

A topographic map of Catalonia, Spain, with several yellow stars overlaid on it. The stars are positioned at the top, bottom, and sides of the map, framing the central text. The map shows various regions like Val d'Aran, Pallars Sobirà, and Andorra. The text is centered within a dashed blue border.

Confiance mutuelle, droits fondamentaux et « groupes objectivement identifiables »

La jurisprudence de la Cour de
justice de l'Union européenne
dans le contexte catalan

Édité par Neus Torbisco Casals

Carles Puigdemont i Casamajó
Membre non inscrit du Parlement européen

Confiance mutuelle,
droits fondamentaux et
« groupes objectivement
identifiables »

La jurisprudence de la Cour de
justice de l'Union européenne
dans le contexte catalan

Confiance mutuelle, droits fondamentaux et « groupes objectivement identifiables »

La jurisprudence de la Cour de
justice de l'Union européenne
dans le contexte catalan

Édité par Neus Torbisco Casals

Carles Puigdemont i Casamajó
Membre non inscrit du Parlement européen

Les auteurs sont les seuls responsables du contenu de ce livre.
Le Parlement européen n'est pas responsable de l'usage qui pourrait
être fait des informations contenues dans celui-ci.

Ce livre n'est pas à vendre / est distribué gratuitement

Éditeur : Neus Torbisco i Casals
Image de couverture : © Institut Cartogràfic i Geològic de Catalunya (ICGC)
Conception : Estudi Muto
Impression : Serveis Gràfics Boira
Nombre d'exemplaires imprimés : 500 exemplars
Imprimé en Catalogne

Table des matières

Préface. Carles Puigdemont i Casamajó, Membre non inscrit du Parlement européen	10
1. Neus Torbisco Casals, Introduction : Confiance mutuelle, droits fondamentaux et Cour de justice de l'Union européenne : l'affaire <i>Puig Gordi et autres</i> en contexte	19
2. Neus Torbisco Casals & Nico Krisch, Confiance mutuelle, droits fondamentaux et « groupes objectivement identifiables » dans le droit de l'Union européenne	43
3. David Banisar, Questions relatives à la liberté d'expression et de réunion dans le conflit sur l'indépendance de la Catalogne	83
4. Frédéric Mégret, La surveillance et la notion de « groupe de personnes objectivement identifiables » dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur le mandat d'arrêt européen	113
5. Nico Krisch, Violations des droits politiques et le mouvement indépendantiste catalan en tant que « groupe objectivement identifiable »	149
6. Alejandro Chehtman, Le droit à la vérité et le « procès » catalan	177

Ce livre est dédié à toutes les personnes qui ont dû s'exiler, subir des persécutions politiques et d'autres violations des droits de l'homme en raison de leur combat pour le droit à l'autodétermination et l'identité culturelle et nationale de tous les peuples.

Ce livre est un projet collectif qui n'aurait pas été possible sans l'aide et l'assistance de nombreuses personnes. Nous tenons à remercier tout particulièrement Victor Santos Mariottini de Oliveira pour son assistance éditoriale diligente et patiente tout au long du processus de création, Daniel Mundet Cerdan pour l'engagement et l'énergie qu'il a consacrés à ce projet depuis le Parlement européen et Nico Krisch pour ses conseils sur l'identification des principaux thèmes qui font l'objet de l'analyse et pour son engagement clé dans les phases finales d'édition et de révision de toutes les contributions. Nous tenons également à remercier tous les défenseurs des droits de l'homme et les avocats qui ont consacré d'innombrables heures à la défense des droits fondamentaux du mouvement indépendantiste catalan en tant que « groupe objectivement identifiable », à la fois en Espagne et dans d'autres pays européens. Nous remercions tout particulièrement Gonzalo Boye, Simon Bekaert, Paul Bekaert, Isabel Elbal, Josep Costa, « Серпет », Wolfgang Schomburg, Sören Schomburg, Christophe Marchand, Michel Hirsch, Sofie Colmant, Creppine Uwashema et Elena Valcuende.

Préface

Ce volume se veut une contribution à la défense des droits de l'homme et des libertés dans l'Union européenne. Coordonnée et éditée par Neus Torbisco Casals, cette étude présente les résultats d'un projet que j'ai initié dans le but d'explorer les questions des droits fondamentaux à partir de la nouvelle perspective ouverte par l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne au sujet de l'affaire M. Lluís Puig, ancien ministre du gouvernement catalan, et des divers mandats d'arrêt européens émis à l'encontre d'autres hommes politiques catalans, dont moi. Au cours de cette législature du Parlement européen, j'ai pu constater la régression de l'État de droit et des droits fondamentaux dans différents États membres de l'Union européenne. Les rapports de suivi régulièrement publiés sur la situation de l'État de droit montrent que de nombreux États dans le monde, et malheureusement aussi dans l'UE, trouvent de nouveaux moyens de plus en plus sophistiqués et flagrants de compromettre et d'attaquer les droits politiques, sociaux et nationaux de leurs citoyens dans les cas de violations nationales des droits de l'homme. Cette régression de la protection des droits fondamentaux affecte surtout les minorités et les groupes dissidents et représente ainsi un risque pour la démocratie en tant que système politique qui ne peut légitimer l'autoritarisme et la domination de la majorité comme solution à des conflits culturels et nationaux ancrés dans l'histoire ou pour criminaliser les demandes légitimes de droits collectifs tels que le droit à l'autodétermination.

L'étude que vous avez entre les mains est une contribution à la défense des droits civils, politiques et collectifs dans l'UE, fondée sur la jurisprudence la plus récente des tribunaux de l'Union européenne. Les six chapitres de ce volume contribuent à expliquer comment les situations actuelles de criminalisation et de violation des droits individuels peuvent être inversées, selon l'idée de base qu'il est nécessaire de protéger et de renforcer le pilier fondamental de l'édifice européen qu'est la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice.

Ce pilier est l'expression de ce que Robert Schuman, l'un des pères intellectuels du projet européen, entendait lorsqu'il affirmait que « [l']Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait ». L'espace européen de liberté, de sécurité et de justice repose sur la confiance entre les États et la certitude que tous les États membres de cet espace ont et maintiennent le même niveau d'engagement et d'exigence envers le respect des droits de l'homme et des droits fondamentaux de leurs citoyens. Malheureusement, tous les États membres de l'UE n'ont pas les mêmes normes, et c'est actuellement l'un des risques pour l'État de droit et la démocratie en Europe qui me préoccupe particulièrement,

notamment car j'observe la sophistication de la persécution politique menée par certains États démocratiques de telle sorte que l'effet - étouffer la dissidence et les minorités - est obtenu avec l'apparence que l'État de droit est défendu, en particulier par le biais d'accusations de terrorisme ou de fausses accusations de délits ordinaires.

En rendant l'arrêt *Lluís Puig i Gordi* et autres du 31 janvier 2023, la Grande Chambre de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a franchi une étape importante vers la clarification du champ d'application et des limites de la confiance mutuelle entre les États membres dans le contexte de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'UE. Ces questions, et en particulier l'équilibre entre le principe de confiance mutuelle et la protection des droits de l'homme garantis par la Charte des droits fondamentaux, sont au cœur du système du mandat d'arrêt européen, qui constitue la pierre angulaire de la coopération de l'UE en matière de sécurité et de criminalité. Cet arrêt a établi le concept de Groupe de personnes Objectivement Identifiables (GOI) et la possibilité pour les tribunaux nationaux de refuser l'exécution de mandats d'arrêt européens en cas de défaillances des droits de l'homme affectant ces GOI.

Avec ce travail académique, nous voulons mieux comprendre les antécédents de ce tournant dans la jurisprudence de la CJUE et nous souhaitons en extraire les implications plus larges, notamment concernant le contexte dans lequel il est né. Ce volume place la nouvelle jurisprudence de la CJUE dans le contexte plus large du développement du droit européen et de la jurisprudence sur les limites de la confiance mutuelle entre les États membres dans la coopération en matière de justice. Il relie cette jurisprudence à des principes plus généraux de droit constitutionnel comparé, notamment le rôle des tribunaux dans la protection des minorités et des groupes vulnérables dans les systèmes constitutionnels.

L'analyse juridique des implications du concept de « groupes objectivement identifiables » offre une opportunité pour l'approfondissement démocratique de l'UE. C'est l'occasion de réaffirmer de manière concrète et sans équivoque l'engagement des États membres en faveur de la protection des minorités, y compris des nations minoritaires ayant une histoire, une culture et une langue distinctes comme la Catalogne. Je suis convaincu que l'étude des GOI est d'un grand intérêt et d'une grande utilité pour le travail du Parlement européen dans la défense des droits fondamentaux, des droits civils et des libertés. L'Europe doit être un agent actif dans la défense des droits de l'homme et nous disposons désormais d'un instrument de plus pour mener à bien cette tâche. C'est, en fin de compte, l'une des contributions catalanes à l'amélioration de la démocratie européenne.

Carles Puigdemont i Casamajó
Membre non inscrit du Parlement européen

Résumés

1. Neus Torbisco Casals, Introduction : Confiance mutuelle, droits fondamentaux et Cour de justice de l'Union européenne - L'affaire *Puig Gordi e.a.* en contexte

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur le mandat d'arrêt européen a pris un nouveau tournant en 2023 lorsqu'elle a dû traiter des affaires concernant des membres du mouvement indépendantiste catalan recherchés par les tribunaux espagnols. Au cours de ces affaires, la tension entre le principe de confiance mutuelle entre les États membres de l'UE et la protection des droits fondamentaux des individus est apparue avec une intensité particulière à laquelle la Cour a répondu par une nouvelle articulation des limites des mandats d'arrêt européens. Tout en réitérant que l'exécution automatique des MAE est la norme, elle a créé une nouvelle exception plus large liée aux « défaillances affectant un groupe objectivement identifiable ». Ce volume vise à mieux comprendre le contexte et la signification de cette exception. Ce chapitre introductif décrit brièvement le contexte juridique et jurisprudentiel entourant la CJUE dans cette affaire. Il esquisse ensuite le contexte politique de l'affaire dans le processus menant au référendum d'autodétermination de la Catalogne de 2017 et la criminalisation croissante du mouvement indépendantiste au cours de la dernière décennie et en particulier après le référendum. Enfin, le chapitre survole les contributions des auteurs des différents chapitres et le volume dans son ensemble.

2. Neus Torbisco Casals et Nico Krisch, Confiance mutuelle, droits fondamentaux et « groupes objectivement identifiables » dans le droit de l'Union européenne

La signification et le champ d'application de la nouvelle approche de la CJUE, axée sur les « défaillances affectant des groupes objectivement identifiables », s'appréhendent mieux depuis la perspective de l'évolution de sa jurisprudence au fil du temps et des logiques normatives qui la sous-tendent. Ce chapitre situe donc l'arrêt *Puig Gordi e.a.* dans le contexte plus large du développement du droit et de la jurisprudence européens sur les limites de la confiance mutuelle entre les États membres dans la coopération en matière de justice pénale. Il retrace la conception initiale du MAE et la marginalisation continue des préoccupations liées aux droits dans la jurisprudence initiale, malgré les pressions croissantes en faveur d'un équilibre différent. Il examine ensuite l'évolution du système après 2015 en réponse à un environnement modifié, à la fois en termes normatifs et politiques, avec de nouvelles exceptions et interprétations introduites progressivement par la jurisprudence de la CJUE. En 2023, la création par la CJUE de la nouvelle exception des « défaillances affectant un groupe objectivement identifiable » est une nouvelle étape dans l'évolution vers un équilibre plus durable entre l'intérêt d'une coopération judiciaire

efficace et les risques persistants pour les droits de l'homme. Comme pour les changements précédents, il s'est produit en réponse à la réticence des tribunaux nationaux à exécuter les MAE et aux conclusions des organismes internationaux sur des violations graves des droits de l'homme. Le chapitre analyse ensuite cette nouvelle catégorie à la lumière d'une enquête plus approfondie sur la notion de « confiance mutuelle » au cœur de l'intégration européenne et d'une approche de droit constitutionnel comparé de la définition d'un rôle adéquat des tribunaux dans la protection des droits de l'homme sans interférer indûment avec les processus démocratiques. La protection des minorités sociales, politiques et culturelles est un thème central pour justifier un contrôle judiciaire fort, et la nouvelle approche de la CJUE devrait être comprise dans cette optique également. Cela permet également au chapitre de délimiter le champ d'application de la nouvelle jurisprudence et ses promesses au-delà du contexte particulier du MAE et de l'affaire catalane.

3. David Banisar, Questions relatives à la liberté d'expression et de réunion dans le conflit sur l'indépendance de la Catalogne

La liberté d'expression est un droit de l'homme fondamental et essentiel à la démocratie. Elle sous-tend le droit à la participation publique et à l'engagement politique. Son fondement est défini par le droit international des droits de l'homme, en particulier dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et dans la Convention européenne des droits de l'homme. De plus, les groupes minoritaires et défavorisés bénéficient d'une protection supplémentaire conformément au droit international afin de garantir que leur voix soit entendue et protégée. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un droit absolu, les pays ne peuvent restreindre la liberté d'expression que dans des circonstances limitées. Les discours traitant de sujets politiques et de questions d'intérêt public sont fortement protégés et ne peuvent être restreints que dans les circonstances les plus strictes. Ce principe s'applique également aux discussions sur l'autodétermination et les structures politiques de l'État, y compris la sécession, à condition qu'elles ne prônent ni la violence ni n'incitent à la haine. De même, la liberté de réunion, en rapport aux manifestations pacifiques, a également été reconnue comme un droit de l'homme fondamental lié à la liberté d'expression et essentiel à la participation publique. Comme la liberté d'expression, son fondement est clairement établi dans le droit international des droits de l'homme et ne peut être restreint que dans des circonstances strictes. Ce droit comprend également la protection des discussions sur des questions telles que la sécession.

Les conflits émergeant des débats sur l'indépendance de la Catalogne ont soulevé de nombreux enjeux en matière de liberté d'expression et de réunion en Espagne. Ce chapitre analyse les normes internationales régissant la liberté d'expression et de réunion, les controverses survenues en Espagne dans le cadre de ces conflits et les réponses des organismes nationaux et internationaux de défense des droits de l'homme. Ces réponses placent les actions du gouvernement espagnol dans le contexte du cadre international des droits de l'homme et indiquent que de nombreuses actions en réponse aux débats

sur l'indépendance n'ont pas été conformes à leurs obligations conformément au droit international des droits de l'homme. La question se pose de savoir si ces actions sont suffisamment régulières pour être considérées comme une discrimination systématique ou comme « affectant un groupe objectivement identifiable ». Le grand nombre de déclarations et de verdicts d'organismes et d'experts internationaux en matière de droits de l'homme constatant des violations des normes confortent cette conclusion de discrimination systématique.

4. Frédéric Mégret, La surveillance et la notion de « groupe de personnes objectivement identifiables » dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur le mandat d'arrêt européen

Les mandats d'arrêt européens émis à l'encontre des dirigeants politiques catalans soulèvent des questions très actuelles sur les limites de la « confiance mutuelle » entre les démocraties européennes. L'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur cette question suggère que l'exécution d'un mandat peut être refusée dans les cas où les défaillances de l'État requérant affectent « un groupe de personnes objectivement identifiable auquel appartient la personne concernée. » Ce chapitre examine comment cette jurisprudence doit être évaluée lorsque le groupe concerné est la cible d'une surveillance illégale. La surveillance illégale est un problème endémique et mondial, mais le scandale du « Catalangate » suggère qu'elle a été particulièrement problématique en Catalogne, notamment à la suite de l'utilisation du logiciel espion Pegasus. L'identification de la nature et du statut juridique de cette surveillance peut aider à comprendre comment elle façonne les contours de groupes particuliers « objectivement identifiables » dans le processus de surveillance à leur égard. La surveillance peut être légale, comme le reconnaît notamment la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle répond aux normes de la Convention, lorsqu'elle est nécessaire et proportionnelle (typiquement, dans le cadre d'enquêtes judiciaires). Il ne fait cependant aucun doute que la surveillance peut constituer une violation des droits de l'homme, comme l'ont dénoncé divers observateurs internationaux dans le contexte espagnol. Cela est particulièrement probable, comme c'est le cas, lorsqu'elle revêt un caractère indiscriminé parce qu'elle cible un large groupe. La surveillance peut donc avoir une incidence négative sur le droit à un procès équitable et devrait être un facteur clé dans la décision d'honorer ou non un mandat d'arrêt européen.

5. Nico Krisch, Violations des droits politiques et le mouvement indépendantiste catalan en tant que « groupe objectivement identifiable »

Ce chapitre examine la violation des droits politiques en tant que défaillances potentielles affectant des groupes objectivement identifiables. Il présente la jurisprudence internationale en précisant les contours des droits politiques en vertu du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de la Convention européenne des

droits de l'homme et met particulièrement l'accent sur le lien entre les violations de ces droits et l'appartenance des personnes concernées à des groupes politiques, sociaux ou culturels particuliers. Il utilise ensuite sur ce contexte pour examiner plus en détail les ingérences de l'État espagnol dans les droits politiques du mouvement indépendantiste catalan. Il analyse les différents cas de restriction des droits politiques qui, pris dans leur ensemble, constituent une ingérence grave qui a sérieusement limité la capacité des hommes politiques catalans et des acteurs de la société civile à exercer leurs fonctions. Le chapitre examine ensuite les justifications possibles de ces ingérences mais conclut, également à la lumière des décisions des tribunaux internationaux et européens sur des questions connexes, qu'aucune justification ne peut être retenue et que nous sommes donc confrontés à une série de violations graves des droits politiques. Ces violations visant spécifiquement un groupe politique et social particulier, elles constituent des défaillances affectant un groupe objectivement identifiable au sens de la Cour de justice de l'Union européenne.

6. Alejandro Chehtman, Le droit à la vérité et le « procès » catalan

Ce chapitre examine en premier lieu les origines, la base juridique et le champ d'application du droit à la vérité tel qu'il s'applique à l'Espagne en vertu du droit international relatif aux droits de l'homme, en tant qu'obligation dans le cadre des systèmes européen et universel. Bien qu'il reconnaisse le droit international des droits de l'homme comme un précurseur pertinent, il identifie la source directe de ce droit dans les transitions latino-américaines en tant qu'instrument juridique permettant de faire la lumière sur les violations passées des droits de l'homme dans des contextes d'inaction de l'État et d'impunité générale. Il retrace ensuite son expansion au sein du système interaméricain et vers ses homologues européens et africains, pour être finalement reconnu dans le cadre du système universel. En résumé, il montre que ce droit implique en fin de compte l'obligation pour les États de mener des enquêtes impartiales, approfondies et rapides sur les violations des droits de l'homme, et que son exécution nécessite une certaine forme de responsabilité. Ce droit est notamment lié à la confiance des individus dans l'engagement des autorités de l'État à respecter l'État de droit, à leur fiabilité et à l'importance de la non-répétitions de ces violations. Ce droit est détenu conjointement, ou de manière complémentaire, par les victimes individuelles et les collectifs qui peuvent avoir été blessés ou affectés par certains événements.

Sur cette base, le chapitre explore si les réponses apportées à certains événements remplissent les obligations espagnoles en matière de droit à la vérité. Il examine notamment les allégations formulées par les victimes et d'autres parties prenantes concernant les réponses de l'Espagne à la violence déclenchée par le référendum sur l'indépendance et le mouvement indépendantiste en général, ainsi que les attentats terroristes de Barcelone et de Cambrils qui ont eu lieu au cours du « procès » catalan. En ce qui concerne le premier point, ce chapitre souligne le contraste frappant entre les poursuites engagées contre les dirigeants catalans et les citoyens catalans et les poursuites engagées contre les policiers et les autres forces de sécurité. Néanmoins, il reconnaît

que les actions des victimes et de la société civile ont incité les autorités à lutter non seulement contre les actes de violence individuels mais aussi à examiner les allégations relatives aux aspects systémiques de la violence et à la responsabilité potentielle des fonctionnaires de niveau intermédiaire. Dans cette mesure, le droit à la vérité a servi et aidé les victimes et les organisations de la société civile à faire pression pour obtenir des réponses institutionnelles plus appropriées. En revanche, les autorités espagnoles ont jusqu'à présent refusé de faire face ouvertement à certains aspects des allégations des victimes des attentats terroristes de Barcelone et de Cambrils et d'enquêter de manière à respecter les exigences rigoureuses du droit à la vérité. Dans le contexte plus large dans lequel ces réponses ont été apportées, le traitement des demandes des victimes catalanes contribue à faire valoir qu'elles constituent des défaillances systématiques affectant un groupe objectivement identifiable.

Contributeurs

David Banisar est chargé de recherche principal détaché au Department of Government de la London School of Economics and Political Science et avocat et consultant en droits de l'homme à Londres. Il était précédemment conseiller juridique principal pour ARTICLE 19, chargé de recherche détaché à l'University of Leeds School of Law et chargé de recherche à la Kennedy School of Government de l'Université de Harvard.

Alejandro Chehtman est doyen et professeur de droit à l'université Torcuato Di Tella de Buenos Aires. Il est également membre du Conseil national de la recherche argentine (CONICET). Il a été précédemment membre du département de droit de la LSE, membre Marie Skłodowska-Curie à la faculté de droit de l'University College London, chargé de recherche détaché au Carr Center for Human Rights Policy, Harvard Kennedy School, et chargé de recherche détaché à l'université de Gérone et à LUISS, à Rome. Son livre, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment*, a été publié par Oxford University Press en 2010.

Nico Krisch est professeur de droit international et directeur du département de droit international à l'Institut de hautes études internationales et du développement à Genève. Il a occupé des postes de professeur à la London School of Economics, à la Hertie School de Berlin et à l'Institut Barcelona d'Estudis Internacionals, ainsi que des postes de professeur invité aux facultés de droit de Harvard et de Columbia. Ses recherches

portent sur la structure juridique de la gouvernance mondiale et la politique du droit international. Son livre de 2010, *Beyond Constitutionalism : The Pluralist Structure of Postnational Law* (OUP), a reçu le certificat de mérite de la Société américaine de droit international et il a reçu en 2019 le prix Max Planck-Cambridge en droit international lors de la première édition.

