15 jours, alors que les deux autres régimes d'exception exigent l'autorisation préalable du législateur. La Constitution ne dit rien en revanche des circonstances justifiant la mise en œuvre de l'un ou l'autre des

Trois états d'exception prévus par la Constitution espagnole de 1978, l'état d'alarme, l'état d'exception et l'état de siège

La Constitution ne dit rien en revanche des circonstances justifiant la mise en œuvre de l'un ou l'autre des régimes d'exception, et c'est à la loi organique qu'il faut se reporter.

régimes d'exception, et c'est à la loi organique qu'il faut se reporter. Le texte fondamental ne renseigne pas non plus sur les mesures qui peuvent être prises à ces divers titres, à une exception près, mais une exception de taille, posée par l'article 55 : un certain nombre de droits fondamentaux « pourront être suspendus dans le cas où il aura été décidé de déclarer l'état d'exception ou l'état de siège », ce qui signifie, *a contrario*, qu'une telle suspension n'est pas permise dans le cas où il aura été (seulement) décidé de déclarer l'état d'alarme. Et c'est sur ce point précis que réside tout l'enjeu de la présente affaire. C'est sur ce point précis en particulier aussi que se sont complètement divisés les 11 juges du Tribunal (le 12^{ème} juge n'ayant toujours pas été désigné pour occuper le poste vacant), la sentence ayant été adoptée par 6 voix contre 5 (qui ont donné lieu à autant d'opinions dissidentes), avec cette originalité particulière dans le partage des voix qu'il transcende la démarcation habituelle entre juges « conservateurs » et juges « progressistes ». Le problème juridique posé tenait en une question : les mesures prévues par le décret royal du 14 mars 2020 déclarant l'état d'alarme (et qui comptent parmi celles contestées par le requérant) ont-elles pour effet de « suspendre » les droits fondamentaux visés par l'article 55 de la Constitution et de rendre par là-même inconstitutionnel le recours à l'état d'alarme qui ne le permet pas contrairement à l'état d'exception ? Interrogation d'autant plus délicate qu'une annulation a en principe un effet rétroactif ayant pour conséquence en l'espèce de savoir si elle remettrait en cause la mise en œuvre administrative et judiciaire du décret du 14 mars 2020 et si elle ouvrirait droit à réparation pour les éventuels préjudices subis du fait de la mise en œuvre de l'état d'alarme inconstitutionnel.

Le problème juridique posé tenait en une question : les mesures prévues par le décret royal du 14 mars 2020 déclarant l'état d'alarme (et qui comptent parmi celles contestées par le requérant) ont-elles pour effet de « suspendre » les droits fondamentaux visés par l'article 55 de la Constitution et de rendre par là-même inconstitutionnel le recours à l'état d'alarme qui ne le permet pas contrairement à l'état d'exception ?

L'affirmative a donc été retenue par une courte majorité de 6 juges. En tout cas s'agissant de la liberté de circulation. Tout en admettant que les situations exceptionnelles auxquelles répond la mise en œuvre de l'état d'alarme justifient des entraves plus importantes aux libertés qu'en temps normal, l'arrêt juge en effet que le confinement domiciliaire décidé par l'article 7 du décret royal aboutit à opérer une suspension de cette liberté, c'est-à-dire une « cessation » ou « privation » temporaire qui empêche l'exercice de ce droit. Comme le souligne le Tribunal, l'interdiction de sortir de chez soi sauf dans certains cas particuliers (achats de nécessité, raisons médicales, assistance à personnes vulnérables notamment) renverse la logique du régime de la liberté de circulation qui veut par principe que chacun puisse aller et venir sur les voies et espaces publics selon ses propres volontés et fins, et sans nécessité de justifier auprès des autorités la raison de sa présence sur ces voies et espaces. Sous l'empire de l'état d'alarme déclaré en mars 2020, la possibilité de circuler « n'est plus une règle mais une exception » qui est doublement conditionnée, et par sa finalité et par ses circonstances. En sorte que « la restriction à la liberté est, à la fois, générale quant à ses destinataires, et de très haute intensité quant à son contenu, ce qui, sans doute, excède ce que la [loi organique] permet de "limiter" dans le cadre de l'état d'alarme ». Et le Tribunal d'insister qu'« une telle restriction apparaît, donc, davantage comme une "privation" ou "cessation" du droit, quand bien même elle est temporaire et admet des exceptions, que comme une "réduction" d'un droit ou d'une faculté ». Or, dans la mesure où l'article 55 ne réserve qu'aux états d'exception et de siège la possibilité de suspendre la liberté de circulation, et à moins de vider de sens la distinction ainsi opérée textuellement par rapport au régime de l'état d'alarme, l'arrêt conclut à l'inconstitutionnalité de l'article 7 du décret royal relatif à la liberté de circulation des personnes.

Ceci ne signifie pas que le Tribunal dénie la légitimité des mesures prises. Au contraire, il prend soin d'indiquer que la crise sanitaire justifiait sans aucun doute une limitation aussi drastique des libertés, et qu'au regard de son ampleur cette limitation était proportionnée aux objectifs d'intérêt général poursuivis, au titre desquels en particulier la protection du droit à la vie et de la santé publique. Cependant, puisque la limitation aboutit, pour ce qui concerne la liberté de circulation, à une suspension de droit, l'état d'alarme n'était pas l'instrument adéquat, et il était nécessaire, toujours selon la majorité des juges constitutionnels, de recourir à l'état d'exception. Encore que le Tribunal devait s'en expliquer car la loi organique réserve à l'état d'alarme les crises dénuées de caractère politique, comme les catastrophes naturelles, les accidents de grande importance, ou, et c'était bien le cas en l'espèce, les épidémies, alors qu'elle confère à l'état d'exception (et de siège) les crises liées à des événements d'ordre politique et social mettant en cause l'exercice des libertés des citoyens, le fonctionnement normal des institutions démocratiques ou des services publics essentiels pour la communauté, ou tout autre aspect de l'ordre public. Les termes de la loi organique relative aux états d'urgence semblent dès lors justifier bien davantage le recours à l'état d'alarme qu'à l'état d'exception pour lutter contre la pandémie de Covid-19. Toutefois, le Tribunal estime que l'ampleur de la crise épidémique est en l'occurrence telle qu'« il est difficile d'arguer que l'ordre constitutionnel (au sens large, comprenant non seulement des éléments politiques mais aussi le développement normal des aspects les plus basiques de la vie sociale et économique) ne se voit pas affecté ; et que sa grave altération [ne pourrait pas] légitimer la déclaration de l'état d'exception ».

L'état d'alarme n'était pas l'instrument adéquat, et il était nécessaire de recourir à l'état d'exception.

Il paraît difficile de suivre sans réticence le raisonnement du Tribunal.

On s'interroge sur le point de savoir si « un tel voyage valait la peine ».

À vrai dire, il paraît difficile de suivre sans réticence le raisonnement du Tribunal. D'abord, et c'est le principal contre-argument exploité dans les opinions dissidentes, parce qu'il n'est pas du tout aisé de conclure à une suspension de droit fondamental. Certes, la liberté de circulation est très fortement entravée et toute la population souffre de cette entrave, mais la restriction comprend un nombre important d'exceptions qui confèrent la possibilité d'aller et venir pour répondre aux besoins essentiels et pour des raisons professionnelles. Il n'y a donc pas à proprement parler « suspension » qui signifierait suppression totale du bénéfice d'un droit, à l'image du confinement réalisé en Chine à la même époque qui interdisait dans la zone concernée toute sortie de chez soi et prévoyait un ravitaillement ou une assistance à domicile. Ensuite, le recours à l'état d'exception suggéré par l'arrêt dans de telles circonstances pose également des problèmes de constitutionnalité, dès lors que la lecture de la loi organique donne clairement à penser que ce régime d'urgence ne peut être déclaré lorsque l'ordre public, au sens classique du terme qui le lie à la sécurité publique, est gravement mis en cause au point de compromettre notamment le fonctionnement normal des pouvoirs publics. Ce qui est visé est une forme de mise en cause de l'ordre public par une action humaine et violente ayant une signification politique et sociale. Or, ce n'est évidemment pas le cas de l'espèce puisque la pandémie est un événement « naturel » qui ne revêt pas un caractère politique, autrement dit un événement grave qui compte précisément parmi ceux justifiant le recours à l'état d'alarme. Enfin, arrivé à ce stade de la réflexion, on est en droit de se demander : tout ça pour ça ! Au titre des pouvoirs qu'il détient de moduler les effets de ses décisions, le Tribunal a en effet quasiment privé de tout effet sa déclaration d'inconstitutionnalité. Il a jugé que l'annulation prononcée n'affectait pas les décisions de justice revêtues de l'autorité de la chose jugée (ce qui signifie que seules les affaires