Frédéric Mégret est professeur de droit et titulaire de la chaire Hans & Tamar Oppenheimer de droit international public à l'Université McGill de Montréal. Il est aussi co-directeur du Centre pour les droits de l'homme et le pluralisme juridique à l'Université McGill. Il était précédemment titulaire d'une chaire de recherche du Canada sur le droit relatif aux droits de l'homme et le pluralisme juridique à l'Université McGill, professeur adjoint à la faculté de droit de l'université de Toronto, Boulton fellow à l'université McGill et chargé de recherche adjoint à l'Institut universitaire européen de Florence. Il est co-éditeur de *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal* (Oxford University Press, 2020) et *The Oxford Handbook of International Criminal Law* (Oxford University Press, 2020). En novembre 2022, le professeur Mégret a reçu un doctorat honorifique de l'université de Copenhague en reconnaissance pour ses travaux en droit international.

Neus Torbisco Casals est professeur adjoint de droit et chargée de recherche principale au Centre Albert Hirschman sur la démocratie de l'Institut de hautes études internationales et du développement à Genève. Elle est également enseignante à l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains de Genève et professeur adjoint de droit à l'université Pompeu Fabra (Barcelone). Elle a occupé des postes d'enseignement et de recherche, notamment à la New York University Law School, au département de droit de la London School of Economics et à la Harvard Law School. Spécialiste des droits de l'homme, de la diversité culturelle et des revendications identitaires, ainsi que des droits des minorités et des peuples autochtones, elle est l'auteur de *Group Rights as Human Rights: A Liberal Approach to Multiculturalism* (Springer, 2006).

Chapitre 1

Introduction : Confiance mutuelle, droits fondamentaux et Cour de justice de l'Union européenne - L'affaire *Puig Gordi et autres* en contexte

Neus Torbisco Casals

Professeur adjoint de droit, Institut de hautes études internationales et du développement, Genève ; professeur associé de droit, Université Pompeu Fabra, Barcelone.

I. Introduction

En rendant l'arrêt *Lluís Puig Gordi et autres* du 31 janvier 2023 (ci-après, *Puig Gordi et autres*),¹ la Grande Chambre de la Cour de justice (CJUE) a franchi une étape importante vers la clarification du champ d'application et des limites de la confiance mutuelle entre les États membres dans le contexte de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ) de l'UE. L'arrêt a été déclenché par une demande de décision préjudicielle de la Cour suprême espagnole (*Tribunal Supremo*) dans le cadre de la procédure pénale engagée contre M. Puig Gordi et d'autres éminents dirigeants indépendantistes catalans, dont l'ancien président et actuel membre du Parlement européen, Carles Puigdemont i Casamajó, qui sont toujours en exil en Belgique à la suite du référendum d'autodétermination tenu en Catalogne le 1er octobre 2017.

Avant de demander la décision préjudicielle, la Cour suprême espagnole avait émis plusieurs mandats d'arrêt européens (ci-après MAE) et demandes d'extradition à l'encontre de Carles Puigdemont et d'autres membres importants du mouvement indépendantiste catalan en exil, dans le cadre d'un effort plus large visant à les faire juger pénalement à Madrid pour sédition et rébellion en raison de leur rôle dans l'organisation du référendum de 2017. Pourtant, plusieurs pays européens - dont l'Allemagne, la Belgique, le Royaume-Uni et l'Italie - avaient refusé d'exécuter les MAE, et la Suisse avait traité les demandes d'extradition comme étant liées à des délits politiques et ne leur avait pas donné suite. Les MAE n'ont pas abouti pour diverses raisons : pour des questions de forme, de problèmes de double incrimination ou d'immunités au sein du Parlement européen.² Le tribunal allemand a rejeté le MAE contre Carles Puigdemont relatif au délit de rébellion car pour des raisons de protection des droits fondamentaux, le droit allemand ne pouvait pas être interprété comme contenant une infraction pénale comparable pour les actes non violents commis par l'accusé.³ Les tribunaux belges se sont appuyés sur le manque de compétence de la Cour suprême espagnole pour l'un des accusés, Puig Gordi, et ont estimé que les tribunaux catalans étaient les autorités compétentes, soulevant ainsi des questions quant au droit fondamental d'être jugé « par un tribunal préalablement établi par la loi ».⁴ Les tribunaux belges se sont appuyés sur des conclusions antérieures du groupe de travail des Nations unies sur la détention arbitraire, qui avait estimé que la détention provisoire d'autres dirigeants indépendantistes constituait une violation des droits de l'homme internationaux, notamment de la liberté d'expression et de réunion,

1 CJUE, Arrêt du 31 janvier 2023, C-158/21, *Puig Gordi et autres*.

2 Voir Torbisco Casals et Krisch, chapitre 2 de ce volume.

3 Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Décision du 12 juillet 2018, 1 Ausl (A) 18/18 (20/18) .

4 Hof van Beroep de Brussel, Décision n° 2021/79, 7 janvier 2021. En ce qui concerne les demandes de remise des députés européens Carles Puigdemont, Toni Comín et Clara Ponsatí, les tribunaux belges n'ont pas donné suite en raison de leur immunité parlementaire.

ainsi que du droit à un procès équitable et à un tribunal compétent.⁵ Le groupe de travail, pour sa part, avait tenu compte de la décision allemande et des préoccupations soulevées plus tôt par le Rapporteur spécial des Nations unies sur le droit à la liberté d'opinion et d'expression, qui avait averti que « l'accusation de délit de rébellion pouvait être considérée comme excessive et donc incompatible avec les obligations de l'Espagne en vertu du droit international relatif aux droits de l'homme ».⁶

Les MAE ayant échoué, la Cour suprême espagnole a décidé de demander l'aide du Luxembourg et de demander à la CJUE de préciser s'il était admissible qu'un tribunal national refuse d'exécuter un MAE pour les motifs invoqués par les tribunaux belges. Étant donné que la CJUE insiste depuis longtemps sur la nécessité d'exécuter les mandats d'arrêt européens de manière quasi-automatique, sauf dans des circonstances très strictes, la Cour suprême espagnole espérait une validation de son approche. Elle a effectivement trouvé le soutien de l'avocat général de la CJUE mais la Cour elle-même a adopté une position différente. Tout en soulignant la nécessité pour les États membres de pratiquer la confiance mutuelle, elle a également ouvert la porte à une nouvelle exception plus large à l'exécution automatique des MAE - une exception axée sur les « défaillances affectant un groupe objectivement identifiable ». Sans le déclarer explicitement, il s'agissait clairement d'une réponse aux préoccupations particulières en matière de droits de l'homme soulevées dans ce cas précis concernant les membres du mouvement catalan d'autodétermination dans son ensemble.

Dans ce volume, nous explorons plus en détail l'arrêt lui-même et ses implications ainsi que le contexte dans lequel il doit être compris. Notre objectif est d'apporter un éclairage plus précis sur la notion de « défaillances affectant un groupe objectivement identifiable » en nous interrogeant à la fois sur son raisonnement et sur les types de défaillances présentes dans le contexte du conflit sur l'indépendance de la Catalogne au cours de la dernière décennie. Dans cette introduction, je commence cette exploration en situant l'arrêt *Puig Gordi et autres* dans l'évolution de la relation entre la confiance mutuelle et la protection des droits fondamentaux dans la coopération de l'UE sur les questions de sécurité et de justice (partie II). J'esquisse ensuite le contexte politique de l'affaire dans le conflit politique entre la Catalogne et l'Espagne depuis 2010, en mettant l'accent sur le référendum de 2017 sur l'indépendance et la réponse répressive de l'État espagnol, en particulier de son système judiciaire (partie III). Enfin, la partie IV présente une vue d'ensemble du reste du volume et des différentes contributions.

5 Groupe de travail des Nations unies sur la détention arbitraire, Avis n° 6/2019 concernant Jordi Cuixart I Navarro, Jordi Sánchez I Picanyol et Oriol Junqueras I Vies (Espagne), 13 juin 2019, UN Doc. A/HRC/WGAD/2019/6.

6 Ibid, paragraphes 115-116.

II. La confiance mutuelle et les droits fondamentaux dans l'évolution de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'UE

L'équilibre entre le principe de confiance mutuelle et la protection des droits fondamentaux est contentieux depuis les premiers jours de la coopération de l'UE en matière de justice et de sécurité. La CJUE a dû s'y confronter à plusieurs reprises au cours des deux dernières décennies, notamment sur des questions liées au régime d'asile européen commun et au système du MAE qui constituent la clé de voûte de la coopération de l'UE dans ce domaine.⁷

Établi par le traité d'Amsterdam en 1999, l'ELSJ était perçu comme une étape clé dans le processus d'intégration politique visant à assurer la libre circulation des personnes au sein de l'Union tout en offrant un niveau élevé de protection à travers la coopération judiciaire et policière et à des politiques communes en matière d'asile et d'immigration. Au tournant du siècle, la mutation des institutions européennes initiales résultant des révisions successives des traités avait déjà élargi le champ d'action de l'UE au-delà du domaine économique d'origine pour y inclure une dimension sociale. En particulier, le renforcement progressif des pouvoirs des institutions européennes s'était traduit par une implication croissante dans l'attribution et la redistribution des biens sociaux - non seulement la police et la sécurité commune mais aussi le contrôle de la sécurité alimentaire, du tourisme et de l'immigration, des risques environnementaux, de la lutte contre le racisme et la xénophobie, de la politique étrangère, etc. Cette dimension sociale a joué un rôle essentiel dans la réalisation de l'objectif visant à « créer une union toujours plus étroite entre les peuples de l'Europe », tel que proclamé dans le traité de Maastricht de 1992, qui a remplacé l'ancienne dénomination de « Communauté économique européenne » par « Union européenne », en vue d'affirmer son identité politique distincte sur la scène internationale. La suprématie du droit communautaire, son effet immédiat sur la juridiction des États membres mais aussi la nécessité de protéger les droits fondamentaux et la consolidation croissante de la position constitutionnelle de la CJUE - qui a assumé une compétence large, y compris en matière de sécurité et de droit pénal - sont largement reconnus comme étant décisifs dans le processus européen d'intégration supranationale.

⁷ Voir, en général, Ermioni Xanthopoulou, *Fundamental Rights and Mutual Trust in the Area of Freedom, Security and Justice : A Role for Proportionality?* (Bloomsbury Publishing 2020).

Le MAE est supposé être l'instrument juridique le plus important développé dans le cadre de l'ELJS, le fleuron du cadre institutionnel et juridique complexe dans le domaine de la justice et des affaires intérieures de l'UE (JAI), qui faisait initialement partie du « troisième pilier » du traité de Maastricht (1992). Avec la création d'agences juridiques telles qu'Eurojust (plate-forme de coordination et d'échange d'informations entre les procureurs) et la création du Parquet européen (chargé d'enquêter, de poursuivre et de traduire en justice les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'UE), il est considéré comme point culminant du triomphe de la « méthode communautaire » en matière de police et de droit pénal.⁸

Le renforcement de la coopération judiciaire en matière pénale était à l'ordre du jour tout au long des années 1990 mais il est devenu une priorité politique particulière après le 11 septembre. Le MAE a été adopté en juillet 2002 par le biais de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre les États membres de l'UE (ci-après, la « décision-cadre »), qui est entrée en vigueur dans tous les États membres en 2004.⁹ Son objectif principal était de faciliter l'application efficace de la loi au niveau transfrontalier en simplifiant l'arrestation et le transfert de suspects (ou de personnes déjà condamnées) afin de mener des poursuites pénales ou exécuter d'une décision de placement en détention ou d'une peine privative de liberté. Cette procédure de remise simplifiée a remplacé les anciennes procédures d'extradition compliquées qui supposaient des charges bureaucratiques et politiques considérables. Contrairement au système traditionnel, un MAE est délivré par l'autorité judiciaire d'un État membre et doit être traité en urgence par les autorités judiciaires - et non politiques - de l'État membre requis. Pour les infractions principales énumérées dans la décision-cadre, il ordonne normalement l'exécution sans examen plus approfondi de l'affaire sous-jacente.

Cependant, dès le départ, l'une des principales préoccupations liées à la forme expéditive voire presque automatique du mode de fonctionnement du MAE était son impact potentiel sur les droits fondamentaux des personnes concernées. Initialement, ce risque était censé être atténué par la présomption générale de confiance entre les quinze États membres de l'époque, présomption essentielle pour le bon fonctionnement du système et qui constitue la base du renforcement de la coopération en matière pénale et de sécurité. La confiance est généralement conçue en termes normatifs comme un impératif *contraignant* intégré dans le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires. Il s'agit d'une conception exigeante qui dépasse la sphère judiciaire et imprègne les débats fondamentaux sur l'identité de l'UE en tant qu'entité politique supranationale dont

8 Steve Peers, « EU Criminal Law and Police Cooperation » dans Paul Craig et Gráinne de Búrca (eds), *The Evolution of EU Law* (Oxford University Press 2021) 757.

9 Décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, Journal officiel L 190, 18/07/2002 P. 0001. Pour plus de détails sur la création et l'évolution de la décision-cadre, voir aussi Torbisco Casals et Krisch, chapitre 2 de ce volume.

la légitimité et l'autorité découlent du fait que ses membres partagent une éthique et des valeurs politiques démocratiques, notamment le respect des droits de l'homme et de l'État de droit. Par conséquent, en principe, cette présomption de confiance impose des contraintes significatives sur le degré d'examen que les autorités judiciaires peuvent appliquer lorsqu'elles reçoivent un MAE.

Sur la base de cette idée de confiance, la décision-cadre de l'UE établissant le MAE visait à créer un mécanisme simplifié de coopération pour la remise de criminels suspectés ou condamnés, qui reposait sur le principe de la reconnaissance mutuelle et sur « le degré de confiance élevé qui devrait exister entre les États membres ».¹⁰ Il y a vingt ans, l'accent était mis sur la suppression des obstacles à la coopération judiciaire en matière pénale et de sécurité, dans le cadre d'un modèle d'intégration supranationale soucieux de faciliter le processus d'intégration et de favoriser son efficacité. Bien que les considérations relatives aux droits de l'homme n'aient pas été totalement omises, elles ont certainement eu une importance marginale dans la conception initiale du système de MAE. Le principe directeur était que les MAE devaient être automatiquement exécutés et que les autorités judiciaires étaient autorisées uniquement dans des circonstances très exceptionnelles à vérifier les motifs de l'émission du mandat ou à enquêter plus en détails sur le fond de l'affaire.

Toutefois, l'optimisme initial quant aux formes automatiques de coopération fondées sur la confiance mutuelle s'est progressivement estompé. D'une part, l'attribution plus large des compétences de l'UE, qui a conduit à une intensification de la coopération entre les États membres dans des domaines tels que le droit pénal, a augmenté le potentiel d'abus de confiance et a posé des risques pour les droits fondamentaux, d'où la nécessité de renforcer les contrôles. D'autre part, l'évolution vers une approche plus prudente de la confiance (c'est-à-dire moins aveugle et automatiquement contraignante, et plus rationalisée ou réfléchie) est associée à l'évolution du paysage politique européen au cours de la dernière décennie. Plus précisément, l'émergence de mouvements autoritaires populistes a remis en question les opinions consolidées des droits de l'homme, de la démocratie et de l'État de droit qui étaient à la base du processus d'intégration politique en Europe. Un tel recul augmente le risque de défaillances systémiques ou de déficiences nationales majeures dans les garanties des droits fondamentaux, modérant ainsi l'optimisme antérieur vis-à-vis des formes automatiques de coopération et de conformité judiciaires - un optimisme basé sur un modèle idéalisé d'intégration supranationale qui présuppose des engagements démocratiques solides tels que des efforts pour « prendre les droits au sérieux », pour paraphraser le titre du livre du célèbre philosophe juridique et politique américain, Ronald Dworkin.¹¹

10 CJUE, Arrêt du 29 janvier 2013, C-396/11, *Radu*.

11 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press 1977).

Dans ce contexte, l'arrêt *Puig Gordi et autres* traduit un changement de perspective important, qui couronne les efforts d'interprétation antérieurs visant à trouver un meilleur équilibre entre la confiance mutuelle et la protection des droits fondamentaux. En effet, comme expliqué dans le chapitre 2, la pression s'est accrue au fil du temps pour permettre aux autorités judiciaires des États membres d'appliquer un degré d'examen plus élevé, considéré comme nécessaire pour lutter contre les schémas d'abus du système. Bien qu'elle ait continué à insister sur l'importance de la reconnaissance mutuelle entre les États membres, la CJUE a progressivement ouvert la porte à des exceptions à ce principe (et donc à une forme contraignante de confiance). Elle a notamment accepté en 2016 le refus d'un mandat d'arrêt par un juge national dans les cas où des défaillances « systémiques » ou « généralisées » dans la protection des droits fondamentaux existaient (dans l'État membre requérant) si ces défaillances pouvaient affecter directement l'individu concerné.¹²

Cependant, l'affaire catalane portée devant la CJUE en mars 2021 a posé une difficulté différente. Issues du conflit politique autour du droit à l'autodétermination et du référendum sur l'indépendance, les affaires sous-jacentes n'étaient pas liées à des défaillances systémiques ou généralisées affectant le système judiciaire espagnol dans son ensemble. Au contraire, les préoccupations relatives aux droits fondamentaux issues de ce conflit étaient étroitement circonscrites - elles n'affectaient qu'un groupe particulier et clairement défini d'individus, à savoir les membres du mouvement politique catalan en faveur de l'indépendance. À cet égard, plusieurs organismes internationaux (notamment le groupe de travail des Nations unies sur les détentions arbitraires et le comité des droits de l'homme des Nations unies) ont constaté des violations des libertés d'expression et de réunion, des droits politiques et des droits à une procédure régulière à l'encontre des membres de ce groupe spécifique.¹³

À première vue, l'argumentation judiciaire dans l'affaire *Puig Gordi et autres* soutient formellement la règle de l'exécution automatique et de la reconnaissance mutuelle (reprenant ainsi le raisonnement du régime du MAE). Cependant, la CJUE va au-delà des exceptions précédemment reconnues liées aux « défaillances systémiques » et, s'appuyant sur un passage de sa jurisprudence auparavant pratiquement sans pertinence, crée une nouvelle catégorie d'exceptions à la confiance réciproque relative aux « défaillances affectant un groupe de personnes objectivement identifiables auquel appartient la personne concernée ».¹⁴ Par conséquent, les autorités judiciaires d'exécution pourraient également refuser l'exécution d'un MAE si elles estiment que l'individu concerné « courra un risque réel de violation du droit fondamental » en question, en raison de son appartenance concrète à ces « groupes identifiables » - une exception qui pourrait

12 CJUE, Arrêt du 5 avril 2016, affaires C-404/15 et C-659/15 PPU, *Aranyosi et Căldăraru*

13 Voir Torbisco Casals et Krisch, chapitre 2 de ce volume ; également Krisch, chapitre 5 de ce volume.

14 CJUE, *Puig Gordi et autres*, n° 1 ci-dessus.

être perçue comme faisant écho au passage du préambule de la décision-cadre qui fait référence aux poursuites discriminatoires.¹⁵

En bref : cette nouvelle catégorie juridique, conceptuellement différente et potentiellement plus large que celle précédemment acceptée des « défaillances systémiques », sera probablement cruciale pour le fonctionnement du système du MAE à l'avenir. Même s'il y aura peu d'États membres présentant des défaillances systémiques concernant l'État membre dans son ensemble, il y aura probablement un plus grand nombre de cas présentant des défaillances liées à des groupes vulnérables ou non dominants particuliers, qu'ils soient politiques, sociaux, ethniques ou linguistiques. En ce qui concerne l'Espagne, qui a connu récemment des problèmes particulièrement graves en matière de droits de l'homme dans le contexte catalan, la CJUE a ouvert la porte aux tribunaux nationaux pour qu'ils accordent une attention particulière aux risques en matière de droits de l'homme liés au groupe ou aux défaillances de l'État de droit.

III. Contexte politique : référendum sur l'indépendance de la Catalogne et crise constitutionnelle en Espagne

Le tournant jurisprudentiel dans l'affaire *Puig Gordi et autres* ne peut être correctement compris que dans le contexte du conflit politique entre la Catalogne et l'Espagne et des luttes pour l'autodétermination qui ont culminé lors du référendum sur l'indépendance de 2017 et de la criminalisation qui s'en est suivie.¹⁶

15 Décision-cadre, n° 9 ci-dessus, préambule, paragraphe 12.

16 Pour des comptes rendus plus détaillés du contexte et des événements qui ont suivi le référendum sur l'indépendance, voir Peter A Kraus et Joan Verges Gifra (eds), *The Catalan Process: Sovereignty, Self-Determination and Democracy in the 21st Century* (Generalitat de Catalunya - Institut d'Estudis de l'Autogovern 2017); Óscar García Agustín, *Catalan Independence and the Crisis of Sovereignty* (Springer Nature 2020).