pendantes sont impactées), pas davantage, pour des raisons de sécurité juridique, que les décisions et actions administratives définitives ou « autres situations juridiques générées par l'application des préceptes annulés ». À quoi s'ajoute que les citoyens ne pourront faire valoir une quelconque responsabilité patrimoniale puisque, selon le Tribunal, ils ont dû supporter des mesures légitimes, quoique mal fondées. Bref, comment ne pas suivre en définitive le professeur Javier García Roca qui, dans un excellent article donné au journal *El País* (« Una controvertida decisión », 27 juillet 2021), s'interroge sur le point de savoir si « un tel voyage valait la peine ». Compte tenu du coup supplémentaire porté par cet arrêt contestable au prestige de la Haute juridiction, la réponse fait peu de doute...
♦ O. L.

Droits fondamentaux

Le contrôle de proportionnalité des mesures anti-covid par les tribunaux supérieurs de justice espagnols

L'épidémie de Covid-19 n'en finit pas de susciter l'édiction par les autorités des communautés autonomes de mesures visant à réduire autant que possible le niveau de contamination : couvre-feu, fermetures périmétriques, tests anti-covid périodiques obligatoires pour le personnel des maisons de retraite ou encore accès restreint aux établissements de loisirs aux seules personnes pouvant justifier d'un certificat Covid digital de l'UE ou d'un test négatif de moins de 72 h.

Saisi de recours contre ces mesures, les Tribunaux supérieurs de justice de plusieurs communautés autonomes et le Tribunal Suprême ont eu l'occasion de se prononcer sur leur légalité. La diversité des situations sanitaires locales justifiant un examen concret, les juges étaient conduits, tantôt à confirmer ces mesures, tantôt à les annuler.

Le **TSJ de Navarre** avait ainsi à connaître de la prolongation du couvre-feu entre 1 et 6 heures du matin pour une semaine supplémentaire qui avait été décidé par le gouvernement foral de Navarre au mois d'août. La légalité de cette mesure, qui restreint la liberté de circulation nocturne, est tout d'abord justifiée par le tribunal au regard de la gravité de la situation sanitaire dont témoignent les données de contamination issues d'un rapport de l'institut de santé publique de Navarre. Il apparaissait en effet que, bien que le taux d'incidence décroissait légèrement, le niveau de risque, souligne le tribunal, demeurait élevé. Eu égard à l'atteinte à la liberté de circulation qu'elle entraînait, il convenait toutefois de vérifier que la mesure, nécessaire au vu de la situation, était proportionnée et adaptée. De ce point de vue, le tribunal ne rompt pas avec ses jugements antérieurs : il estime en effet que cette mesure constitue le seul moyen efficace de combattre la chaîne de contamination et, surtout, qu'elle ne s'oppose pas de manière absolue à la liberté de circulation. En particulier, de nombreuses exceptions sont prévues et le couvre-feu ne s'applique pas sur tout le territoire de la Communauté mais uniquement sur les communes à risques et pour certains jours de la semaine seulement.

Cette sentence mérite d'être rapprochée de celle rendue par le **TSJ de Canarias**, rendue quelques semaines plus tôt, par laquelle ce dernier rejette l'instauration d'un couvre-feu entre 3 et 6 heures du matin. Les motifs sont difficilement contestables et

La diversité des situations sanitaires locales justifiant un examen concret, les juges étaient conduits, tantôt à confirmer ces mesures, tantôt à les annuler.

reposent essentiellement sur le caractère non justifié de la mesure qui, prise pour lutter contre les rassemblements nocturnes (« botellones »), apparaît insuffisamment motivée. En particulier, le tribunal relève que le Gouvernement régional n'établit pas en quoi le risque de contamination serait plus élevé la nuit... La nécessité de la mesure est ainsi mise en cause au regard de l'arsenal de moyens juridiques moins sévères dont les autorités disposent au titre, notamment, de la loi sur la protection de sécurité urbaine pour lutter contre les rassemblements nocturnes dans l'espace public, dont il n'est par ailleurs pas démontré qu'ils constitueraient un risque grave et imminent pour la santé. Pour le tribunal, l'instauration du couvre-feu pour empêcher les regroupements nocturnes apparaît donc ici, en quelque sorte, comme un prétexte, une mesure expéditive et disproportionnée au regard de la valeur la liberté de circulation.

Une analyse et un raisonnement tout à fait similaires à celle du *TSJ de Navarra* ont en revanche permis au **TSJ d'Extremadura** de confirmer la légalité de la décision de la *Junta* de proposer une fermeture périmétrique pour 5 communes et de la prolonger pour 2 autres. Prenant en considération les données sanitaires avancées par les autorités sur la gravité de la situation qui témoignent d'un risque de progression de l'épidémie, le tribunal met en balance la protection de la santé publique, de la vie et de l'intégrité physique et les libertés fondamentales telle que la liberté de circulation. Il apparaît ainsi que la nécessité et la proportionnalité des mesures sont assurées eu égard au risque imminent et extraordinaire, à l'étendue du périmètre concerné, des personnes auxquelles les mesures s'appliquent ainsi que de leur durée limitée à 14 jours. En conséquence, la liberté de circulation est simplement limitée dans une proportion acceptable. En outre, ultime précaution, le tribunal souligne que les mesures proposées par la *Junta* s'inscrivent dans la doctrine du Tribunal Supérieur qui impose que de telles mesures n'entrent en vigueur qu'une fois ratifiées par la *Sala de lo contencioso-Administrativo du TSJ de Extremadura*.

Intervenant en qualité de juge de cassation de sentences rendues par les TSJ sur les mesures prises par les autorités locales pour lutter contre l'épidémie de Covid-19, le **Tribunal Suprême (TS)** a également eu l'occasion de rappeler les règles élémentaires que doivent respecter les mesures attentatoires aux libertés fondamentales. Dans les deux affaires qu'il avait à connaître, étaient en cause une mesure visant à rendre obligatoire pour tous les personnels des maisons de retraites de cette région la réalisation de tests périodiques anti-Covid 19 (*Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*) et une mesure tendant à limiter l'accès aux établissements de loisirs (*Junta de Andalucía*).

Dans la première affaire, saisi par la *Junta* dont la mesure avait été annulée par le TSJ de la Communauté autonome, le TS confirme le jugement du TSJ en raison de l'absence de motivation de la décision contestée permettant d'apprécier concrètement le caractère proportionné d'une telle mesure. En particulier, les éléments techniques fournis par les autorités ne comportaient pas les données précises sur les résidences concernées et le taux d'incidence, si bien que la nécessité et l'adéquation des mesures envisagées ne pouvaient être appréciées. Il est ainsi souligné, de façon concrète, que l'insuffisance des données ne permettait d'identifier et discriminer, ni les maisons de retraite concernées, ni les personnels obligatoirement soumis aux tests.

Dans la seconde affaire, le TS rejette le recours de la *Junta de Andalucía* contre la sentence du *TSJ andaluz* pour des motifs tenant au défaut de justification de la mesure de

Le *TSJ d'Extremadura* a confirmé la légalité de la décision de la *Junta* de proposer une fermeture périmétrique pour 5 communes et de la prolonger pour 2 autres.

Le **Tribunal Suprême** a eu l'occasion de rappeler les règles élémentaires que doivent respecter les mesures attentatoires aux libertés fondamentales en matière de lutte contre la Covid-19.

restriction d'accès aux établissements de loisirs qui devait s'appliquer sur tout le territoire de la Communauté, à toute la population et à toutes les communes. Une telle mesure, aux effets particulièrement drastiques, ne prenait en effet aucunement compte du taux d'incidence, de l'évolution de la situation sanitaire et, qui plus est, elle ne prévoyait pas de limite de temps. C'est donc sans difficulté que le TS pouvait sanctionner la grossière absence de nécessité et d'adéquation de la mesure à la situation locale. ♦ A. B.