Le 1er octobre 2017, la Catalogne a tenu un référendum sur l'indépendance, qui a été déclaré illégal par la Cour constitutionnelle espagnole et a marqué le point culminant d'un processus complexe et politiquement chargé de plus d'une décennie - un processus qui trouve ses racines dans des griefs historiques profondément ancrés sur des questions culturelles et économiques, notamment les droits linguistiques, l'équité redistributive et la reconnaissance de l'identité dans le cadre de revendications de souveraineté plus larges qui remontent à l'époque pré-constitutionnelle. En dépit de son illégalité proclamée, et même face aux sévères contre-mesures des tribunaux et du gouvernement espagnols, le gouvernement régional de Catalogne dirigé par le président Carles Puigdemont a décidé d'aller de l'avant avec le vote, soutenu par une forte majorité de représentants au Parlement catalan et par les deux principales associations de la société civile (*Assemblea Nacional Catalana* et *Òmnium Cultural*). Ces deux ONG ont joué un rôle clé dans la mobilisation de la société et l'organisation de manifestations de masse qui ont modifié l'opinion politique des principaux partis politiques catalans (conservateurs et progressistes) depuis juillet 2010, lorsque la Cour constitutionnelle espagnole a rendu un arrêt déclarant quatorze articles du statut d'autonomie catalan - l'équivalent d'une constitution régionale - inconstitutionnels et ordonnant une interprétation restrictive de vingt-sept autres articles.¹⁷ Le 10 juillet 2010, après que la décision de la Cour constitutionnelle espagnole ait été rendue publique, *Òmnium Cultural* et d'autres associations de la société civile ont organisé une manifestation de masse pour protester contre cette décision. Plus d'un million de personnes y ont participé et ont défilé pacifiquement dans les rues de Barcelone en brandissant le slogan : « Nous sommes une nation. Nous décidons. » Comme l'a rapporté la presse internationale et locale, il s'agissait de la plus grande protestation organisée en Espagne depuis la transition vers la démocratie, avec le soutien des principaux syndicats et partis politiques représentés au Parlement catalan.

La constitutionnalité du « Statut catalan » - adopté par le Parlement catalan avec le soutien d'une large majorité en 2005, approuvé par le Parlement espagnol et ratifié par les électeurs catalans lors d'un référendum en 2006 - était contestée par le *Partido Popular*, l'un des deux principaux partis d'Espagne, bien qu'il soit peu représenté en Catalogne. La décision de la Cour constitutionnelle a donc été largement perçue en Catalogne comme une ingérence politiquement motivée et un affront à la volonté du peuple catalan et à son droit légitime à l'autonomie. Elle a déclenché des protestations de masse et des marches civiles au cours des années suivantes, au cours desquelles le mécontentement social a augmenté en Catalogne en réaction à ce qui était perçu comme une politique centrale arrogante de Madrid et la négligence des revendications historiques d'autonomie, y compris les droits culturels et linguistiques, la souveraineté fiscale (pour corriger une situation systémique de déficit économique) et la reconnaissance officielle de la Catalogne en tant que nation. Une association des municipalités pour l'indépendance (AMI) a été créée en Catalogne, rassemblant 780 des quelque 1 000 municipalités locales dans le but de défendre le droit

17 Tribunal Constitucional, Arrêt 31/2010 du 28 juin 2010.

à l'autodétermination. Une série de référendums symboliques - non contraignants et non officiels - ou de *consultations* populaires (« votes populaires ») sur l'indépendance ont été organisés dans les municipalités de Catalogne entre 2009 et 2011.

Dans l'ensemble, ce processus social a eu un impact politique profond, canalisant les événements politiques qui constituent la toile de fond de l'arrêt de la CJUE dans l'affaire *Puig Gordi et autres*. En réponse au mécontentement social croissant et à une manifestation de masse en 2012, Artur Mas, alors président de la Catalogne, a convoqué des élections anticipées le 25 novembre 2012. Au début de l'année, Artur Mas avait tenté d'obtenir le soutien du gouvernement espagnol à Madrid concernant une proposition de réforme fiscale mais le président du gouvernement espagnol, Mariano Rajoy, avait rejeté son initiative et refusé systématiquement de s'engager dans un dialogue constructif visant à résoudre la crise politique en Catalogne. Les élections ont abouti à une nette majorité en faveur des partis indépendantistes et le Parlement de Catalogne nouvellement constitué a décidé qu'une consultation publique sur l'indépendance aurait lieu au cours de la législature suivante. Lors de sa première séance en janvier 2013, il a approuvé une *Déclaration de souveraineté et du droit à décider du peuple catalan*. Selon la déclaration, « le peuple catalan a, pour des raisons de légitimité démocratique, la nature d'un sujet politique et juridique souverain », et le peuple avait le droit de décider de son propre avenir politique.¹⁸ La déclaration a été adoptée par 85 voix pour, 41 contre et 2 abstentions.

Cependant, le Partido Popular, le parti politique au pouvoir en Espagne, avec toutefois une représentation minoritaire au Parlement catalan, a saisi la Cour constitutionnelle au sujet de la *Déclaration de souveraineté*. Dans son arrêt de mars 2014, la Cour constitutionnelle a déclaré inconstitutionnel l'article 1 de la *Déclaration de souveraineté*, qui stipule que « la Catalogne est une nation ».¹⁹ Elle a toutefois admis l'existence d'un « droit à décider » découlant du principe de pluralisme démocratique. Si ce droit n'implique pas le droit unilatéral d'organiser un référendum d'autodétermination, il permet des initiatives de réforme constitutionnelle. L'arrêt reflète les objectifs ambigus et contradictoires de la Constitution : d'une part, préserver l'Espagne en tant qu'« unité indissoluble de la nation espagnole, patrie commune et indivisible de tous les Espagnols » et de l'autre, son intention de « reconnaître et garantir le droit à l'autonomie des nationalités et des régions qui la composent et [de permettre] la solidarité entre toutes elles ».²⁰

Le 19 septembre 2014, le Parlement catalan a adopté à une large majorité (106 voix sur 135) une loi réglementant les consultations publiques, cependant, plus tard ce même mois, le

18 Resolució 5/X del Parlament de Catalunya, per la qual s'aprova la Declaració de sobirania i del dret a decidir del poble de Catalunya Tram. 250-00059/10 i 250-00060/10, disponible à l'adresse suivante <https://www.parlament.cat/document/intrade/7094/>.

19 Tribunal Constitucional, Arrêt 42/2014 du 25 mars 2014.

20 Article 2 de la Constitution espagnole.

gouvernement espagnol a déposé un recours en inconstitutionnalité contre cette loi. La Cour constitutionnelle s'est réunie en session extraordinaire le même jour. Elle a admis le recours et a suspendu les préceptes de la législation catalane qui étaient contestés.²¹ À la suite de la décision de la Cour constitutionnelle et à d'autres obstacles à la mise en œuvre de l'annonce officielle d'une consultation, le président du gouvernement catalan, Artur Mas, a annoncé un « processus de participation citoyenne » à travers une consultation publique supervisée par des bénévoles avec des effets purement symboliques. Artur Mas avait déjà tenté de négocier un référendum avec le gouvernement espagnol, mais sans succès.

La consultation (« consulta popular ») a eu lieu le 9 novembre 2014. La première question était la suivante : « Voulez-vous que la Catalogne devienne un État ? » En cas de réponse affirmative, la deuxième question était la suivante : « Voulez-vous que cet État soit indépendant ? ». La seconde question visait à proposer une réforme fédérale de la Constitution espagnole, qui pouvait offrir une résolution politique au conflit. Le taux de participation n'a été que de 37 %, la consultation n'ayant pas du tout été perçue comme contraignante mais plus de 80 % des votants, soit 1,9 million de personnes, ont voté en faveur de la pleine souveraineté.²² la Cour constitutionnelle a déclaré le vote illégal²³ et Artur Mas et certains de ses ministres ont fait l'objet de poursuites pénales en rapport avec la consultation non contraignante au motif qu'elle défiait la décision de la Cour constitutionnelle espagnole et exprimait un mépris. En mars 2017, le Tribunal supérieur de justice de Catalogne l'a condamné, ainsi que deux autres membres de son gouvernement, pour outrage criminel, et un troisième ancien ministre, qui était alors membre du Parlement espagnol, a été démis de ses fonctions. La Cour leur a infligé de lourdes amendes et les a déchu de leurs fonctions publiques pendant de longues périodes.²⁴ Bien que plusieurs fonctionnaires catalans aient été disculpés d'accusations telles que de détournement de fonds publics, la Cour des comptes espagnole a par la suite entamé une procédure visant à récupérer les coûts de la consultation - environ 5 millions d'euros - auprès des fonctionnaires condamnés.²⁵

La nouvelle tentative du gouvernement espagnol de criminaliser le mouvement d'indépendance a marqué un tournant décisif, avec le durcissement de sa stratégie politique qui consistait à impliquer tous les organes du pouvoir de l'État, y compris les

21 Tribunal Constitucional, Ordonnance du 29 septembre 2014, *Recurso de inconstitucionalidad n.º 5829-2014*.

22 Voir Fernando J. Pérez et Pere Ríos, « 1,8 millones de personas votan por la independencia catalana en el 9-N », *El País*, 10 novembre 2014.

23 Tribunal Constitucional, Arrêt 32/2015 du 25 février 2015.

24 Voir Raphael Minder, « Artur Mas, Former Catalan Leader, Is Barred From Holding Office », *The New York Times*, 13 mars 2017.

25 Voir Carlota Guindal, « Artur Mas y tres exconsellers, condenados a pagar 4,9 millones por la consulta del 9-N », *La Vanguardia*, 12 novembre 2018.

autorités législatives, exécutives et judiciaires nationales et la monarchie elle-même. En juillet 2015, une coalition indépendantiste catalane dirigée par Artur Mas a annoncé qu'elle chercherait à obtenir l'indépendance par des moyens politiques, étant donné l'impossibilité de négocier avec l'Espagne, si elle remportait de nouvelles élections anticipées prévues le 27 septembre 2015, qui ont donc été transformées en plébiscite. Les partis nationalistes catalans ont inclus l'objectif d'une indépendance totale dans leurs programmes électoraux. Le Parlement espagnol a ensuite adopté une loi qui conférerait des pouvoirs sans précédent à la Cour constitutionnelle pour faire appliquer ses décisions. Cette réforme juridique visait à déjouer une éventuelle victoire des indépendantistes et à politiser davantage le rôle de la Cour constitutionnelle. Elle a ensuite été critiquée par la Commission de Venise du Conseil de l'Europe au motif qu'elle nuisait à la neutralité de la Cour constitutionnelle.²⁶

Les partis indépendantistes, *Junts pel Sí* (Ensemble pour le oui) et CUP (Candidature d'unité populaire), ont obtenu la majorité aux élections. Le parti populaire de Mariano Rajoy - majoritaire en Espagne - n'a remporté que 11 sièges sur 135 en Catalogne. Le 9 novembre 2015, le nouveau Parlement catalan a adopté une résolution déclarant le début du *procès* d'indépendance. En réponse, le gouvernement espagnol a déclaré qu'il pourrait utiliser tous les mécanismes judiciaires et politiques à sa disposition, prévus par la constitution et la loi, pour défendre la souveraineté du peuple espagnol et l'intérêt général de l'Espagne.

Après de longues négociations pour former un gouvernement, Artur Mas a démissionné et a été remplacé par Carles Puigdemont au poste de président. En septembre 2016, il a obtenu un vote de confiance du Parlement en annonçant qu'un référendum contraignant sur l'indépendance se tiendrait au second semestre 2017. Carles Puigdemont a réaffirmé sa volonté de rechercher un accord sur le référendum avec le gouvernement espagnol lors d'une réunion à Madrid en janvier 2017 mais sa proposition a été rapidement rejetée par Mariano Rajoy. En juin 2017, le président catalan a annoncé que le référendum se tiendrait le 1er octobre et que la question serait la suivante : « Voulez-vous que la Catalogne devienne un État indépendant sous la forme d'une république ? » Le gouvernement espagnol a répondu qu'un référendum serait illégal et qu'il serait empêché.

Début septembre 2017, le Parlement catalan a adopté une loi autorisant officiellement le référendum et promulguant une « Loi de transition » afin de fournir un cadre juridique en attendant l'adoption d'une constitution catalane dans le cas où la majorité des citoyens voterait en faveur de l'indépendance.²⁷ La loi sur le référendum était explicitement fondée

26 Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Avis 827/2015 sur la loi du 16 octobre 2015 portant modification de la loi organique n° 2/1979 sur la Cour constitutionnelle, 13 mars 2017.

27 Parliament of Catalonia, Llei no. 20/2017 de transitorietat jurídica i fundacional de la República, 8 septembre 2017.

sur l'article 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), qui devait avoir un effet direct dans l'ordre juridique espagnol en vertu des articles 10 et 96 de la Constitution espagnole. Le 12 septembre, la Cour constitutionnelle a suspendu la loi (pendant la période au cours de laquelle elle a examiné un recours du gouvernement espagnol) ; la loi a finalement été déclarée non valide par la Cour constitutionnelle après la tenue du référendum.²⁸

Comme chacun sait, le référendum catalan a eu lieu malgré l'ordre de suspension de la Cour constitutionnelle espagnole. Afin de réprimer le référendum, le gouvernement espagnol a mis en œuvre une grande opération de police (opération Anubis). Son but était d'enquêter et de perturber l'organisation du référendum et finalement d'arrêter les responsables catalans, y compris (en particulier) le président. Dans le cadre de cette opération, le gouvernement espagnol a ordonné à la police de saisir les bulletins de vote et les téléphones portables, a menacé d'infliger de lourdes amendes (jusqu'à 300 000 €) aux personnes qui tiendraient des bureaux de vote, a fermé des sites web et a exigé que Google retire un outil de recherche de lieux de vote de l'App Store Android. La police a été envoyée d'autres régions espagnoles pour réprimer le vote et fermer les bureaux de vote. Le 20 septembre 2017, quatorze fonctionnaires du gouvernement catalan ont été arrêtés par la police espagnole pour avoir été soupçonnés d'organiser le référendum et près de 10 millions de bulletins de vote destinés au scrutin ont été saisis. Ces détentions ont entraîné des rassemblements pacifiques spontanés dans toute la Catalogne, dont la plus importante, à Barcelone, a rassemblé environ 40 000 personnes devant le ministère de l'économie. Estimant qu'il s'agissait d'un soulèvement tumultueux, le parquet a décidé d'engager des poursuites pénales pour sédition devant l'*Audiencia Nacional* (tribunal spécial de Madrid compétent pour les délits exceptionnellement graves, tels que le terrorisme ou le génocide) à l'encontre d'un nombre indéterminé de manifestants et des présidents des ONG catalanes en faveur de l'auto-détermination, *Òmnium Cultural* et *Assemblea Nacional Catalana*. En réponse, le gouvernement catalan a appelé les citoyens à se comporter de manière pacifique et responsable et à ignorer les « provocations de ceux qui souhaitent empêcher le vote ».

Le référendum a finalement eu lieu le 1er octobre 2017, malgré sa suspension par la Cour constitutionnelle et l'opération violente menée par les forces de police paramilitaires espagnoles comprenant environ 6 000 agents.²⁹ Les citoyens se sont organisés via les réseaux sociaux et, le week-end du référendum, ont occupé les écoles où se trouvaient les bureaux de vote afin de pouvoir les garder ouverts pour le scrutin. À la suite de la force employée par la police, environ 900 personnes ont été blessées et des organisateurs d'élections ont été arrêtés. Les journalistes internationaux ont qualifié les raids d'assauts policiers disproportionnés ; beaucoup ont suggéré que la réaction du gouvernement

28 Tribunal Constitucional, Arrêt 124/2017 du 8 novembre 2017.

29 Voir Sam Jones et Stephen Burgen, « Catalan referendum : preliminary results show 90% in favour of independence », *The Guardian*, 2 octobre 2017.

de Madrid était semblable à celle de l'époque de la dictature franquiste et le maire de Barcelone a qualifié les descentes de « scandale démocratique ». Des protestations et des manifestations de masse ont eu lieu en Catalogne à la suite du référendum. Alors que les tensions augmentaient autour de la Catalogne, le roi Felipe VI a prononcé un discours télévisé à la nation le 3 octobre 2017, dans lequel il a accusé les autorités catalanes de manque de loyauté envers l'État. Il a qualifié d'« inacceptable » la montée indépendantiste qui, selon lui, visait à briser l'ordre constitutionnel. Le roi n'a fait aucune référence aux violences policières du 1er octobre et son discours a été accueilli avec beaucoup d'animosité par de nombreux citoyens de Catalogne.

À la lumière du résultat du référendum - 92 % des électeurs se sont prononcés en faveur de l'indépendance, avec un taux de participation de 43 % - le Parlement catalan et Carles Puigdemont ont invité le gouvernement espagnol à négocier afin de parvenir à une résolution pacifique de la crise constitutionnelle et d'accepter une médiation internationale. Le gouvernement espagnol a rejeté ces appels. En conséquence, le Parlement catalan a déclaré l'indépendance le 27 octobre 2017 et a été immédiatement dissous par le gouvernement espagnol, qui a imposé l'autorité directe en vertu de l'article 155 de la Constitution après avoir obtenu l'approbation du Sénat.³⁰ Le gouvernement de Madrid a également destitué le gouvernement catalan de Barcelone (y compris son président, Carles Puigdemont) et a convoqué des élections régionales le 21 décembre 2017. Le 30 octobre 2017, le procureur général espagnol a porté des accusations de rébellion, sédition et détournement de fonds publics devant l'*Audiencia Nacional* contre Carles Puigdemont et d'autres hommes politiques « sécessionnistes ». Une plainte antérieure avait été déposée avec des accusations similaires devant le Tribunal supérieur de justice de Catalogne, la seule juridiction compétente pour examiner ces affaires. Le même jour, Carles Puigdemont et cinq autres ministres catalans se sont exilés en Belgique.³¹

La criminalisation du référendum sur l'indépendance et du militantisme le soutenant s'est accélérée rapidement après le 1er octobre 2017. Les accusations portées contre les deux dirigeants de la société civile, Jordi Cuixart et Jordi Sánchez, à la suite des manifestations de septembre, ont conduit à leur détention à la mi-octobre. Début novembre, la plupart des membres du gouvernement régional catalan restés en Espagne ont également été placés en détention provisoire.

Malgré la situation extrême des dirigeants politiques indépendantistes (certains en prison et d'autres en exil), leurs partis indépendantistes ont remporté une nouvelle victoire lors des élections du 21 décembre. Cependant, leurs efforts pour élire un

30 Voir Raphael Minder et Patrick Kingsley, « Spain Dismisses Catalonia Government After Region Declares Independence », *The New York Times*, 27 octobre 2017.

31 Voir BBC, « Catalan independence : Carles Puigdemont in Belgium, lawyer says », 31 October 2017, disponible à l'adresse suivante <https://www.bbc.com/news/world-europe-41811649>.

président régional ont été déjoués par les procédures pénales.³² La Cour constitutionnelle espagnole a interdit au Parlement d'élire Carles Puigdemont - bien qu'il ait remporté l'élection en faisant campagne depuis Bruxelles - au motif qu'il devait être physiquement présent à la session électorale, une exigence nouvellement introduite par la Cour. Carles Puigdemont étant en exil et risquant d'être immédiatement arrêté dès son entrée en Espagne, cette présence était illusoire. L'exigence de présence physique au Parlement a également fait échouer une tentative d'élection de Jordi Sànchez, qui s'est vu rejeter sa demande de libération de détention provisoire pour assister à la session électorale, même après que le Comité des droits de l'homme des Nations unies a émis une ordonnance de mesures provisoires en faveur de ce dernier. La tentative d'élection suivante a également été déjouée par la décision du juge d'instruction de placer le troisième candidat, Jordi Turull, en détention provisoire la veille du vote décisif au Parlement catalan.

Jusqu'à la fin mars 2018, vingt-six dirigeants indépendantistes ont été accusés de rébellion et d'autres délits graves par la Cour suprême espagnole, qui s'était saisie des affaires. Neuf d'entre eux étaient en détention provisoire et sept en exil en Belgique, au Royaume-Uni et en Suisse. Le juge d'instruction de la Cour suprême espagnole a émis des mandats d'arrêt européens et des demandes d'extradition à l'encontre de ces derniers afin de les traduire en justice à Madrid. Après quelques frustrations initiales, dont le retrait des premiers MAE, ces mesures ont conduit à l'arrestation le 25 mars 2018 de Carles Puigdemont alors qu'il traversait l'Allemagne. Comme indiqué au début du chapitre, le tribunal allemand a toutefois rejeté le mandat d'arrêt pour le délit de rébellion, tout comme les tribunaux belges pour d'autres personnes poursuivies en 2018, puis à nouveau dans l'affaire contre Puig Gordi en 2020 et 2021. Les tribunaux écossais n'ont pas pris de mesures en réponse aux mandats dans un premier temps et les ont rejetés ensuite en raison des immunités du Parlement européen. Ces affaires, qui constituent le contexte immédiat de l'arrêt de la CJUE, sont examinées plus en détail dans le chapitre 2.³³

À la suite des accusations de rébellion, les accusés qui avaient été élus au Parlement catalan et au Sénat espagnol ont été suspendus de l'exercice de leurs droits et devoirs parlementaires. Les autorités espagnoles n'ont pas inclus dans la liste des nouveaux membres deux des accusés, Carles Puigdemont et Oriol Junqueras, qui avaient été élus au Parlement européen en 2019, car ils ne s'étaient pas présentés (étant en prison et en exil) à Madrid pour prêter serment à la Constitution espagnole.³⁴ La détention provisoire s'est poursuivie malgré la conclusion du groupe de travail des Nations unies sur la détention arbitraire - mentionnée au début - selon laquelle cette détention était arbitraire et illégale en vertu du droit international relatif aux droits de l'homme.³⁵

32 Sur ce point, voir Krisch, chapitre 5 de ce volume.

33 Voir Torbisco Casals et Krisch, chapitre 2 de ce volume.

34 Voir Krisch, chapitre 5 de ce volume.

35 Voir ci-dessus et Torbisco Casals et Krisch, chapitre 2 de ce volume.

La Cour suprême espagnole a tenu le principal procès des dirigeants indépendantistes de février à juin 2019. En octobre 2019, douze accusés - huit ministres du gouvernement régional, le président du Parlement catalan ainsi que les deux dirigeants des ONG - ont été reconnus coupables de délits de sédition, détournement de fonds publics et désobéissance et ont été condamnés à des peines allant jusqu'à treize ans de prison, soit un total de 99 ans d'incarcération.³⁶

Ce n'est qu'en juin 2021 et après d'intenses critiques internationales, notamment de la part de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe³⁷, que les neuf condamnés restés en prison - et ce depuis plus de trois ans - ont finalement été graciés (partiellement et sous conditions) par le premier ministre espagnol.³⁸ Une réforme du code pénal espagnol fin 2022 abolissant le délit de sédition (tout en introduisant un nouveau délit de troubles publics aggravés), a conduit à la conversion de certaines des peines, bien que pour certains des accusés, des parties importantes de leur peine - en particulier la déchéances des fonctions publiques pendant jusqu'à treize ans - aient été maintenues.³⁹

Entre-temps, la criminalisation des actes liés au référendum n'a pas cessé. L'organisation de la société civile Omnium Cultural estime que 1 460 personnes ont fait l'objet de poursuites et de procès - dont certains sont toujours en cours - et que 1 200 personnes ont été soumises à des procédures administratives et comptables.⁴⁰ De même, les autorités espagnoles ont eu recours à la surveillance physique et technologique contre les membres du mouvement indépendantiste - y compris le logiciel Pegasus contre les hommes politiques catalans, les militants de la société civile et les avocats, ce qui a abouti au scandale dit du *Catalangate* en 2022. Cette surveillance sera examinée plus en détail dans le chapitre 4.⁴¹

La criminalisation a également visé les protestations contre le procès et le verdict final, et certains groupes de manifestants ont été accusés de terrorisme. En novembre 2023, un juge d'instruction de l'*Audiencia Nacional* a ouvert des enquêtes pour suspicion de terrorisme contre des acteurs supposés du Tsunami démocratique, le mouvement populaire qui avait mobilisé des milliers de personnes pour protester contre les condamnations pénales fin 2019, notamment en bloquant certaines routes. Carles Puigdemont et onze autres dirigeants politiques, de la société civile et du monde des affaires, ainsi que des

36 Tribunal Supremo, Arrêt n° 459/2019 du 14 octobre 2019.

37 Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 2381 (2021), 21 juin 2021.

38 Voir Carlos E. Cué, « El Gobierno aprueba los indultos parciales y condicionados a los presos del 'procés' « para abrir un nuevo tiempo de diálogo » », *El País*, 22 juin 2021.

39 Voir José María Brunet, « El Supremo mantiene la inhabilitación de Junqueras hasta 2031 pese a la reforma de la malversación », *El País*, 13 février 2023.

40 Voir Omnium Cultural, *L'Antirepressiva : Map of the Violation of Civil and Political Rights in Catalonia*, disponible à l'adresse suivante <https://antirepressiva.omnium.cat/en/>.

41 Voir Mégrét, chapitre 4 de ce volume.

journalistes, figuraient parmi les personnes faisant l'objet de l'enquête.⁴² De nombreux groupes de défense des droits de l'homme, dont Amnesty International, n'ont pas tardé à condamner ces accusations qui qualifiaient de manière injustifiée les manifestations pacifiques de terrorisme.⁴³ Nombreux sont ceux qui ont interprété cette action judiciaire - et d'autres - comme une tentative de contrer les négociations en cours sur une loi d'amnistie à l'automne 2023.

La loi d'amnistie, qui doit être promulguée au début de l'année 2024⁴⁴, tente de mettre fin aux poursuites pénales pour les infractions liées au référendum, mais l'hostilité du pouvoir judiciaire vis-à-vis de cette loi - exprimée publiquement par le plus haut organe autonome du pouvoir judiciaire⁴⁵ - pourrait bien déjouer l'application de l'amnistie, ou du moins en partie.

À l'heure de la rédaction de ce livre, plusieurs dirigeants indépendantistes font toujours l'objet de lourdes accusations pénales et continuent d'être en exil en Belgique et en Suisse, parmi lesquels Carles Puigdemont et trois autres personnes dont les affaires ont été à l'origine de l'arrêt *Puig Gordi et autres*. Les mandats d'arrêt européens et les demandes d'extradition peuvent être réactivés à tout moment. Cet exil - et la répression politique qui en résulte - met en exergue la complexité des lois européennes en matière d'extradition et les implications plus larges de la question de l'indépendance de la Catalogne au sein de l'Union européenne.

42 Voir J.J. Galvez, « La Audiencia Nacional rechaza el recurso de la Fiscalía y avala seguir investigando por terrorismo el 'caso Tsunami' », El País, 18 mars 2024.

43 Voir Forum civique européen, *Joint letter: Solidarity for Activists in Catalonia Accused of Terrorism*, 27 February 2024, disponible à l'adresse suivante <https://civic-forum.eu/publications/open-letter/joint-letter-solidarity-for-activists-in-catalonia-accused-of-terrorism>

44 Voir, pour la version adoptée par la chambre basse du Parlement espagnol : Congreso de los Diputados, *Proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña (122/000019)*, 14 mars 2024, disponible à l'adresse suivante https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/B/BOCG-15-B-32-10.PDF.

45 Consejo General del Poder Judicial, *Declaración institucional del Pleno del CGPJ*, 6 novembre 2023, disponible à l'adresse suivante <https://www.poderjudicial.es/cgpj/en/Judiciary/Panorama/Declaracion-institucional-del-Pleno-del-CGPJ--6-noviembre-de-2023->.

IV. Objectif et structure du livre

Dans les chapitres suivants, nous nous interrogeons sur les implications de la nouvelle exception plus large à la reconnaissance mutuelle - centrée sur les « défaillances affectant un groupe objectivement identifiable » - développée par la CJUE dans le contexte du système de mandat d'arrêt européen. Comme nous l'expliquons au chapitre 2, nous pensons que, sur un plan plus général, l'approche de la CJUE représente un terrain d'entente viable, adapté à une Union européenne plurielle dans laquelle la convergence en matière de droits de l'homme est envisagée et poursuivie mais ne peut pas être facilement garantie. Dans ce contexte, un examen des violations des droits de l'homme pour chaque cas individuel pourrait être trop lourd et indiquer l'intergouvernementalisme plutôt que l'intégration régionale. D'autre part, les conceptions aveugles de la confiance - engageant une reconnaissance mutuelle et une coopération judiciaire automatique - ne parviennent pas à répondre aux risques graves pour les droits de l'homme qui peuvent surgir dans les États membres. Parallèlement à l'accent mis sur les préoccupations systémiques et généralisées en matière d'État de droit, l'approche axée sur les groupes répond à des problèmes particulièrement proéminents en matière de droits de l'homme, qui ne sont généralement pas faciles à résoudre dans le processus politique car ils ont tendance à affecter les minorités, politiques ou autres. C'est dans ce contexte que les freins et les contrepoids transnationaux sont particulièrement nécessaires.

Avec ce livre, nous voulons mieux comprendre le contexte de ce tournant dans la jurisprudence de la CJUE et nous cherchons à en tirer des implications plus larges, notamment concernant le contexte dans lequel il est né, à savoir la criminalisation du mouvement indépendantiste catalan. Cet ouvrage place la nouvelle jurisprudence dans le contexte plus large du développement du droit européen et de la jurisprudence sur les limites de la confiance mutuelle entre les États membres dans la coopération en matière de justice pénale. En outre, il relie cette jurisprudence à des principes plus généraux de droit constitutionnel comparé, notamment le rôle des tribunaux dans la protection des minorités et des groupes vulnérables dans les systèmes constitutionnels.

L'ouvrage est également axé sur les risques liés à certains types de droits et à certaines sphères de protection dans le contexte catalan, en considérant comme groupe (politique) les membres du mouvement catalan en faveur de l'autodétermination. Ces risques comprennent les préoccupations concernant les détentions arbitraires et le droit à un procès équitable, les restrictions du droit à la participation politique, les garanties des droits de l'homme dans le contexte des enquêtes et des poursuites pénales, y compris les préoccupations concernant les restrictions du droit à la vie privée et la surveillance numérique autorisée par l'État, l'utilisation politique des accusations liées à la corruption, la liberté de réunion et d'expression, notamment concernant le travail des organisations de la société civile. Chacun de nos experts évalue la pratique des autorités espagnoles -

en particulier du système judiciaire - à la lumière du droit européen et international en matière de droits de l'homme.

Nous utilisons cette analyse axée sur certaines affaires juridiques pour évaluer dans quelle mesure elle reflète des « défaillances potentielles affectant un groupe objectivement identifiable », étudiant ainsi les possibilités d'approfondir l'interprétation de ce concept pour éclairer des affaires analogues - affaires qui pourraient devenir de plus en plus pertinentes dans le contexte actuel de montée du populisme autocratique et de recul de la démocratie et des droits de l'homme. Ce livre espère également identifier des modèles d'abus potentiels du système européen par des majorités puissantes qui restreignent ou suppriment illégitimement les droits des membres de groupes vulnérables ou politiquement marginalisés (par exemple, les nations apatrides, les minorités culturelles, linguistiques et ethniques, les migrants ou les groupes religieux) dans le but réprimer la dissidence politique. Dans la partie suivante, je donne un bref aperçu des différentes contributions à ce livre.

Le chapitre 2, rédigé par Neus Torbisco Casals et Nico Krisch, place la nouvelle jurisprudence de la CJUE dans le contexte plus large du développement du droit européen et de la jurisprudence sur les limites de la confiance mutuelle entre les États membres dans la coopération en matière de justice. Il retrace la conception initiale du MAE et la marginalisation continue des préoccupations liées aux droits dans la jurisprudence initiale, malgré les pressions croissantes en faveur d'un équilibre différent. Il examine ensuite l'évolution du système après 2015 en réponse à un environnement modifié, à la fois en termes normatifs et politiques, avec de nouvelles exceptions et interprétations introduites progressivement par la jurisprudence de la CJUE. En 2023, la création par la CJUE de la nouvelle exception des « défaillances affectant un groupe objectivement identifiable » est une nouvelle étape dans l'évolution vers un équilibre plus durable entre l'intérêt d'une coopération judiciaire efficace et les risques persistants pour les droits de l'homme. Comme pour les changements précédents, il s'est produit en réponse à la réticence des tribunaux nationaux à exécuter les MAE et aux conclusions des organismes internationaux sur de violations graves des droits de l'homme. Le chapitre analyse ensuite cette nouvelle catégorie à la lumière d'une enquête plus approfondie sur la notion de « confiance mutuelle » au cœur de l'intégration européenne et d'une approche de droit constitutionnel comparé de la définition d'un rôle adéquat des tribunaux dans la protection des droits de l'homme sans interférer indûment avec les processus démocratiques. La protection des minorités sociales, politiques et culturelles est un thème central pour justifier un contrôle judiciaire fort, et la nouvelle approche de la CJUE devrait être comprise dans cette optique également. Cela permet également au chapitre de délimiter le champ d'application de la nouvelle jurisprudence et ses promesses au-delà du contexte particulier du MAE et de l'affaire catalane.

Dans le chapitre 3, David Banisar explore la liberté d'expression et de réunion dans le droit international relatif aux droits de l'homme, les difficultés qui se sont posées

pour ces deux libertés dans l'affaire catalane et la mesure dans laquelle ces enjeux affectent « un groupe objectivement identifiable ». Conformément à la jurisprudence internationale, David Banisar présente la liberté d'expression et de réunion comme des droits de l'homme essentiels à la démocratie, qui sous-tendent le droit à la participation publique et à l'engagement politique. Bien qu'il ne s'agisse pas de droits absolus, les pays ne peuvent les restreindre que dans des circonstances limitées ; en particulier, les discours traitant de sujets politiques et de questions d'intérêt public sont fortement protégés et ne peuvent être restreints que dans les circonstances les plus strictes. Ce principe s'applique également aux discussions sur l'autodétermination et les structures politiques de l'État, y compris la sécession, à condition que les discours ou les assemblées ne prônent ni la violence ni n'incitent à la haine. Dans ce contexte, les conflits émergeant des débats sur l'indépendance de la Catalogne ont soulevé de nombreux enjeux en matière de liberté d'expression et de réunion en Espagne. Ce chapitre analyse les controverses survenues en Espagne dans le cadre de ces conflits et les réponses des organismes nationaux et internationaux de défense des droits de l'homme, réponses qui indiquent que bon nombre des mesures répressives prises par les institutions de l'État espagnol n'ont pas été conformes aux obligations découlant du droit international relatif aux droits de l'homme. Le grand nombre de déclarations et de verdicts d'organismes et d'experts internationaux en matière de droits de l'homme ayant constaté des violations des normes suggère que ces actions sont suffisamment régulières pour être considérées comme une discrimination systématique et comme « affectant un groupe objectivement identifiable ».

Dans le chapitre 4, Frédéric Mégret examine la manière dont la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne doit être évaluée lorsque le groupe concerné est la cible d'une surveillance illégale. La surveillance illégale est un problème endémique et mondial, mais le scandale du « Catalangate » suggère qu'elle a été particulièrement problématique en Catalogne, notamment à la suite de l'utilisation du logiciel espion Pegasus. L'identification de la nature et du statut juridique de cette surveillance peut aider à comprendre comment elle façonne les contours de groupes particuliers « objectivement identifiables » dans le processus de surveillance à leur égard. La surveillance peut être légale, comme le reconnaît notamment la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle répond aux normes de la Convention, lorsqu'elle est nécessaire et proportionnelle (typiquement, dans le cadre d'enquêtes judiciaires). Il ne fait cependant aucun doute que la surveillance peut constituer une violation des droits de l'homme, comme l'ont dénoncé divers observateurs internationaux dans le contexte espagnol. Cela est particulièrement probable, comme c'est le cas, lorsqu'elle revêt un caractère indiscriminé parce qu'elle cible un large groupe. La surveillance peut donc avoir une incidence négative sur le droit à un procès équitable et devrait être un facteur clé dans la décision d'honorer ou non un mandat d'arrêt européen. Grâce à cette analyse, le chapitre contribue à une compréhension plus large de l'intersection entre les technologies de surveillance ciblée, les définitions juridiques et la protection des droits fondamentaux dans le paysage juridique européen.

Dans le chapitre 5, Nico Krisch explore la violation des droits politiques en tant que défaillances potentielles affectant des groupes objectivement identifiables. Il présente la jurisprudence internationale en précisant les contours des droits politiques en vertu du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de la Convention européenne des droits de l'homme et met particulièrement l'accent sur le lien entre les violations de ces droits et l'appartenance des personnes concernées à des groupes politiques, sociaux ou culturels particuliers. Il utilise ensuite sur ce contexte pour examiner plus en détail les ingérences de l'État espagnol dans les droits politiques du mouvement indépendantiste catalan. Il analyse les différents cas de restriction des droits politiques qui, pris dans leur ensemble, constituent une ingérence grave ayant sérieusement limité la capacité des hommes politiques catalans et des acteurs de la société civile à exercer leurs fonctions. Le chapitre examine ensuite les justifications possibles de ces ingérences mais conclut, également à la lumière des décisions des tribunaux internationaux et européens sur des questions connexes, qu'aucune justification ne peut être retenue et que nous sommes donc confrontés à une série de violations graves des droits politiques. Ces violations visant spécifiquement un groupe politique et social particulier, elles constituent des défaillances affectant un groupe objectivement identifiable au sens de la Cour de justice de l'Union européenne.

Dans le chapitre 6, Alejandro Chehtman se penche sur le droit à la vérité et à sa violation potentielle dans le contexte du mouvement indépendantiste catalan. Ce chapitre examine en premier lieu les origines, la base juridique et le champ d'application du droit à la vérité en vertu du droit international relatif aux droits de l'homme, en tant qu'obligation dans le cadre des systèmes européen et universel. Il retrace l'expansion du droit à la vérité depuis les transitions latino-américaines jusqu'au système interaméricain plus large des droits de l'homme, en passant par ses homologues européens et africains, pour finalement être reconnu comme faisant également partie des droits de l'homme universels. Le chapitre montre que le droit à la vérité implique en fin de compte l'obligation pour les États de mener des enquêtes impartiales, approfondies et rapides sur les violations des droits de l'homme, et qu'il est détenu conjointement, ou de manière complémentaire, par les victimes individuelles et les collectifs qui peuvent avoir été blessés ou affectés par certains événements. Sur cette base, le chapitre explore si les réponses apportées à certains événements remplissent les obligations espagnoles en matière de droit à la vérité. Il examine notamment les allégations formulées par les victimes et d'autres parties prenantes concernant les réponses de l'Espagne à la violence déclenchée par le référendum sur l'indépendance et les attaques terroristes à Barcelone et Cambrils qui ont eu lieu au moment du « procès » catalan. En ce qui concerne le premier point, ce chapitre souligne le contraste frappant entre les poursuites engagées contre les dirigeants catalans et les citoyens catalans et les poursuites engagées contre les policiers et les autres forces de sécurité. Néanmoins, il reconnaît que les actions des victimes et de la société civile ont incité les autorités à lutter non seulement contre les actes de violence individuels mais aussi à examiner les allégations relatives aux aspects systémiques de la violence et à la responsabilité potentielle des fonctionnaires de niveau intermédiaire. Dans cette

mesure, le droit à la vérité a servi et aidé les victimes et les organisations de la société civile à faire pression pour obtenir des réponses institutionnelles plus appropriées. En revanche, les autorités espagnoles ont jusqu'à présent refusé de faire face ouvertement à certains aspects des allégations des victimes des attentats terroristes de Barcelone et de Cambrils et d'enquêter de manière à respecter les exigences rigoureuses du droit à la vérité. Dans le contexte plus large dans lequel ces réponses ont été apportées, le traitement des demandes des victimes catalanes contribue à faire valoir qu'elles constituent des défaillances systématiques affectant un groupe objectivement identifiable.

Dans l'ensemble, ce volume brosse un tableau éloquent du contexte dans lequel sont apparues les dernières évolutions de la jurisprudence de la CJUE sur le mandat d'arrêt européen. Les violations des droits de l'homme spécifiques à un groupe analysées ici, reflétées dans plusieurs affaires dans les conclusions des organismes internationaux de défense des droits de l'homme, constituent la toile de fond dans laquelle les tribunaux de plusieurs États membres de l'UE - l'Allemagne, la Belgique et, à l'époque, le Royaume-Uni - ont refusé d'exécuter les mandats d'arrêt européens. En cherchant à limiter les possibilités de contestation par les tribunaux nationaux tout en essayant de répondre à ces préoccupations, la CJUE a trouvé une nouvelle formule pour équilibrer les intérêts en présence. Cette formule est centrée sur les risques en matière de droits de l'homme pour des groupes particuliers « objectivement identifiables » - une situation qui, contrairement à d'autres violations des droits de l'homme, n'est souvent pas susceptible d'être corrigée par le processus politique et appelle donc d'autant plus une intervention judiciaire. Par ailleurs, ce nouvel équilibre entre la reconnaissance mutuelle et la protection des droits de l'homme pourrait être le reflet d'un processus plus large de constitutionnalisation judiciaire de l'Union européenne - un processus par lequel les tribunaux des États membres, conjointement avec la CJUE, assurent des contrôles puissants contre des risques particulièrement prééminents pour l'État de droit.

Chapitre 2

Confiance mutuelle, droits fondamentaux et « groupes objectivement identifiables » dans le droit de l'Union européenne

Neus Torbisco Casals et Nico Krisch

Professeur adjoint de droit, Institut de hautes études internationales et du développement, Genève ; professeur associé de droit, Université Pompeu Fabra, Barcelone.

Professeur de droit international et directeur du département de droit international, Institut de hautes études internationales et du développement, Genève.

I. Introduction

La tension entre la confiance mutuelle et les droits fondamentaux est omniprésente dans la politique de l'Union européenne mais elle est plus aiguë dans les domaines de la coopération policière, pénale et sécuritaire, qui tendent à affecter les droits avec une intensité particulière. Pendant longtemps, la coopération sur ces questions était le domaine le moins développé de l'intégration européenne, avec une approche largement intergouvernementale, même après le traité de Maastricht qui l'a fait entrer pour la première fois dans le champ de compétence de l'Union européenne. Renforcé à plusieurs reprises depuis cette date, ce domaine constitue désormais un élément central des politiques de l'Union européenne, permettant ainsi un fort degré d'intégration grâce à des règles centralisées, mais soulevant également de nouvelles questions concernant la protection de l'individu dans ce processus.¹

Cette tension revêt son expression la plus forte dans le contexte du mandat d'arrêt européen (MAE), le « fleuron » de la coopération de l'UE en matière pénale. Dans ce cadre, l'intégration européenne repose sur la confiance mutuelle et la convergence entre les États membres, mais dans la pratique, cette approche de principe est souvent confrontée à des cas où les individus craignent, et parfois pour de bonnes raisons, une violation de leurs droits fondamentaux. La conception initiale du MAE n'accordait pas beaucoup d'attention à ce problème et c'est à travers la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) que des réponses possibles ont été formulées pour parvenir à un équilibre entre la préservation de la confiance et la garantie des droits fondamentaux.

Dans ce chapitre, nous examinons l'avancée la plus récente dans la définition de la relation entre la confiance mutuelle et la protection des droits, à savoir l'arrêt *Puig Gordi e.a.* de la CJUE de janvier 2023.² Dans la partie II, nous explorons la trajectoire qui a conduit à la nouvelle approche, depuis la conception initiale du système de MAE jusqu'aux différentes mesures prises par la CJUE, sous une forte pression extérieure, pour modifier l'équilibre au fil du temps. Dans la partie III, nous retraçons les origines de la plus grande ouverture créée par l'affaire *Puig Gordi e.a.*. La nouvelle exception à l'exécution automatique des MAE établie ici - axée sur les défaillances dont font l'objet les « groupes objectivement identifiables » - a des antécédents limités dans la jurisprudence antérieure mais peut être comprise comme une réponse à une série de refus et d'échappatoires des tribunaux nationaux chargés des mandats d'arrêt contre les dirigeants indépendantistes catalans dont les cas sont à l'origine du renvoi devant la Cour. La partie IV situe cette

1 Voir Steve Peers, « EU Criminal Law and Police Cooperation » dans Paul Craig et Gráinne de Búrca (eds), *The Evolution of EU Law* (Oxford University Press 2021) ; Valsamis Mitsilegas, *EU Criminal Law* (2e éd., Bloomsbury Publishing 2022) ch 1.