Portugal :

Réserve de loi et droit d'autodétermination de l'identité de genre dans le système éducatif

Dans sa décision n° 474/2021 du 29 juin 2021, l'Assemblée plénière du Tribunal constitutionnel portugais était appelée à se prononcer, dans le cadre d'un contrôle abstrait, sur la conformité à la Constitution des règles contenues dans l'article 12, n° 1 et 3, de la loi n° 38/2018 du 7 août 2018 relatives à l'adoption par l'Etat de « mesures dans le système éducatif, à tous les niveaux d'enseignement et cycles d'études, qui favorisent l'exercice du droit à l'autodétermination de l'identité de genre et de l'expression de genre ».

Les 86 députés de l'Assemblée de la République auteurs de la saisine soulevaient deux moyens à l'appui de leur recours. D'une part, l'interdiction pour l'Etat, conformément à l'article 43, n° 2 de la Constitution, de programmer l'enseignement sur le fondement de directives idéologiques (selon les requérants, les dispositions législatives mises en cause reflétaient une « idéologie du genre »). D'autre part, la violation de la réserve de loi parlementaire dans la mesure où le législateur renvoyait ici au pouvoir exécutif le soin de réglementer une matière réservée à la compétence de l'Assemblée de la République.

En toute logique, c'est sur ce second moyen que le Tribunal constitutionnel a tout d'abord fait porter l'analyse. Ainsi que le souligne l'Assemblée plénière, si la loi, ainsi que le soutiennent les requérants, renvoie la définition du contenu des mesures à adopter au pouvoir réglementaire, la principale question de constitutionnalité porte sur le point de savoir si la réserve constitutionnelle de loi a été méconnue. En outre, et si tel est le cas, les dispositions législatives contestées ne présentent pas une densité matérielle suffisante pour apprécier le premier moyen.

Cela précisé, le Tribunal constitutionnel observe que la loi n° 38/2018 du 7 août porte sur une question relative aux droits, libertés et garanties, c'est-à-dire une matière qui relève explicitement de la réserve de loi aux termes de l'article 165, n° 1, b) de la Constitution. En effet, le « droit à l'autodétermination de l'identité de genre et de l'expression de genre » découle du droit à l'identité personnelle et au développement de la personnalité tel que consacré par l'article 26, n° 1 de la Constitution et inséré dans le titre II de la première partie de la Loi fondamentale relatif aux droits, libertés et garanties.

Or, ainsi que le rappelle l'Assemblée plénière, la réserve de loi est totale en ce qui concerne les droits, libertés et garanties. Elle couvre tous les aspects de leur régime juridique, de sorte que seule l'édiction des règlements d'application est autorisée. En l'espèce, le Tribunal constitutionnel estime que les dispositions législatives mises en cause sont loin d'atteindre le degré de précision exigé. Aussi conclut-il à leur

Article 26, n° 1 de la Constitution : « Est reconnu à chacun le droit à l'identité personnelle, au développement de la personnalité, à la capacité civile, à la citoyenneté, au respect et à la réputation, à l'image, à la parole et à la protection de l'intimité de la vie privée et familiale, et à la protection légale contre toute forme de discrimination ».

Article 165, n° 1, b) de la Constitution : « *Sauf habilitation législative accordée au gouvernement, il est de la compétence exclusive de l'Assemblée de la République de légiférer sur [...] les droits, les libertés et les garanties* »

inconstitutionnalité pour violation de la réserve de loi constitutionnelle. Cette décision, on l'aura compris, ne se prononce pas, en revanche, sur le fond des dispositions contestées, c'est-à-dire le premier moyen tiré de leur inconstitutionnalité en raison de l'interdiction pour l'Etat de programmer l'enseignement en vertu de directives idéologiques. La question de la conformité à la Constitution de mesures législatives qui favoriseraient l'exercice du droit à l'autodétermination de l'identité et de l'expression de genre au sein du système éducatif demeure donc à ce jour en suspens. ♦ **D. L.**