2 CJUE, Arrêt du 31 janvier 2023, C-158/21, *Puig Gordi e.a.*

évolution dans le contexte plus large du rôle des tribunaux dans la gestion de la diversité dans des sociétés et des systèmes politiques complexes et diversifiés. Elle met l'accent sur les justifications du contrôle judiciaire des décisions politiques et estime que, d'un point de vue constitutionnaliste, l'accent mis sur les défaillances liées au groupe est un terrain d'entente plausible qui répond aux risques particuliers que les décisions de la majorité font courir aux groupes vulnérables. Dans ce contexte, la partie V explore le champ d'application des « groupes objectivement identifiables » au cœur du changement jurisprudentiel et, en approfondissant l'argument fondé sur le risque développé dans la partie précédente, soutient qu'il est préférable de les comprendre comme des groupes sociétaux et politiques vulnérables. Le chapitre décrit ensuite les types de groupes susceptibles d'appartenir à cette catégorie - une catégorie large si l'on suit les indications de la jurisprudence récente à la lumière de son raisonnement.

II. Confiance mutuelle et droits fondamentaux : un équilibre changeant

La forme du système du mandat d'arrêt européen se comprend mieux en l'opposant avec ce qui l'a précédé. Pendant des décennies, la coopération en matière pénale entre les États membres des Communautés européennes (plus tard, l'Union européenne) était fondée sur la structure de l'extradition traditionnelle, où chaque pays décide, en principe, d'honorer ou non les demandes d'extradition d'un autre pays. Pour les pays ayant ratifié la Convention d'extradition du Conseil de l'Europe de 1957, le pouvoir discrétionnaire était en théorie plus limité - ils avaient l'obligation d'extrader dans certaines circonstances - mais les exceptions étaient nombreuses et, dans la pratique, les procédures d'extradition étaient encore lourdes et leur issue souvent incertaine.³

³ Voir Steve Peers, *EU Justice and Home Affairs Law: Volume II: EU Criminal Law, Policing, and Civil Law* (Oxford University Press 2023) 88-90.

Naissance du mandat d'arrêt européen

Avec l'inclusion de la « justice et des affaires intérieures » dans le champ de compétence de l'Union européenne par le traité de Maastricht en 1993, une dynamique s'est mise en place pour remédier aux lacunes de ce système traditionnel. Les premières initiatives visaient à apporter des améliorations progressives grâce à de nouveaux accords réduisant le recours aux exceptions et aux réserves. Le succès de ces mesures restant limité, des efforts de réforme plus large ont été déployés avec le Conseil de Tampere en 1999, sous l'impulsion notamment du gouvernement espagnol de José María Aznar, qui était depuis longtemps mécontent que les autres États membres refusaient d'extrader de prétendus terroristes de l'ETA (et leur accordaient même parfois l'asile). La Commission européenne a par la suite mené des travaux préparatoires mais les divergences entre les États membres sont restées importantes. Le changement décisif n'est apparu qu'après les attentats du 11 septembre 2001 aux États-Unis, à la suite desquels les pays européens souhaitaient être perçus comme prenant des mesures efficaces pour combattre le terrorisme. La réforme du système d'extradition, présentée comme une mesure antiterroriste, a gagné rapidement du terrain et la Commission a même réussi à persuader la Belgique - traditionnellement l'État le plus sceptique, comme en témoignent ses tensions persistantes avec l'Espagne sur la question de l'ETA. En conséquence, les négociations ont progressé de manière extraordinairement rapide et ont abouti à la décision-cadre de 2002 établissant le MAE.⁴

Le principal motif de cette décision-cadre était l'efficacité : un système plus fluide pour faciliter la remise des suspects et des criminels et, par conséquent, des outils plus efficaces pour lutter contre le terrorisme. Il n'est donc pas surprenant que la décision-cadre mette l'accent sur le « principe de reconnaissance mutuelle que le Conseil européen a qualifié de “pierre angulaire” de la coopération judiciaire » au lieu du précédent paysage varié d'accords d'extradition.⁵ L'extradition est passée d'un choix discrétionnaire des institutions politiques de chaque pays à une remise quasi-automatique sous le contrôle d'organes judiciaires. La double incrimination, principe fondamental de l'ancien système, a été abolie pour les 32 infractions principales visées par le système du MAE, et les États membres n'ont plus été autorisés à refuser la remise de leurs propres ressortissants.⁶

Dans ce contexte, il n'est pas surprenant que les préoccupations en matière de droits de l'homme soient passées au second plan dans la décision-cadre. Des considérations y faisant référence apparaissent notamment dans le préambule, qui souligne que la décision « respecte les droits fondamentaux » et qu'elle ne doit pas être interprétée comme obligeant les États membres à remettre des personnes dans les cas où il y a des

4 Voir Christian Kaunert, « “Without the Power of Purse or Sword”: The European Arrest Warrant and the Role of the Commission » (2007) 29 *Journal of European Integration* 387.

5 Décision-cadre 2002/584/JAI du 13 juin 2002, préambule n° 6. Voir également Mitsilegas (n 1) 199-202.

6 Pour un aperçu du système du mandat d'arrêt européen, voir Peers (n 3) 90-114.

raisons de croire qu'un mandat d'arrêt a été délivré pour persécuter un individu pour des motifs discriminatoires.⁷ En outre, conformément à son article 1er, paragraphe 3, la décision-cadre « ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne ». Cependant, ces points ne réapparaissent pas dans les paragraphes traitant des exceptions réelles à l'obligation d'exécuter les MAE, exceptions qui restent strictes et techniques. L'accent a clairement été mis sur la création d'un mécanisme plus fluide de remise des criminels suspectés ou condamnés et sur la réduction des obstacles sur cette voie. Le principe directeur était qu'une autorité judiciaire d'exécution ne devait pas vérifier les motifs spécifiques du mandat ou enquêter plus en détails sur le fond de l'affaire.

Première jurisprudence

Si les préoccupations en matière de droits de l'homme étaient donc d'une importance marginale dans la conception initiale du système de MAE, la jurisprudence de la Cour européenne de justice a suivi la même direction pendant plus d'une décennie après sa création. La Cour a régulièrement dépeint la simplification, l'efficacité accrue, la facilitation et l'accélération de la coopération judiciaire comme les objectifs clés d'un système fondé sur la confiance mutuelle, et elle a souligné les limites strictes imposées aux autorités nationales concernant les refus d'exécution des MAE.⁸

Dans une première décision de 2007, *Advocaten voor de Wereld*, la Cour a rejeté les requêtes contre la décision-cadre fondés, entre autres, sur le non-respect du principe de légalité en raison de la formulation imprécise des délits pour lesquels les suspects devaient être remis à travers le MAE.⁹ Elle a souligné que l'Union européenne était fondée et liée par le principe de l'État de droit et des droits fondamentaux et que cela comprenait le principe de légalité des infractions pénales. Toutefois, la Cour a estimé qu'il n'appartenait pas à la décision-cadre elle-même de définir les infractions concernées avec suffisamment de précision mais plutôt au droit de l'État émetteur du MAE. Dans cette conception d'un système décentralisé basé sur la reconnaissance mutuelle, les garanties en matière de droits de l'homme (et le respect des normes européennes et internationales en matière de droits de l'homme) étaient principalement considérées comme la tâche de l'État membre dans lequel la procédure pénale avait lieu.

⁷ Décision-cadre, n° 5 ci-dessus, préambule, paragraphe 12.

⁸ Pour un aperçu, voir Ermioni Xanthopoulou, « Mutual Trust and Rights in EU Criminal and Asylum Law: Three Phases of Evolution and the Uncharted Territory beyond Blind Trust » (2018) 55 *Common Market Law Review*; Leandro Mancano, « You'll Never Work Alone: A Systemic Assessment of the European Arrest Warrant and Judicial Independence » (2021) 58 *Common Market Law Review*.

⁹ CJUE, Arrêt du 3 mai 2007, C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW contre Leden van de Ministerraad*.

Cette approche a continué de caractériser la jurisprudence de la Cour pendant les années suivantes. Elle a été exprimée de manière très convaincante dans deux décisions rendues en 2013. Dans l'affaire *Radu*, il a été demandé à la Cour si l'autorité judiciaire d'exécution pouvait refuser d'exécuter un MAE au motif d'une violation potentielle du droit à un procès équitable et des droits de défense.¹⁰ L'affaire sous-jacente concernait des mandats d'arrêt émis par les autorités allemandes à l'encontre d'un ressortissant roumain poursuivi pour des actes de vol. M. Radu affirmait qu'il n'avait pas été informé des charges retenues contre lui, qu'il n'était pas en mesure de se défendre et qu'une remise équivaldrait donc à une violation de ses droits de défense. Dans son arrêt sur renvoi de la Cour d'appel roumaine, la CJUE a souligné, comme dans ses arrêts précédents, que les autorités nationales ne pouvaient refuser l'exécution d'un MAE que dans les circonstances expressément mentionnées dans la décision-cadre. La violation alléguée en cause dans la présente affaire ne faisant pas partie de ces circonstances, les autorités roumaines ont été obligées de remettre le suspect. Le but de la décision-cadre, souligne la Cour, est de « faciliter et d'accélérer la coopération judiciaire afin de contribuer à l'objectif fixé pour l'Union européenne de devenir un espace de liberté, de sécurité et de justice en se fondant sur le degré élevé de confiance qui doit exister entre les États membres. » Une notification au suspect avant l'émission d'un MAE « conduirait inévitablement à l'échec du système même de remise » que la décision-cadre cherchait à établir.

Le même raisonnement a prévalu dans la deuxième décision historique la même année, *Melloni*.¹¹ M. Melloni a été arrêté en Espagne après avoir été condamné par *in absentia* par un tribunal italien pour faillite frauduleuse. Il a contesté l'exécution d'un mandat d'arrêt italien à son encontre au motif qu'une remise violerait son droit à un procès équitable. La Cour constitutionnelle espagnole, saisie de l'affaire, a reconnu qu'une remise ne serait conforme aux droits fondamentaux prévus par le droit constitutionnel européen et espagnol que si les autorités espagnoles pouvaient la subordonner à la condition d'un nouveau procès du requérant devant les tribunaux italiens. La CJUE a rejeté ce point de vue, soulignant une fois encore la nature exhaustive des motifs de refus d'exécution - ou de conditionnalité - d'un MAE définis dans la décision-cadre, et que les procès *in absentia* ne pouvaient conduire à une non-exécution que dans certaines circonstances strictement définies. Dans le cas présent, cela était selon elle conforme au droit à un procès équitable en vertu de la Charte européenne des droits fondamentaux et la Convention européenne des droits de l'homme, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Le fait que, selon le droit constitutionnel espagnol, une remise inconditionnelle violerait les garanties d'un procès équitable n'était pas pertinent pour la CJUE en raison de la primauté du droit de l'Union européenne sur le droit national. Plus précisément, elle a déclaré que :

10 CJUE, Arrêt du 29 janvier 2013, C-396/11, *Radu*.

11 CJUE, Arrêt du 26 février 2013, C-399/11, *Melloni c. Ministero Fiscal*.

« permettre à un État membre [...] pour subordonner la remise d'une personne condamnée par défaut à la condition, non prévue par la décision-cadre 2009/299, que la condamnation puisse être révisée dans l'État membre d'émission, afin d'éviter qu'une atteinte soit portée au droit à un procès équitable et aux droits de la défense garantis par la Constitution de l'État membre d'exécution, aboutirait, en remettant en cause l'uniformité du standard de protection des droits fondamentaux défini par cette décision-cadre, à porter atteinte aux principes de confiance et de reconnaissance mutuelles que celle-ci tend à conforter et, partant, à compromettre l'effectivité de ladite décision-cadre. »¹²

Même les droits garantis par la Constitution ne constituaient donc pas un motif suffisant pour refuser l'exécution d'un MAE. Pour la Cour, la présomption d'uniformité des normes de protection des droits fondamentaux et l'accent mis sur la confiance mutuelle sont des piliers du système du MAE qui devaient être maintenus, même face aux cours constitutionnelles nationales cherchant à faire respecter leurs propres garanties.

Les années 2013 et 2014 marquent le point culminant de la confiance mutuelle dans la jurisprudence de la CJUE, non seulement en raison des affaires *Radu* et *Melloni* mais aussi - et surtout en termes de structure institutionnelle - en raison de l'avis de la Cour sur l'adhésion de l'UE à la Convention européenne des droits de l'homme.¹³ À cet égard, le principe de la confiance mutuelle entre les États membres est élevée au rang constitutionnel, il est :

« d'une importance fondamentale pour le droit communautaire, car il permet de créer et de maintenir un espace sans frontières intérieures. Or, ce principe impose, notamment en ce qui concerne l'espace de liberté, de sécurité et de justice, à chacun de ces États de considérer, sauf dans des circonstances exceptionnelles, que tous les autres États membres respectent le droit de l'Union et, tout particulièrement, les droits fondamentaux reconnus par ce droit. »¹⁴

Le fait que la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) puisse remettre en question cette confiance mutuelle au nom des droits de l'homme devient alors problématique et, par conséquent, l'adhésion à la CEDH « est susceptible de compromettre l'équilibre sur lequel l'Union est fondée ainsi que l'autonomie du droit de l'Union ». ¹⁵ Avec une telle approche, il n'est pas surprenant que la CJUE ait effectivement rejeté cette adhésion comme étant incompatible avec le droit de l'Union européenne.

12 Ibid., paragraphe 63.

13 CJUE, Avis 2/13, 18 décembre 2014.

14 Ibid., paragraphe 191.

15 Ibid., paragraphe 194.

Évolution vers des exceptions limitées

L'accent unilatéral mis sur la confiance mutuelle au détriment de la protection des droits fondamentaux avait suscité des critiques dès le début de la création du mandat d'arrêt européen mais ce phénomène s'est accentué au cours des années suivantes. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a acquis sa pleine force juridique avec le traité de Lisbonne en 2009, élevant ainsi les droits fondamentaux plus haut dans l'architecture du droit de l'UE. Les tribunaux des États membres, y compris les cours constitutionnelles, ont fait part de leur mécontentement et de leur volonté potentielle de limiter l'application du système du MAE avec plusieurs sursis.¹⁶ La Cour européenne des droits de l'homme a également exigé que les États membres examinent les risques pour les droits de l'homme dans leurs décisions de remise de personnes (en particulier dans le cadre de procédures d'asile).¹⁷ Plus généralement, à mesure que l'UE a acquis davantage de pouvoirs, notamment dans le domaine de la coopération en matière de justice et de sécurité, dans le cadre du processus de formation d'une « Union sans cesse plus étroite » à travers différentes séries de traités - Maastricht, Amsterdam, Lisbonne - l'importance de la protection des droits s'est accrue et les appels à une constitutionnalisation de l'UE se sont fait entendre plus fortement.¹⁸

Déjà dans l'affaire *Radu*, des préoccupations similaires avaient conduit l'avocat général de la Cour, Eleanor Sharpston, à examiner de manière plus approfondie les violations potentielles des droits de l'homme. Après une analyse détaillée de la jurisprudence de la CEDH, elle a conclu que, dans des circonstances exceptionnelles, un risque présumé de violation des droits fondamentaux pouvait justifier un refus d'exécuter un MAE. Dans le cadre des garanties de procès équitable, ce seuil était atteint si « la violation en question [est] de nature à détruire fondamentalement l'équité de la procédure ».¹⁹ Ces conclusions n'ont pas influencé la Cour à cette occasion mais elle a marqué une étape importante pour un changement potentiel à l'avenir.

En outre, de graves problèmes sont apparus dans certains États membres concernant, d'une part, les conditions de détention, qui avaient également soulevé certaines affaires devant la CEDH et qui figuraient parmi les raisons pour lesquelles la CJUE avait limité le principe de confiance mutuelle dans le régime d'asile commun de l'UE quelques années

16 Voir Aida Torres Pérez, « A Predicament for Domestic Courts : Caught between the European Arrest Warrant and Fundamental Rights » in Bruno De Witte and others (eds), *National Courts and EU Law* (Edward Elgar Publishing 2016).

17 Voir, par exemple, CEDH [GC], Arrêt du 21 janvier 2011, Requête n° 30696/09, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*.

18 Voir, par exemple, Joseph HH Weiler, *The Constitution of Europe* (Cambridge University Press 1999) ; Gráinne De Búrca et Joseph HH Weiler (eds), *The Worlds of European Constitutionalism* (Cambridge University Press 2011).

19 CJUE, Conclusions de l'avocat général du 18 octobre 2012, C-396/11, paragraphe 97.

plus tôt.²⁰ Plus fondamentalement encore, la situation de l'État de droit dans certains États membres s'est fortement détériorée après 2010, en particulier en Hongrie et plus tard en Pologne.²¹ La présomption de respect des droits fondamentaux, le fondement de l'obligation légale de matérialiser la confiance mutuelle entre les États membres, s'en est trouvée de plus en plus érodée.

La pression sur l'approche traditionnelle de la CJUE s'est donc accrue depuis différentes directions et a été exacerbée par un coup de semonce de la Cour constitutionnelle allemande à la fin de l'année 2015.²² La Cour constitutionnelle avait été saisie dans l'affaire d'un mandat d'arrêt italien que le tribunal allemand compétent avait décidé d'exécuter malgré les craintes d'une condamnation *in absentia*. La Cour a saisi cette occasion pour insister sur le fait que le droit européen et la décision-cadre sur le MAE ne pouvait prévaloir sur le droit constitutionnel allemand s'il portait atteinte à la protection de la dignité humaine, un élément de l'« identité constitutionnelle » allemande constituant une limite à la primauté de l'Union européenne. Selon la Cour constitutionnelle, les autorités nationales avaient l'obligation (et par conséquent le droit) de vérifier si le principe de la culpabilité individuelle était respecté dans le cadre des procès *in absentia* dans d'autres pays, et que la décision-cadre devait être interprétée dans ce sens également.

Finalement, la CJUE a corrigé sa décision - bien que prudemment - dans l'arrêt *Aranyosi et Căldăraru* qui répondait à une demande de renvoi d'un tribunal allemand.²³ Dans les deux affaires, les preuves existantes et la jurisprudence de la CEDH rendaient probable que les personnes concernées seraient soumises à des conditions de détention en Hongrie et en Roumanie (respectivement) qui violaient l'interdiction des traitements inhumains et dégradants. La Cour, qui ne voulait ni ne pouvait désormais ignorer ces préoccupations, a adopté une nouvelle approche de l'interprétation de la décision-cadre, fondée sur la Charte des droits fondamentaux et la CEDH. Bien que la Cour ait continué d'insister sur l'importance de la reconnaissance mutuelle entre les États membres, elle a ouvert la porte à des exceptions à ce principe « dans des circonstances exceptionnelles ». Selon la CJUE, le refus d'exécuter un MAE, dans les cas où une violation potentielle de l'interdiction de la torture ou des traitements inhumains ou dégradants est alléguée, nécessite que les tribunaux nationaux procèdent à une évaluation en deux étapes : premièrement, identifier les « défaillances systémiques ou généralisées » sur la base d'informations «

20 CJUE, Arrêt du 21 décembre 2011, C-411 & 493/10, *N.S. et M.E. et autres c. Secretary of State for the Home Department*.

21 Voir, par exemple, Kim Lane Scheppele, « Autocratic Legalism » (2018) 85 *University of Chicago Law Review* 545.

22 Tribunal constitutionnel fédéral d'Allemagne, Ordonnance du 15 décembre 2015, 2 BvR 2735/14. Voir Frank Meyer, « "From Solange II to Forever I" the German Federal Constitutional Court and the European Arrest Warrant (and How the CJEU Responded) » (2016) 7 *New Journal of European Criminal Law* 277.

23 CJUE, Arrêt du 5 avril 2016, Affaires C-404/15 et C-659/15 PPU, *Aranyosi et Căldăraru*.

objectives, fiables, spécifiques et correctement mises à jour » ; et deuxièmement, établir que la personne concernée est susceptible d'être exposée à un risque de violation. L'affaire *Aranyosi and Căldăraru* ne prévoyait pas un refus pur et simple comme conséquence d'une telle évaluation mais plutôt un report jusqu'à ce que davantage d'informations soient disponibles pour exclure le risque.

Les conditions carcérales sont restées un obstacle permanent dans les procédures relatives au MAE et, pendant les années suivantes, la Cour a continué d'affirmer l'évaluation en deux étapes élaboré dans l'affaire *Aranyosi et Căldăraru*.²⁴ Dans l'arrêt *E.D.L.* de 2023, elle est allée encore plus loin et a suggéré une évaluation purement individuelle dans les cas où il existe un « risque réel de réduction significative de son espérance de vie ou de détérioration rapide, significative et irrémédiable de son état de santé » à la suite d'une remise.²⁵ Un tel risque peut conduire à un report mais aussi exceptionnellement à un refus définitif. Cependant, il reste à voir si cette approche plus individualisée s'étendra au-delà des circonstances strictes de l'affaire *E.D.L.* Dans une affaire plus récente sur des questions liées à la détention - un risque pour le droit au respect de la vie privée et familiale ainsi que pour les droits de l'enfant - la Cour s'est montrée plus souple quant aux droits sur lesquels un refus peut être fondé mais elle a insisté sur l'évaluation en deux étapes des défaillances systémiques généralisées et du risque dans le cas individuel.²⁶

Cependant, les conditions de détention ne sont pas restées la seule préoccupation dans les procédures de MAE. Dans les années qui ont suivi l'affaire *Aranyosi et Căldăraru*, les préoccupations concernant les violations structurelles des droits de l'homme dans certains États membres ont continué à croître, notamment concernant les défaillances de l'État de droit dans les pays confrontés à des changements autocratiques et antilibéraux. La détérioration de la situation du système judiciaire polonais, marqué par des attaques croissantes contre l'indépendance du pouvoir judiciaire, a posé les problèmes les plus graves à cet égard. Cela a conduit la CJUE, dans son arrêt *LM* de 2018, à étendre encore davantage les exceptions à la reconnaissance mutuelle.²⁷ L'arrêt fait suite à une demande de renvoi d'un tribunal irlandais concernant la remise d'un criminel présumé à la Pologne, déclenchée par la possibilité que le procès de cette personne devant les tribunaux polonais violerait son droit à un procès équitable en raison du manque d'indépendance du système judiciaire polonais. En réponse, la CJUE a élargi l'éventail de ses exceptions au-delà de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants (qui avait été au cœur des affaires sur les conditions de détention) au droit à un tribunal indépendant qui, pour la Cour, fait partie de « l'essence du droit à un procès équitable ». ²⁸ À cet égard, la Cour

24 Voir Ermioni Xanthopoulou, « The European Arrest Warrant in a Context of Distrust : Is the Court Taking Rights Seriously? » (2022) 28 *European Law Journal* 218, 223-224.

25 CJUE, Arrêt du 18 avril 2023, C-699/21, *E.D.L.*, paragraphe 55.

26 CJUE, Arrêt du 21 décembre 2023, C-261/22, *GN*.

27 CJUE, Arrêt du 25 juillet 2018, C-216/18 PPU, *LM*.

28 *Ibid.*, paragraphe 59.

a maintenu son évaluation en deux étapes, exigeant à la fois une évaluation générale et individualisée. Tout d'abord, les juridictions nationales devaient établir un risque de violation du droit à un procès équitable dans le système judiciaire du pays concerné en raison de défaillances « systémiques » ou « généralisées ». Dans un deuxième temps, elles devaient « apprécier, de manière concrète et précise, si, dans les circonstances de l'espèce, il existe des motifs sérieux et avérés de croire que, à la suite de sa remise à l'État membre d'émission, la personne recherchée courra ce risque ». ²⁹ Cela impliquait une enquête sur les problèmes d'indépendance judiciaire au niveau granulaire des tribunaux particuliers auxquels un individu sera soumis. Fonder simplement un refus d'exécuter un MAE sur la première étape - les défaillances généralisées - reviendrait, selon la Cour, à interférer avec la prérogative du Conseil européen, en vertu de la décision-cadre, de suspendre l'exécution du MAE à l'égard d'un État membre en général. ³⁰

Cette argumentation concernant les préoccupations liées à l'État de droit et d'autres violations potentielles des droits fondamentaux s'est poursuivie dans les années qui ont suivi *LM*. La Cour a réitéré à plusieurs reprises son insistance sur la nécessité de trouver des défaillances systémiques ou généralisées et d'établir leur impact probable sur l'individu concerné, même si les contestations de son approche se faisaient plus fortes. La jurisprudence sur les conditions de détention a souvent été critiquée du fait de ne pas se centrer suffisamment sur le risque individuel - y compris par la CEDH ³¹ - alors que pour les affaires relatives à l'état de droit, les critiques provenaient surtout du fait qu'il était souvent difficile de trouver des preuves concrètes que les problèmes structurels affecteraient réellement une personne en particulier. ³²

Quelles que soient les lacunes restantes, le changement opéré par la Cour entre le point culminant de la confiance mutuelle en 2013 vers un éventail élargi d'exceptions après 2016 est remarquable. Sous l'effet des circonstances politiques et des enjeux liés aux droits, l'obligation normative pour les États membres de se faire confiance a cédé la place à une jurisprudence plus nuancée équilibrant une coopération efficace avec la nécessité de répondre aux menaces (certaines et systémiques) pesant sur les droits individuels.

29 Ibid., paragraphe 68.

30 Voir la décision-cadre, n° 5 ci-dessus, préambule n° 10.

31 Voir CEDH, Arrêt du 25 mars 2021, Requêtes n° 40324/16 et 12623/17, *Bivolaru and Moldovan c. France*. Voir également Johan Callewaert, « The European Arrest Warrant under the European Convention on Human Rights: A Matter of Cooperation, Trust, Complementarity, Autonomy and Responsibility », *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, vol Special Issue (Nomos 2021).

32 Voir Mancano (n° 8) ; Xanthopoulou (n° 24).

III. L'attention émergente portée sur les problèmes liés au groupe

L'attention de la CJUE sur les défaillances généralisées ou systémiques lui a permis de maintenir le principe de l'exécution automatique des mandats d'arrêt européens et d'éviter l'évaluation individuelle de chaque affaire par les tribunaux nationaux. Cependant, cette approche constante depuis l'affaire *Aranyosi et Căldăraru* a rencontré des difficultés à saisir les problèmes de droits de l'homme qui n'étaient pas simplement liés à des cas individuels mais concernaient des groupes identifiables plus larges sans constituer des défaillances généralisées au niveau national.

La montée des préoccupations liées au groupe : l'affaire *Puig Gordi e.a.*

Le problème particulier des violations des droits liés aux groupes avait déjà été perçu par les rédacteurs de la décision-cadre de 2002. En plus de souligner que la décision ne visait pas à modifier les obligations en matière de droits fondamentaux, ils ont également inclus dans le préambule un passage soulignant le risque de recourir à des procédures pénales pour discriminer des groupes particuliers :

« Rien dans la présente décision-cadre ne peut être interprété comme une interdiction de refuser la remise d'une personne qui fait l'objet d'un mandat d'arrêt européen s'il y a des raisons de croire, sur la base d'éléments objectifs, que ledit mandat a été émis dans le but de poursuivre ou de punir une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de son origine ethnique, de sa nationalité, de sa langue, de ses opinions politiques ou de son orientation sexuelle, ou qu'il peut être porté atteinte à la situation de cette personne pour l'une de ces raisons. »³³

Ce passage reprend le langage standard des clauses de non-discrimination dans les instruments relatifs aux droits de l'homme (tout en limitant le nombre de critères de discrimination). Il est remarquable que cet aspect particulier soit explicitement souligné alors que d'autres problèmes de droits potentiels ne sont pas mentionnés.

Le point sur la discrimination constitue une orientation interprétative mais il ne réapparaît pas dans les motifs (obligatoires ou facultatifs) de non-exécution des MAE énumérés dans la décision-cadre. Il n'est pas non plus abordé dans la première jurisprudence

33 Décision-cadre, n° 5 ci-dessus, préambule n° 12.

de la CJUE - l'attention portée sur la confiance mutuelle et l'exécution automatique prévalait de toute façon sur les préoccupations en matière de droits mais les questions de discrimination ne semblaient pas non plus émerger des affaires portées devant la Cour.³⁴ Toutefois, lorsque la CJUE a introduit la doctrine des « circonstances exceptionnelles » dans l'affaire *Aranyosi et Căldăraru*, elle a mentionné un aspect lié, même si ce n'est qu'au passage. En précisant les circonstances qui peuvent fonder une exception potentielle à l'exécution automatique, elle a indiqué « des défaillances qui peuvent être systémiques ou généralisées ou qui peuvent affecter certains groupes de personnes ou qui peuvent affecter certains lieux de détention ».³⁵ Lors de l'accueil de cet arrêt, les commentateurs et les tribunaux ont mis l'accent sur les « défaillances systémiques ou généralisées », alors que l'aspect lié au groupe est largement passé inaperçu. Il a été repris, sans autre explication ni pertinence directe, dans la jurisprudence ultérieure de la CJUE.³⁶

Ce n'est que dans l'affaire *Puig Gordi e.a.* en 2023 que l'aspect lié au groupe a pris de l'importance. Faisant référence à sa jurisprudence antérieure, la CJUE a rappelé sa justification habituelle d'une évaluation en deux étapes mais a modifié cette évaluation - sans autre explication - pour inclure, à côté des « défaillances systémiques ou généralisées », la catégorie des « *défaillances affectant la protection judiciaire d'un groupe de personnes objectivement identifiables auquel appartient la personne concernée* ».³⁷ Contrairement aux affaires précédentes dans lesquelles l'aspect lié au groupe a été mentionné, il acquiert une pertinence directe dans l'affaire *Puig Gordi e.a.* en raison de la structure des affaires sous-jacentes qui ont conduit au renvoi devant la CJUE.³⁸ Ces affaires n'étaient pas liées à des défaillances systémiques au niveau national et la Cour suprême espagnole a donc cherché à obtenir une conclusion selon laquelle, en l'absence de telles défaillances généralisées, l'exécution d'un MAE ne pouvait pas être refusée. Mais les affaires concernaient un groupe (politique) particulier, à savoir les Catalans en faveur de l'indépendance et en particulier les dirigeants et les citoyens qui avaient activement organisé et participé au référendum d'autodétermination tenu en octobre 2017 en Catalogne. Certains de leurs dirigeants politiques sont restés en

34 Les cas de refus d'exécution des MAE contre des membres supposés de l'ETA basque par les tribunaux belges n'ont pas donné lieu à des renvois devant la CJUE. Sur ces affaires, voir Michaël Meysman, « Belgium and the European Arrest Warrant: Is European Criminal Cooperation under Pressure: Refusal of European Arrest Warrant Surrender in the Case Jauregui Espina as Proof of Failing Mutual Trust » (2016) 6 Eur. Crim. L. Rev. 186. Voir à cet égard également CEDH, Arrêt du 9 juillet 2019, Requête n° 8351/17, *Romeo Castaño c. Belgique*.

35 CJUE, *Aranyosi et Căldăraru*, supra note [xx], paragraphes 89, 104 (emphasis des auteurs).

36 CJUE, Arrêt du 15 octobre 2019, C-128/18, *Dorobantu*, paragraphes 52, 54 ; CJUE, Arrêt du 25 juillet 2018, C-220/18 PPU, ML, paragraphes 60-61.

37 CJUE, *Puig Gordi et autres*, n° 2 ci-dessus, paragraphe 147.

38 Voir également Joan Solanes Mullor, « Be Careful What You Ask for : The European Court of Justice's EAW Jurisprudence Meets the Catalan Secession Crisis and the European Rule of Law Crisis in *Puig Gordi and Others*, C-158/21, EU:C:2023:57 » (2023) 30 Maastricht Journal of European and Comparative Law 201.

exil dans différents pays européens et ont affirmé que les tribunaux espagnols avaient violé les garanties de procédure et de fond au motif de leur orientation politique.³⁹ La nouvelle catégorie de « défaillances affectant un groupe objectivement identifiable » s'adressait donc clairement aux problèmes particuliers d'état de droit présents dans cette affaire.

L'approche novatrice de la Cour était surprenante, notamment parce que l'avocat général de la CJUE, Richard de la Tour, avait soutenu la position de la Cour suprême espagnole et estimé qu'un refus d'exécuter un MAE ne pouvait être justifié « qu'en présence de défaillances systémiques ou généralisées dans le fonctionnement du système judiciaire de l'État membre d'émission ».⁴⁰ Pourtant, la CJUE a choisi d'aller plus loin. Comme pour les évolutions précédentes de la jurisprudence dans ce domaine, ce changement vers des « groupes objectivement identifiables » a fait suite à une série de contestations politiques et judiciaires émanant en particulier des tribunaux d'autres États membres mais aussi d'experts internationaux et d'organes quasi-judiciaires des Nations unies.

La criminalisation contestée : le contexte de *Puig Gordi e.a.*

Ces contestations ont commencé peu après le départ en exil de plusieurs dirigeants indépendantistes fin octobre 2017, à la suite du référendum sur l'indépendance de la Catalogne et après que les tribunaux espagnols ont commencé à utiliser le droit pénal pour traiter le référendum et le mouvement politique de manière plus générale.⁴¹ Après avoir ouvert des enquêtes à l'encontre de nombreux dirigeants indépendantistes pour une supposée « rébellion », le juge d'instruction de la Cour suprême espagnole a émis les premiers MAE contre les exilés début novembre 2017 et les a retiré un mois plus tard, potentiellement pour éviter un rejet - les tribunaux de Belgique, où la plupart des accusés ont déménagé, sont connus pour poser des obstacles à l'exécution des MAE.⁴²

Lorsque Carles Puigdemont, le président déchu du gouvernement catalan, s'est rendu en Finlande en mars 2018, le juge d'instruction a profité de cette occasion pour renouveler les mandats d'arrêt. L'arrestation de Carles Puigdemont en Allemagne, à son retour de Finlande, a attiré l'attention des médias pendant les mois suivants. Cependant, la juridiction allemande compétente - l'Oberlandesgericht (OLG) Schleswig - a rejeté le

39 Voir Torbisco Casals, Introduction de ce volume.

40 CJUE, Conclusions de l'avocat général du 14 juillet 2022, *Puig Gordi e.a.*, paragraphe 119.

41 Pour le contexte politique et judiciaire, voir le chapitre 1 de ce volume.

42 Se Stephen Burgen et Daniel Boffey, « Spanish judge withdraws arrest warrant for Carles Puigdemont », *The Guardian*, 5 décembre 2017.

l'essentiel de ce mandat d'arrêt.⁴³ Concernant l'accusation de « rébellion », l'OLG a estimé que les actes sous-jacents à l'accusation ne faisaient pas l'objet d'accusations pénales similaires en Allemagne et que, sans double incrimination, les personnes ne pouvaient pas être remises à d'autres États membres pour des délits qui n'étaient pas compris dans la liste principale dans le cadre du système du MAE. L'OLG a donc décidé que le MAE ne pouvait être exécuté que dans la mesure où il concernait le détournement de fonds publics (pour l'organisation du référendum), qui pouvait être assimilé au délit principal de « corruption ». Cela aurait signifié qu'après sa remise, Carles Puigdemont n'aurait pas pu être poursuivi pour rébellion ou pour des accusations liées en Espagne. Le juge d'instruction espagnol a estimé qu'il s'agissait d'une approche trop stricte, a ouvertement critiqué le tribunal allemand pour son « manque d'engagement » et sa violation des règles régissant le mandat d'arrêt européen, et en conséquence, a retiré le mandat.⁴⁴

Entre-temps, les MAE relancés à l'encontre d'autres exilés ont également échoué devant les tribunaux belges, cette fois pour des raisons formelles. Le tribunal compétent de Bruxelles a constaté, comme le ministère public, qu'un MAE ne pouvait être valable que s'il était accompagné d'un mandat d'arrêt national et qu'aucun mandat d'arrêt national n'était alors en vigueur.⁴⁵ La procédure engagée en Écosse contre une autre ancienne ministre du gouvernement catalan, Clara Ponsatí, également lancée fin mars 2018⁴⁶, était en cours lorsque le juge d'instruction espagnol a retiré tous les mandats en juillet 2018 en réponse à la décision rendue en Allemagne dans l'affaire du président déchu de Catalogne.

Les frustrations liées aux mandats d'arrêt européens se sont poursuivies pour les autorités judiciaires espagnoles après la troisième tentative de remise des exilés débutée en novembre 2019 après que la Cour suprême espagnole a condamné neuf autres dirigeants catalans à de longues peines de prison et à la déchéance de leurs fonctions pendant une période maximale de 13 ans. Trois des personnes visées par ces nouveaux mandats - Carles Puigdemont ainsi que deux de ses anciens ministres, Toni Comín et Clara Ponsatí - avaient entre-temps été élues au Parlement européen et, une fois leur statut de député européen confirmé (face à la contestation des autorités espagnoles), les procédures de MAE menées à leur encontre en Belgique et au Royaume-Uni ont été suspendues.⁴⁷

43 Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Decision of 12 July 2018, 1 Ausl (A) 18/18 (20/18). Voir également Julia König, Paulina Meichelbeck et Miriam Puchta, « The Curious Case of Carles Puigdemont-The European Arrest Warrant as an Inadequate Means with Regard to Political Offenses » (2021) 22 German Law Journal 256.

44 Voir Sam Jones et Severin Carrell, « Spanish court drops international warrant for Carles Puigdemont », The Guardian, 19 juillet 2018.

45 AFP, « Catalogne : la Belgique refuse la remise de trois ex-dirigeants indépendantistes », Le Point, 16 mai 2018.

46 Severin Carrell and Stephen Burgen, « Catalan academic facing extradition from Scotland granted bail », The Guardian, 28 mars 2018.

47 Gabriela Galindo, « Brussels court annuls arrest warrant against ousted Catalan leader Puigdemont », The Brussels Times, 2 janvier 2020.

Les autres personnes visées résidant en Suisse et par conséquent hors du champ d'application du système du MAE, il ne restait plus que Lluís Puig Gordi, ancien ministre de la Culture de la *Generalitat* de Catalogne, comme cible de remise. Cependant, à cet égard, les tribunaux belges ont également rejeté l'exécution du MAE. Le tribunal de première instance et la cour d'appel de Bruxelles ont estimé, en juillet 2020 et janvier 2021 respectivement, qu'il existait de sérieuses inquiétudes quant aux violations de la présomption d'innocence et que la Cour suprême espagnole, en vertu du droit espagnol, n'était pas compétente pour juger Lluís Puig et que, par conséquent, son droit d'être jugé par un tribunal établi par la loi risquait d'être violé. La Cour suprême espagnole s'était saisie de l'affaire - au lieu des tribunaux de Catalogne - car certains des co-accusés ne pouvaient être jugés que par la Cour suprême, étant membres du parlement. Il n'existe cependant aucune base juridique claire permettant de soustraire les accusés qui ne se trouvent pas dans cette situation à la juridiction des tribunaux qui, en vertu de la loi, sont compétents pour examiner ces affaires. Par conséquent, les tribunaux belges ont estimé que la remise de Lluís Puig à l'Espagne présentait de sérieux risques pour un procès équitable.⁴⁸ C'est principalement en réponse à ces décisions que la Cour suprême espagnole a demandé son renvoi à la CJUE.

Les décisions belges ont certainement été influencées par les contestations de la criminalisation du mouvement indépendantiste dans d'autres pays. Les tribunaux belges ont explicitement cité les conclusions du groupe de travail des Nations unies sur la détention arbitraire, qui, à la mi-2019, avait estimé que les détentions provisoires des dirigeants indépendantistes catalans étaient « arbitraires » et violaient différentes garanties prévues par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques - de la liberté d'expression et de réunion aux droits procéduraux, tels que la présomption d'innocence, le droit à un tribunal compétent et impartial et les droits de défense.⁴⁹ D'autres experts internationaux, groupes de défense des droits de l'homme et organes quasi-judiciaires se sont également montrés très critiques quant aux décisions des tribunaux espagnols. À la suite de ces critiques, le Rapporteur spécial des Nations unies sur le droit à la liberté d'expression avait, dès le début de l'année 2018, appelé l'Espagne à ne pas engager de poursuites pénales pour rébellion.⁵⁰ Le Comité des droits de l'homme de l'ONU avait, dans une démarche exceptionnelle en 2018, indiqué des mesures provisoires pour sauvegarder les droits politiques dans le contexte catalan.⁵¹

48 Hof van Beroep de Brussel, Décision n° 2021/79, 7 janvier 2021.

49 UN Docs. A/HRC/WGAD/2019/6, 13 juin 2019; A/HRC/WGAD/2019/12 of 10 juillet 2019.

50 Voir Nations unies, « UN expert urges Spain not to pursue criminal charges of rebellion against political figures in Catalonia », 6 avril 2018, disponible à l'adresse suivante <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2018/04/un-expert-urges-spain-not-pursue-criminal-charges-rebellion-against>

51 Voir Nicolas Tomás et Carlota Camps, « UN urges Spain to guarantee Sánchez's political rights », *El Nacional*, 23 mars 2018. Voir également Krisch, chapitre 5 de ce volume.

La CJUE a donc été confrontée à des tribunaux nationaux en Belgique et dans d'autres pays qui refusaient de donner suite aux mandats d'arrêt européens émis par l'Espagne. Elle a également été confrontée à des expressions toujours plus nombreuses de condamnation internationale de la stratégie de criminalisation du mouvement indépendantiste catalan menée par les autorités espagnoles. En 2021, après les décisions belges, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a appelé l'Espagne à réformer son code pénal, à envisager des grâces et à abandonner les poursuites afin de dépénaliser les actes liés au référendum.⁵² En 2022, le Comité des droits de l'homme des Nations unies a estimé que les droits politiques d'un certain nombre de dirigeants indépendantistes catalans avaient été violés à la suite des poursuites pénales, qui ont abouti à la suspension de leur mandat parlementaire.⁵³ Fin 2019, la CJUE elle-même avait estimé que les autorités espagnoles devaient respecter l'immunité des candidats indépendantistes élus au Parlement européen, qui leur avait été refusée en raison d'une supposée violation des exigences formelles.⁵⁴ La Cour européenne des droits de l'homme a constaté une violation de la Convention européenne des droits de l'homme dans la collecte d'informations sur les juges ayant soutenu l'appel au référendum.⁵⁵ De plus, un nombre important d'affaires liées au mouvement indépendantiste catalan étaient en cours devant la Cour européenne des droits de l'homme.

Comme dans les affaires concernant les conditions de détention et l'indépendance judiciaire, la décision de la CJUE de créer une nouvelle catégorie d'exceptions dans l'affaire *Puig Gordi e.a.*, à savoir des « défaillances affectant un groupe objectivement identifiable », n'est pas le fruit du hasard mais plutôt de graves préoccupations concernant les violations des droits et de contestations directes de la part des tribunaux nationaux. De plus, les affaires catalanes ont également soulevé avec une véhémence particulière des questions traditionnellement couvertes par l'« exception pour infraction politique » à l'extradition. Abolie par la décision-cadre au nom de la confiance mutuelle, elle revient inévitablement sur le devant de la scène lorsqu'il existe des différences de principe entre les pays dans l'appréciation des actes de nature politique dirigés principalement contre l'Etat.⁵⁶ Même si les délits politiques classiques - trahison, rébellion ou sédition - ne font pas partie des délits principaux pour lesquels la remise est quasi automatique dans le système du MAE, des problèmes similaires se posent lorsque des poursuites pour d'autres délits énumérés, tels que la « corruption » dans les affaires présentes, sont perçus comme comportant un élément politique. Entre la Belgique et l'Espagne, de telles questions étaient déjà apparues concernant des affaires basques mais elles n'avaient pas

52 Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Résolution 2381 du 21 juin 2021.

53 Comité des droits de l'homme des Nations unies, Constatations du 30 août 2022, Communication n° 3297/2019, *Junqueras et al c. Spain*.

54 CJUE, Arrêt du 19 décembre 2019, C-502/19, *Junqueras Vies*.

55 CEDH, Arrêt du 28 juin 2022, Requête n° 36584/17, *M.D. et autres c. Espagne*.

56 Voir l'argument dans König, Meichelbeck et Puchta (n° 43).

conduit à une demande de renvoi devant la CJUE.⁵⁷ Confrontée directement au problème dans l'affaire *Puig Gordi e.a.*, la CJUE, contrairement à l'avocat général, a jugé nécessaire de trouver une réponse de principe en élargissant, bien que de manière circonscrite, les motifs pour lesquels les tribunaux nationaux peuvent refuser l'exécution d'un MAE.

IV. Transformations de la confiance mutuelle dans l'Union européenne

L'équilibre entre le principe de confiance mutuelle et les préoccupations relatives aux droits fondamentaux est aujourd'hui totalement différent d'il y a dix ans. Alors que la CJUE continue de souligner le principe selon lequel les tribunaux des États membres ne devraient normalement pas mener un examen minutieux des lois et procédures des autres États membres (et plutôt « leur faire confiance ») lorsqu'ils traitent des mandats d'arrêt européens, elle a établi deux exceptions fondamentales : les *défaillances systémiques ou généralisées* et les *défaillances affectant des groupes objectivement identifiables*, si de telles défaillances sont susceptibles d'entraîner une violation des droits de l'individu dans un cas particulier. Comme nous l'avons vu dans les affaires de détention, il pourrait également y avoir une exception fondée uniquement sur des circonstances individuelles mais cela semble limité à des affaires d'une gravité particulière, tels que des menaces pour la vie ou l'intégrité physique de la personne concernée. Pour comprendre le champ d'application de ces exceptions, et en particulier de l'exception liée au groupe, nous devons prendre du recul et nous interroger sur les raisonnements normatifs qui sous-tendent leur développement.

Droit et politique pénaux de l'UE : la quête de légitimité

La nouvelle formule trouvée dans la jurisprudence de la Cour a généralement été interprétée à travers le prisme de la construction de l'Union européenne.⁵⁸ Comme

⁵⁷ Voir Meysman (n° 34).

⁵⁸ Voir, par exemple, Peers (n° 1).

exposé précédemment, le MAE a été créé avec l'intention claire d'avancer vers une « Union sans cesse plus étroite » dans le domaine de la justice et des affaires intérieures, qui était resté largement intergouvernemental jusqu'aux années 1990. Les « valeurs communes » de l'UE, notamment les droits fondamentaux, n'étaient pas au centre du contexte de l'après 11 septembre qui a donné naissance au MAE, et il existait dans tous les cas une compréhension partagée selon laquelle ces valeurs étaient garanties par les États membres et ne nécessitaient pas de considération particulière dans le système des mandats d'arrêt. En effet, la décision-cadre a été adoptée dans le contexte d'une Union relativement homogène de quinze États membres, l'élargissement et une plus grande diversité parmi les membres étant encore dans un avenir relativement lointain. L'approche évolutive de la CJUE pourrait donc être perçue comme le reflet des préoccupations croissantes en matière d'État de droit dans une Union élargie et d'une plus grande attention portée simultanément sur les valeurs et les droits depuis le traité de Lisbonne en 2007. Dans ce contexte, l'attente normative d'une confiance mutuelle en des normes homogènes dans toute l'Union est devenue de plus en plus contrefactuelle. La Cour, dans cette perspective, a réagi en rééquilibrant l'intégration et les valeurs, mais elle l'a fait avec prudence. Au lieu de se tourner vers un examen compréhensif des droits de l'homme - comme de nombreux militants, universitaires et certains tribunaux des États membres l'avaient demandé - elle a cherché à contenir les exceptions et à permettre à un tel examen de remplacer la confiance et l'exécution automatique uniquement dans des situations graves et exceptionnelles, typiquement des situations caractérisées par des problèmes structurels transcendant le cas individuel. L'exercice de reconstruction de cette approche depuis une perspective normative dépend en grande partie de la manière dont on comprend la notion de confiance qui sous-tend l'édifice du MAE, et plus largement, de la quête de légitimité dans la construction européenne.

En effet, l'intégration politique en Europe a considérablement modifié les modèles et les formes de gouvernance et a ébranlé l'hégémonie de l'État dans la fonction d'ordre social. Même si leur légitimité première est liée au consentement de leurs membres à céder (partiellement) leur souveraineté, les institutions de l'UE ont acquis une vie propre, agissant de plus en plus comme des organes relativement indépendants au pouvoir coercitif important. En raison de cette mutation, ces institutions exercent désormais une autorité publique et se présentent de plus en plus comme promouvant des intérêts publics, et pas seulement comme un ensemble d'intérêts agrégés de leurs membres et de leurs circonscriptions nationales. Le modèle contractualiste, fondé exclusivement sur le consentement de l'État, semble donc obsolète pour rendre compte et légitimer ces transformations et l'impact de pouvoirs réglementaires forts sur les droits des citoyens européens.⁵⁹

59 Voir Fritz W Scharpf, *Governing in Europe: Effective and Democratic?* (Oxford University Press 1999).

Dans ce nouveau contexte - caractérisé par la nécessité de constitutionnaliser l'Union européenne sur la base d'une éthique partagée au-delà du modèle intergouvernemental traditionnel - les principes de confiance et de reconnaissance mutuelles jouent un rôle crucial pour garantir une coopération et un respect effectifs mais aussi pour légitimer la gouvernance européenne dans des domaines autrefois essentiellement d'ordre national, comme la sécurité et la criminalité. En effet, le régime juridique émergent reposait sur la présomption que tous les États membres pouvaient se faire confiance pour respecter leurs obligations quant à l'application du droit communautaire correctement et de bonne foi, notamment en assurant une protection efficace des droits fondamentaux reconnus à la fois dans les constitutions nationales et au niveau de l'UE, en particulier dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

De la confiance moraliste à la confiance rationalisée

Bien que la reconnaissance et la confiance mutuelles ne soient pas explicitement mentionnées dans les traités originaux de l'UE, elles ont toutes deux été invoquées dans le droit dérivé et la CJUE a mentionné leur importance pour garantir la coopération tout en assurant le respect des droits fondamentaux.⁶⁰ Certes, un niveau minimum de confiance est implicite dans tout contrat ou traité car chaque partie doit pouvoir compter sur le fait que l'autre adhèrera à ce qui a été convenu et coopérera pour se conformer aux obligations qui en découlent. Cependant, dans le contexte de l'intégration européenne, la confiance mutuelle est souvent liée à une conception fondée sur des principes et non sur des calculs, sur des intérêts et des valeurs partagés, notamment la démocratie, les droits de l'homme et la solidarité, qui favorisent le type de liens éligibles qui justifient l'intégration supranationale en tant qu'entreprise coopérative. Il est certain que la coopération n'apparaît pas de façon naturelle. Elle requiert de la part des acteurs impliqués un degré significatif d'engagement intrinsèque (envers les biens et les valeurs que les mécanismes coopératifs sont destinés à renforcer) et d'altruisme (c'est-à-dire la volonté de mettre de côté ses intérêts opportunistes, immédiats ou égoïstes et de donner la priorité à la participation pour créer un « bien commun »). Les avantages d'un climat de confiance généralisé dans le contexte de la création d'entreprises coopératives sont évidents. La confiance réduit la complexité sociale et agit comme une force compensatrice contre les prédispositions égoïstes et les propensions pour le risque, facilitant une action collective efficace et la capacité de partager avec les autres sur une base volontaire. La confiance mutuelle, en tant que confiance générale « non calculatrice » en la bonne volonté et la fiabilité des autres, exprime une attente positive qui, en quelque sorte, défie

60 Voir Andrea Miglionico et Francesco Maiani, « One Principle to Rule Them All? Anatomy of Mutual Trust in the Law of the Area of Freedom, Security and Justice » (2020) 57 *Common Market Law Review*.

les preuves : nous nous comportons simplement « comme si l'avenir était certain »,⁶¹ et comptons sur l'hypothèse que les autres rempliront leur rôle de manière responsable ou agiront selon des normes sociales raisonnables respectueuses des intérêts ou des besoins communs.

La confiance permet donc de faire face aux dilemmes de l'action collective qui peuvent entraver la réalisation du bien commun, et est même perçue comme essentielle pour construire et soutenir le capital social, selon les termes de Robert Putnam⁶², dans la mesure où elle accroît la capacité de la société civile à créer et organiser des associations formelles et informelles, des partis politiques aux ligues de bowling. En outre, les parties qui font confiance ont tendance à respecter volontairement les règles car elles sont convaincues que les autres les respecteront également, ce qui permet de s'épargner la surveillance constante pour prévenir les comportements opportunistes. Ainsi, une société démocratique qui cultive de solides relations de confiance peut se permettre moins de réglementations et plus de libertés.⁶³

C'est pourquoi la confiance est décrite comme le « ciment » ou le « lubrifiant » qui lie les sociétés entre elles – et les sociétés européennes également –,⁶⁴ et qui motive une interaction positive afin d'atteindre des objectifs communs, c'est-à-dire la base de toute démocratie opérationnelle.⁶⁵ Au niveau supranational, on suppose également que la démocratie s'épanouira et fonctionnera plus efficacement si un climat général de confiance s'instaure au niveau politique entre les États membres.⁶⁶ Dans une forme moraliste et non stratégique de confiance, celle-ci est basée sur des croyances et des engagements normatifs plutôt que sur une disposition calculatrice que les économistes considèrent comme une manifestation centrale de la rationalité. La confiance moraliste implique principalement une déclaration prescriptive sur la manière dont les gens devraient se comporter et interagir les uns avec les autres.⁶⁷ Selon cette conception, la confiance a une valeur *intrinsèque* plutôt que simplement instrumentale : elle permet d'exprimer le respect des autres en tant qu'êtres humains, ainsi que l'espoir que les autres sont également capables d'agir de manière respectueuse, honorant ainsi la foi ou la confiance que nous plaçons en eux. Par conséquent, sa nature n'est pas principalement liée à une reconnaissance réaliste de notre rationalité « limitée » et des limites de la

61 Niklas Luhmann, *Trust and Power* (Wiley 1979) 10.

62 Voir, par exemple, Robert D Putnam, « Bowling Alone : America's Declining Social Capital » (1995) 6 *Journal of Democracy* 65.

63 Patti Tamara Lenard, *Trust, Democracy, and Multicultural Challenges* (Penn State Press 2012).

64 Kenneth J Arrow, *The Limits of Organization* (W W Norton & Company 1974).

65 Voir David Miller, *On Nationality* (Oxford University Press 1995); Lenard (n° 63).

66 Sur la confiance politique et ses implications pour la coopération et l'altruisme dans une démocratie mondialisée, voir Neus Torbisco Casals, « Beyond Altruism ? Globalizing Democracy in the Age of Distrust » (2015) 98 *The Monist* 457.

67 Eric M Uslaner, *The Moral Foundations of Trust* (Cambridge University Press 2002) 23.

« calculativité »⁶⁸, mais plutôt à une décision consciente de faire confiance, malgré les risques que cela suppose, comme moyen de se comporter conformément à nos croyances et à nos engagements, même si cela implique de faire des sacrifices ou de faire face à l'absence potentielle de réciprocité.

La coopération fondée sur une forme de confiance solide a toujours été un enjeu dans des contextes tels que celui de l'Europe, caractérisé par des griefs historiques, des asymétries économiques et de profonds fossés culturels. Cet enjeu est devenu encore plus grand à mesure que les divergences et les disparités entre les États membres se sont accrues avec l'élargissement de l'UE et que le déclin de la démocratie a également touché d'autres parties du monde, déclin qui a également favorisé un recul des droits de l'homme.⁶⁹ En effet, les sources croissantes de méfiance et d'insécurité ont rendu la coopération plus risquée.

Certes, s'engager dans des entreprises communes est toujours risqué car cela implique d'accorder à d'autres un pouvoir discrétionnaire susceptible d'affecter nos intérêts, ce qui nous place dans une position de vulnérabilité particulière.⁷⁰ Toutefois, si la méfiance s'accroît, les incitations à se placer dans une telle relation asymétrique seront considérablement réduites et la disposition coopérative ne pourra se produire que dans un cadre hautement « rationalisé », axé sur l'efficacité, qui offre suffisamment d'assurance quant à la « rationalité » de faire confiance aux autres, ce qui requiert suffisamment de garanties pour neutraliser (ou minimiser) les risques sous-jacents. Cette conception rationalisée de la confiance contraste avec la compréhension non utilitaire et non calculatrice décrite ci-dessus. Plutôt que d'afficher une attitude de confiance, l'octroi de la confiance exprime le résultat d'un processus décisionnel qui vise à rassurer sur le fait que la confiance est effectivement justifiée. La connaissance est donc cruciale dans cet exposé centré principalement sur la manière de faire des prédictions précises sur la « fiabilité » des autres et sur les risques de leur faire confiance, sur la base d'informations concernant leur caractère, leurs intérêts, leurs motivations ou leurs compétences.

Il existe cependant des obstacles évidents à l'obtention d'un niveau élevé de certitude au-delà du champ circonscrit des relations spéciales ou proches qui, dans une large mesure, sont intrinsèquement non calculatrices. Tout d'abord, il existe de nombreux facteurs qui « limitent » notre rationalité et peuvent compromettre la coopération. Les acteurs rationnels ont une capacité cognitive limitée pour discerner les intérêts des autres et également pour identifier les résultats optimaux dans des circonstances non

68 Oliver E Williamson, « Calculativeness, Trust, and Economic Organization » [1993] *Journal of Law and Economics* 453.

69 Voir Nancy Bermeo, « On Democratic Backsliding » (2016) 27 *Journal of Democracy* 5; Leslie Vinjamuri, « Human Rights Backlash » in Stephen Hopgood and Jack Snyder (eds), *Human rights futures* (Cambridge University Press Cambridge 2017).

70 Baier, Annette, « Trust and Antitrust » (1986) 96 *Ethics* 231.

idéales, c'est-à-dire lorsque l'information est incomplète ou difficile à traiter et que des risques systémiques peuvent survenir en raison d'un comportement trompeur. Au-delà du domaine individuel, et surtout en l'absence d'expériences positives antérieures ou de preuves spécifiques, la confiance collective implique de faire confiance à des étrangers, ce qui peut encore être rationnel si l'on peut supposer qu'agir en faveur de nos intérêts sera également dans leur intérêt. Le célèbre exposé de Russell Hardin de la confiance en tant qu'intérêt encapsulé⁷¹ est particulièrement adaptée pour saisir une telle dimension stratégique de la confiance qui pourrait prévaloir au niveau de l'UE car on peut supposer que, par exemple, l'exécution automatique des mandats d'arrêt européens bénéficiera à tous les États membres. Cependant, au-delà de ces exemples de « confiance » destinés à maximisant l'utilité, la notion hyper rationaliste de la confiance, typique du raisonnement économique, semble tout à fait hostile à ce projet politique.

Quoi qu'il en soit, le principe de confiance mutuelle dans le contexte de l'UE n'était pas tant lié à des intérêts personnels qu'à des intérêts, des ententes ou des engagements normatifs et des valeurs *partagés*. Si ceux-ci se diluent ou sont moins partagés, prévoir le respect des règles et la coopération est plus difficile (en particulier lorsque la coopération impose des obligations contraignantes ou peut conduire à sacrifier des valeurs ou des principes constitutionnels nationaux). Par définition, les simples interactions stratégiques ne sont pas guidées par des normes éthiques ou des motivations altruistes.

Le changement de la jurisprudence de la CJUE quant au mandat d'arrêt européen peut alors être considérée comme l'expression d'une évolution de la confiance généralisée (aveugle) vers cette seconde notion de confiance, plus prudente et rationalisée. Cette nouvelle forme ouvre la porte à un examen et à des contrôles plus stricts qui favorisent un équilibre entre une conception normative et non calculatrice de la confiance mutuelle et un modèle rationalisé. Les exceptions plus larges à l'exécution automatique, qui permettent aux tribunaux nationaux de vérifier la situation des droits de l'homme dans d'autres États membres, représentent un changement vers un modèle de confiance plus rationaliste - moins moraliste et plus prudent - fondé sur l'acceptation de contrôles visant à réaffirmer les principes fondamentaux et les abus potentiels.⁷²

En effet, la présomption selon laquelle on peut faire confiance à tous les États membres quant au respect de leurs obligations d'appliquer correctement le droit communautaire est étroitement liée à la qualité démocratique de la gouvernance transnationale. Cependant, l'UE s'est élargie pour intégrer des peuples et des sociétés divers (hétérogènes et inégaux) et on ne voit pas clairement comment la confiance et la reconnaissance mutuelles

71 Russell Hardin, *Trust and Trustworthiness* (Russell Sage Foundation 2002).

72 Voir également l'exposé de la confiance, de l'information et du contrôle dans Patricia Popelier, Giulia Gentile and Esther van Zimmeren, « Bridging the Gap between Facts and Norms: Mutual Trust, the European Arrest Warrant and the Rule of Law in an Interdisciplinary Context » (2021) 27 *European Law Journal* 167.

peuvent être présupposées ou considérées comme acquises dans un contexte marqué par de fortes divisions culturelles et politiques. Au fil du temps, avec les élargissements successifs des « Communautés européennes » initiales, ces garanties ont dû être renforcées. Par exemple, les critères de Copenhague sur la démocratie, l'État de droit et les droits fondamentaux, adoptés en 1993 par le Conseil européen⁷³, ont spécifié le type d'éthique partagée comme condition d'entrée dans l'UE (aujourd'hui reflétée dans les articles 2 et 49 du TUE), qui peuvent également être considérés comme des conditions préalables à la reconnaissance et à la confiance mutuelles.

Les mécanismes de sauvegarde sont importants dans tout contrat afin de favoriser la coopération et de prévenir les violations graves qui pourraient compromettre l'accord global. L'UE dispose d'une variété de ce type de mécanismes : procédures d'infraction à l'encontre des États membres pour violation du droit communautaire, sanctions financières ou autres en cas de non-respect des arrêts de la CJUE, et même une réponse institutionnalisée en cas de risque de violation grave des valeurs qui sous-tendent l'Union, conformément à l'article 7 du traité sur l'Union européenne. Dans la conception initiale du MAE, cette dernière procédure était également censée fonctionner pour résoudre les problèmes liés aux droits de l'homme et à l'État de droit dans un État membre donné. Toutefois, étant donné le seuil élevé de déclenchement de ce mécanisme, il n'est pas pratique dans les cas où des violations significatives des droits de l'homme ont lieu mais n'atteignent pas le seuil de « violations graves des valeurs de l'Union européenne ».⁷⁴

La CJUE a donc dû s'appuyer sur des principes généraux et des outils d'interprétation pour assurer la protection des droits fondamentaux. La difficulté consistait à définir des exceptions qui permettraient un juste équilibre, garantissant ainsi le respect des droits fondamentaux tout en évitant d'empiéter sur l'automatisme et l'efficacité du système de MAE. Dans l'affaire qui nous intéresse, la capacité des tribunaux nationaux à examiner le respect des droits de l'homme par d'autres États membres peut, à terme, améliorer la qualité démocratique de la gouvernance supranationale. Après tout, c'est la base normative qui a justifié la confiance et la reconnaissance mutuelles en premier lieu. En fait, une présomption de confiance aveugle et purement moraliste pourrait s'avérer contre-productive puisqu'elle pourrait détériorer la légitimité de la gouvernance supranationale en matière pénale aux yeux des citoyens. Au contraire, un modèle de confiance plus rationalisé, qui présuppose que la méfiance est parfois justifiée, peut offrir un fondement plus substantiel pour la reconnaissance mutuelle sur la base d'un engagement commun à préserver les droits fondamentaux.

73 Voir Commission européenne, « Critères d'adhésion », disponible à l'adresse suivante https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/enlargement-policy/glossary/accession-criteria_en

74 Décision-cadre, n° 5 ci-dessus, préambule, paragraphe 10.

V. La CJUE en tant que Cour constitutionnelle : le contrôle judiciaire et ses limites

Si le changement jurisprudentiel d'une approche restrictive avec l'affaire *Radu* ou *Melloni* à une plus grande ouverture avec l'affaire *Puig Gordi* e.a. redéfinit la notion de confiance mutuelle dans l'UE, il redéfinit également le rôle de la CJUE dans le système politique et institutionnel. Nous pouvons donc également comprendre ce changement comme un reflet du rôle (encore limité) de la Cour en tant que cour constitutionnelle de l'Union européenne.⁷⁵

Dans un cadre constitutionnel, un tribunal - même lorsqu'il est chargé de faire respecter une constitution ou, dans le cas de l'UE, des traités fondateurs - fera normalement preuve d'un certain degré de déférence envers le législateur. Les approches des tribunaux varient d'un pays à l'autre mais bon nombre d'entre eux associent cette déférence à différents niveaux d'examen, en fonction du problème à traiter.⁷⁶ Le « spectre d'examen » a été exploré en particulier aux États-Unis, où la Cour suprême a développé une jurisprudence axée sur trois niveaux distincts de contrôle : le contrôle de la base rationnelle, le contrôle intermédiaire et le contrôle strict. Cette dernière catégorie entre en jeu dans les cas où des droits constitutionnels sont en cause et surtout lorsque la législation utilise des « classifications suspectes » qui soulèvent des préoccupations en matière de discrimination.⁷⁷

Cette approche a été comprise et justifiée comme permettant un équilibre entre les principes démocratiques et la protection des droits. Dans les sociétés démocratiques, les tribunaux qui contrôlent les choix législatifs sont confrontés à une difficulté contre-majoritaire dans la mesure où, en faisant respecter des droits ou d'autres protections constitutionnelles, ils annulent généralement une majorité parlementaire (et donc généralement électorale).⁷⁸ Une évaluation complète par un tribunal de la rationalité

75 Sur le rôle constitutionnel de la CJUE, voir, par exemple, Alicia Hinarejos, *Judicial Control in the European Union : Reforming Jurisdiction in the Intergovernmental Pillars* (Oxford University Press 2009) ch 1.

76 Pour des approches comparatives générales, voir par exemple Mauro Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World* (Bobbs-Merrill 1971); Doreen Lustig and JHH Weiler, « Judicial Review in the Contemporary World – Retrospective and Prospective » (2018) 16 *International Journal of Constitutional Law* 315.

77 Voir Richard H Fallon Jr, *The Nature of Constitutional Rights: The Invention and Logic of Strict Judicial Scrutiny* (Cambridge University Press 2019).

78 Voir Alexander M Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (Yale University Press 1986).

et de la justification d'une action législative risquerait alors d'empiéter indûment sur les processus démocratiques. Selon l'exposé influent de John Hart Ely, le rôle propre du contrôle judiciaire est donc un rôle limité centré principalement sur deux aspects : le processus et les procédures, afin de garantir qu'un choix législatif reflète effectivement les processus démocratiques, et la représentation et la protection des minorités qui sont structurellement désavantagées dans ces processus.⁷⁹ Il s'appuie sur une décision de 1938 de la Cour suprême des États-Unis dans laquelle le juge Harlan Stone, écrivant au nom de la Cour, suggérait que « les préjugés à l'encontre de minorités discrètes et insulaires [pouvaient] constituer une condition spéciale, qui tend sérieusement à restreindre le fonctionnement des processus politiques sur lesquels on s'appuie habituellement pour protéger les minorités », et qui pourrait par conséquent requérir une « enquête judiciaire plus approfondie » que celle appliquée par la Cour normalement.⁸⁰

La référence aux « minorités discrètes et insulaires » fournit un cadre utile pour comprendre l'orientation de la CJUE vers les « groupes objectivement identifiables ». Lorsque la CJUE interprète la décision-cadre, elle fonctionne en grande partie comme une cour constitutionnelle : elle utilise des règles et des principes constitutionnels généraux, notamment en matière de protection des droits fondamentaux, pour réinterpréter la décision-cadre d'une manière qui va bien au-delà des exceptions expresses au principe de l'exécution automatique des MAE. La position initiale de la Cour, à savoir son application du texte explicite de la décision-cadre pendant plus d'une décennie, est facilement comprise comme une déférence envers le processus législatif, déférence encore visible dans la création limitée et prudente d'exceptions à la confiance mutuelle. La CJUE n'annule pas entièrement les choix fondamentaux qui sous-tendent la décision-cadre mais elle intervient pour s'assurer que les défaillances plus générales de l'État de droit dans un pays (qui affectent les processus politiques et judiciaires dans leur ensemble) ainsi que les problèmes spécifiques affectant des groupes particuliers (qui ne sont normalement pas bien reflétés dans les processus démocratiques) peuvent être corrigés dans le système du MAE.

La position de la CJUE doit cependant être considérée dans le contexte de l'architecture complexe de l'Union européenne et de ses États membres. Le changement de sa jurisprudence ne reflète pas seulement un examen du processus législatif au niveau de l'UE mais il permet également aux tribunaux nationaux d'examiner les pratiques juridiques et judiciaires des autres États membres. Contrairement aux procédures d'extradition traditionnelles, qui sont davantage axées sur les questions de double incrimination, les tribunaux nationaux statuant sur les mandats d'arrêt européens se prononcent désormais sur les déficits de l'État de droit dans d'autres pays. Cela dresse

79 John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Harvard University Press 1980).

80 Cour Suprême des États-Unis, *États-Unis c. Carolene Products Co.* (1938), 304 U.S. 144 (1938), Majority Opinion (Stone), fn. 4.

un certain mécanisme de contrôle décentralisé de l'action des États membres sur la base des droits fondamentaux de l'UE - un résultat inévitable du point de vue des droits de l'homme mais également considéré comme indésirable par les États membres lors de la mise en place du système du MAE. La Cour européenne elle-même n'est en principe pas autorisée à contrôler l'action des États membres en matière de respect des droits de l'homme, sauf dans les domaines où les États membres appliquent la législation de l'UE.⁸¹ Même la Cour européenne des droits de l'homme, explicitement chargée d'évaluer le respect des actions nationales avec les droits de l'homme, a souvent recours à une « marge d'appréciation » pour limiter son niveau d'examen.⁸² Dans ce contexte, le contrôle décentralisé des droits dans le système du MAE crée également des tensions avec la souveraineté des États membres et il est compréhensible que la CJUE fasse preuve de déférence non seulement envers la législation de l'UE, mais également envers des processus politiques et judiciaires des États membres.⁸³ Cette déférence s'achève toutefois lorsqu'il apparaît que les procédures politiques ou judiciaires habituelles par lesquelles les États membres garantissent le respect des droits de l'homme ne fonctionnent pas comme prévu.

L'approche de la CJUE en matière de problèmes de droits dans le contexte du MAE peut donc être mieux comprise comme un reflet de l'architecture particulière de l'intégration de l'UE - et par là-même de la notion changeante de confiance mutuelle - et de l'évolution du rôle de la Cour en tant que cour constitutionnelle de l'Union européenne. Les deux aspects contribuent à une approche limitée et déférente qui respecte le principe de confiance mutuelle et de prise de décision démocratique au sein de l'UE et des États membres. Cependant, ils requièrent également que la Cour procède à un examen lorsque cette confiance est compromise par des enjeux qui ne sont pas normalement corrigés dans le cadre du processus politique. La formule trouvée par la Cour pour les mandats d'arrêt européens, à savoir une exécution automatique sauf en cas de défaillances généralisées et systémiques ou de problèmes liés à des groupes particuliers, est mieux comprise comme une tentative d'atteindre l'équilibre difficile entre la déférence et l'examen.

81 Voir l'article 51, paragraphe 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

82 Voir Angelika Nussberger, *The European Court of Human Rights* (Oxford University Press 2020).

83 Voir Janneke Gerards, « Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine » (2011) 17 *European Law Journal* 80.

VI. Analyse du concept de « groupes objectivement identifiables »

Les contours de l'équilibre entre déférence et examen et l'ampleur du changement amorcé dans l'affaire *Puig Gordi e.a.* deviennent plus clairs si l'on parvient à préciser le champ d'application des « défaillances affectant des groupes objectivement identifiables ». La jurisprudence de la CJUE n'a donné jusqu'à présent que peu d'indications à ce sujet. Cependant, ces indications, associées à la reconstruction de son raisonnement dans la partie précédente, nous orientent sur cette nouvelle catégorie d'exceptions au principe de confiance mutuelle et à l'exécution automatique des MAE.

Comme nous l'avons vu, cette catégorie a été développée pour la première fois dans une affaire de défaillances liées à un groupe politique particulier - le mouvement indépendantiste catalan - qui, en Espagne, est un groupe politique minoritaire visant à modifier fondamentalement la structure constitutionnelle du pays et faisant de ce fait l'objet de poursuites pénales. Depuis lors, la nouvelle catégorie n'a été utilisée que dans une seule autre affaire. L'affaire en question, *GN* de décembre 2023, concernait le refus d'un tribunal italien d'exécuter un mandat d'arrêt émis par les autorités belges pour exécuter un jugement rendu *in absentia* contre une mère ayant un enfant en bas âge et enceinte d'un autre.⁸⁴ Jusqu'en 2021, la législation italienne contenait une clause interdisant la remise de femmes enceintes et de mères d'enfants de moins de trois ans mais celle-ci a été supprimée par le parlement italien pour une plus grande conformité à la décision-cadre. Toutefois, dans le cas de l'affaire *GN*, les autorités belges n'ayant pas fourni d'informations concrètes sur les mesures de détention de l'intéressée, les juridictions italiennes ont estimé que sans certitude suffisante que la Belgique prendrait des mesures adéquates pour protéger le droit des enfants à ne pas être privés de leur mère, la remise de cette dernière pourrait entraîner une violation des droits fondamentaux protégés par la Constitution italienne et la CEDH. Dans le renvoi dans cette affaire, la CJUE a réitéré son approche générale de la confiance mutuelle relative au système des mandats d'arrêt et a souligné les deux catégories d'exceptions développées précédemment. Elle a également précisé ces catégories en affirmant qu'une autorité d'exécution devait déterminer les motifs concrets d'une violation potentielle des droits si elle percevait un risque :

⁸⁴ CJUE, Arrêt du 21 décembre 2023, C-261/22, GN.

« en raison soit de défaillances systémiques ou généralisées en ce qui concerne les conditions de détention des mères d'enfants en bas âge ou de prise en charge de ces enfants [...], soit de *défaillances concernant ces conditions et affectant plus spécifiquement un groupe objectivement identifiable de personnes, comme des enfants en situation de handicap...* »⁸⁵

La Cour fait une distinction entre la situation des mères et des enfants, concernant d'éventuelles « défaillances systémiques ou généralisées », et celle de groupes plus restreints, tels que les enfants handicapés, qui appartiennent à la catégorie d'un « groupe de personnes objectivement identifiables ».

Bien que la séparation entre ces catégories ne soit pas tout à fait claire, la dernière semble être réservée à des groupes plus petits et particulièrement vulnérables, ce qui correspondrait à l'approche adoptée dans l'affaire *Puig Gordi e.a.*, où une minorité politique était concernée. Elle s'alignerait également sur la compréhension développée dans la partie précédente, qui repose sur la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis et souligne le rôle particulier des tribunaux dans la protection des « minorités discrètes et insulaires » qui ne peuvent généralement pas être entendues de manière efficace dans le processus politique.

Cela fournit une base suffisante pour commencer à comprendre plus clairement la catégorie juridique des « groupes de personnes objectivement identifiables ». Cette catégorie peut donc contenir un certain nombre de sous-catégories de groupes vulnérables ou marginalisés, non seulement en termes de subordination sociale ou de désavantage numérique mais aussi en termes politiques. D'une manière générale, elle s'inscrit dans le raisonnement exprimé par le juge Harlan Stone de la Cour suprême des États-Unis, dans la célèbre affaire *United States c. Carolene Products Co.* (1938) décrite ci-dessus. Les plaideurs issus de minorités ne cessent de le rappeler aujourd'hui pour demander un examen spécial (« une enquête judiciaire plus approfondie », selon les termes originaux) de l'impact disproportionné de certaines normes ou décisions sur des « minorités discrètes et insulaires » spécifiques, souvent sous-représentées dans les processus législatifs, qui tendent à être systématiquement opprimées ou marginalisées ou ont un pouvoir limité pour influencer les procédures et les résultats législatifs ou autres décisions.

Une telle conception fondée sur la conscience de groupe, qui va au-delà des formes individualistes de discrimination et des inégalités pour prendre en compte les vulnérabilités affectant des groupes identitaires spécifiques, repose sur une conception élargie du rôle des droits de l'homme en tant que contraintes pour les majorités puissantes et sur le rôle instrumental du contrôle judiciaire dans la prévention des abus. Contrairement au cadre individualiste (plus strict) de la discrimination, centré

85 Ibid, paragraphe 45 (soulignement ajouté).

sur l'impact sur un individu spécifique sans tenir compte de son identité ou de son rôle dans un groupe donné, les partisans de l'application d'une norme d'examen plus stricte (lorsqu'il s'agit, par exemple, de l'exécution d'un MAE contre un ou plusieurs membres d'une minorité nationale) contestent généralement l'approche individualiste car elle néglige généralement les préoccupations relatives aux formes structurelles de discrimination et aux violations des droits des minorités. Dans le cas qui nous intéresse, un modèle « plus faible » de contrôle judiciaire basé sur un principe de confiance mutuelle (presque aveugle) pourrait de *facto* protéger des politiques de domination néfastes et un paradigme de démocratie basé sur un pur majoritarisme. Cela comporte des risques évidents pour les droits des opposants politiques minoritaires - dans notre cas, les nations minoritaires qui revendiquent l'autodétermination et la culture à travers des partis politiques ou des groupes de la société civile distincts.

En réalité, les désaccords politiques contemporains qui confrontent de plus en plus les majorités et les minorités concernant les intersections changeantes entre la culture, le genre, l'ethnicité et la nationalité jouent un rôle plus important dans les litiges stratégiques au sein devant les cours de justice supranationales. Le recul actuel des droits de l'homme lié à l'émergence de formes populistes de démocratie a entraîné un regain d'hostilité du public envers les minorités et, dans de nombreux pays européens, des reculs majeurs dans la protection nationale de leurs droits. Dans ce contexte, des minorités de plus en plus impuissantes et frustrées se tournent vers les tribunaux internationaux pour obtenir une protection. De toute évidence, les tribunaux publics (en particulier les tribunaux internationaux des droits de l'homme) ne sont pas toujours les mieux placés pour aborder les multiples dimensions des « combats pour la reconnaissance » politiques, pour reprendre les termes du philosophe politique canadien Charles Taylor.⁸⁶ Pourtant, les plaideurs minoritaires, qui voient leur statut et leurs droits de plus en plus menacés par un climat politique défavorable et qui ont peu d'espoir d'exercer de l'influence en raison de leur marginalisation structurelle, cherchent souvent à restreindre les pouvoirs discrétionnaires des majorités puissantes en perpétuant des systèmes de désavantage et/ou en reproduisant des préjugés culturels existants ou un système qui les discrimine et les subordonne. Par le biais de litiges stratégiques, ils recherchent l'affirmation de ce qu'ils considèrent comme des droits collectifs et pas seulement comme des droits individuels ou des concessions accordées par tolérance.

En conséquence, les juges jouent un rôle central dans le traitement des conflits culturels et des revendications identitaires qui confrontent les cultures majoritaires et minoritaires. On peut se demander si la sphère judiciaire constitue le meilleur cadre pour régler ces différends ou si au contraire elle pourrait les exacerber encore davantage. Tout d'abord, il existe des raisons de penser que le rôle essentiel des juges et des tribunaux dans la protection des minorités vulnérables, qui est généralement invoqué dans les

86 Dans Amy Gutmann (ed.) *Multiculturalism and « the politics of recognition »*. An Essay by Charles Taylor. NJ, Princeton University Press (1992): 25-73.

objections à la critique contre-majoritaire du contrôle judiciaire, place les tribunaux publics dans une bonne position pour évaluer leurs demandes. Le pouvoir judiciaire, selon la célèbre déclaration d'Alexander Hamilton, pourrait en effet être la branche « la moins dangereuse » pour les « droits politiques de la Constitution » car il n'a « aucune influence que ce soit sur l'épée ou la bourse ; il ne dirige ni la force ni la richesse de la société ». ⁸⁷ Dans le contexte du recul politique décrit, le cadre judiciaire international peut constituer un forum pour les délibérations publiques et la visibilité des minorités dont les intérêts et les points de vue sont généralement sous-représentés ou simplement exclus de la sphère politique nationale. Ainsi, la mobilisation judiciaire internationale des minorités pourrait donner aux tribunaux des droits de l'homme la possibilité de déstabiliser des systèmes injustes, de contribuer à éclairer la compréhension du public et de renverser les discours et la position privilégiée des groupes politiques dominants. Lorsque les décisions (en particulier celles des tribunaux prestigieux) reflètent un effort pour entendre les voix des femmes ou des minorités raciales, ethniques, homosexuelles, religieuses ou nationales et pour traiter leurs causes de manière équitable, elles peuvent permettre de surmonter les préjugés dominants à l'encontre de ces groupes, ainsi que les stéréotypes concernant leurs membres et la subordination de leurs revendications politiques, ce qui constitue une tendance antidémocratique.

Discrimination fondée sur la conscience de groupe et inégalités structurelles

Toutefois, cette perspective requiert une compréhension des formes structurelles de discrimination fondée sur la conscience de groupe et, dans cette mesure, l'introduction par la CJUE de la catégorie des « groupes objectivement identifiables » est essentielle pour évoluer vers un paradigme plus collectiviste de la protection des droits de l'homme. Elle passe notamment par un changement de perspective qui peut revêtir la forme d'un examen judiciaire plus rigoureux ou d'une inversion de la charge de la preuve lorsqu'il existe un soupçon raisonnable de persécution politique ou de criminalisation de groupes spécifiques, comme dans le contexte catalan. Face à la suspicion de discrimination à l'encontre des groupes minoritaires et aux statuts historiquement subordonnés, le principe de confiance mutuelle devrait jouer un rôle moins important.

Afin de préciser cet argument, quelques remarques supplémentaires sur le concept d'inégalité structurelle et de discrimination peuvent s'avérer utiles. Ces notions représentent autre chose que des désavantages transitoires et fortuits qui peuvent être le produit de la malchance ou simplement imputables à de mauvais choix individuels. Comme l'affirme Iris M. Young, l'inégalité structurelle implique principalement « un

⁸⁷ Alexander Hamilton, *The Judiciary Department, in The Federalist Papers*, 78, 590 (Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, eds. 2007) [1788].

ensemble de processus sociaux reproduits qui se renforcent les uns les autres pour permettre ou restreindre les actions individuelles de nombreuses façons ». Il s'agit donc « des contraintes relatives que rencontrent certaines personnes dans leur liberté et leur bien-être matériel en tant qu'effet cumulatif des possibilités de leur position sociale, comparé à d'autres personnes qui, grâce à leur position sociale, ont plus d'options ou un accès plus facile aux avantages »⁸⁸. L'idée de « structure sociale » fait référence à une superposition complexe d'éléments (dont les institutions juridiques, les systèmes professionnels et de propriété, l'organisation de la famille et de la sexualité, les relations de marché et la division du travail) dans laquelle les individus se trouvent dans une position donnée. Cette position détermine fortement la perception qu'ils ont d'eux-mêmes, les opportunités qui s'offrent à eux et le pouvoir de revendiquer leurs droits.

Les inégalités structurelles ont tendance à être intégrées dans les institutions, profondément ancrées dans les règles, les symboles culturels et les processus décisionnels, de sorte que les agents individuels agissant dans ce cadre (souvent aussi membres de groupes opprimés) contribuent à renforcer et à perpétuer les modèles existants de désavantage, souvent de *manière involontaire*. Ainsi, différents statuts de groupe sont créés et reproduits, qui servent de vecteurs de subordination et déclenchent des effets néfastes qui, comme l'affirme Owen Fiss dans son article fondateur « Les groupes et la clause d'égalité de protection », sont peu susceptibles d'être juridiquement exploitables tant que l'idéal d'égalité est interprété comme incarnant simplement une compréhension individualiste du principe d'anti-discrimination.⁸⁹ Il en est ainsi parce que la structure très individualiste de ce principe néglige souvent l'effet des règles majoritaires qui désavantagent des minorités de différentes sortes. Au contraire, une compréhension de la discrimination fondée sur la conscience de groupe est une meilleure façon d'aborder le défi de la protection des droits de l'homme dans un monde politique et social façonné par de profondes inégalités de pouvoir. Même si les discriminations déclarées qui nient les droits politiques de certains groupes sont interdites, il existe d'autres contraintes tout aussi impérieuses à l'autonomisation qui pourraient découler de règles adoptées légalement qui perpétuent les exclusions systémiques et empêchent les groupes minoritaires d'exercer leurs droits.

En résumé, le concept de « groupes objectivement identifiables » en tant qu'exception autorisée par la CJUE conduit à adopter une logique anti-subordination dans l'évaluation des règles ou des demandes lorsque l'affaire concernée pourrait affecter des membres individuels de groupes ayant une histoire de subordination de statut (sociale, politique ou culturelle) ou souffrant d'une sous-inclusion systémique, d'une aliénation ou d'une position non dominante dans le processus politique dans le contexte d'un système démocratique qui fonctionne bien par ailleurs. Cette approche est fondée sur une

88 Iris Marion Young, *Inclusion and Democracy* (Oxford University Press 2000) 2, 15.

89 Owen M Fiss, « Groups and the Equal Protection Clause » (1976) 5 *Philosophy & Public Affairs* 107.

conception des droits et de la démocratie qui va au-delà du simple majoritarisme et qui requiert que les groupes minoritaires soient également engagés dans le processus de gouvernance eux-mêmes et que le pluralisme politique soit protégé.

Bien entendu, même en reconnaissant le potentiel transformateur du jugement public pour contrer la domination de la majorité, la vision idéalisée des juges en tant qu'autorités impartiales et presque infaillibles, qui peuvent servir de refuge contre les préjugés majoritaires, sous-estime les contraintes institutionnelles et les préjugés qui peuvent compromettre l'impartialité requise des juges. Il est important de rappeler que les tribunaux (à la fois nationaux et internationaux) sont composés d'élites professionnelles de classe moyenne et supérieure (essentiellement masculines) qui sont pour la plupart également membres de la culture majoritaire. Il existe un risque que les déséquilibres culturels, ethniques et de genre qui caractérisent la magistrature dans les démocraties occidentales affectent l'impartialité,⁹⁰ non pas en raison d'un préjugé conscient mais simplement parce que les juges accordent moins d'attention aux faits de l'affaire ou font preuve de moins de « sensibilité perceptuelle »⁹¹ envers le raisonnement ou les arguments invoqués par les demandeurs issus de minorités. En d'autres termes, le problème est que les juges sont moins *attentifs* et donc moins objectifs et impartiaux lorsqu'ils évaluent les demandes des plaideurs issus de minorités⁹².

D'autre part, les juges ne sont pas des législateurs et sont tenus d'agir en tant qu'agents juridiques dotés d'une fonction circonscrite d'interprétation et d'application de normes juridiquement contraignantes. Cependant, les normes en matière de droits de l'homme et les droits fondamentaux sont généralement formulés dans des clauses abstraites et vagues qui intègrent des concepts contestés. Dans le champ d'application légitime de leur pouvoir judiciaire discrétionnaire, la CJUE et la CEDH peuvent certainement adopter une compréhension plus large de la non-discrimination en utilisant la catégorie des « groupes objectivement identifiables », qui ouvre la voie à une préoccupation plus marquée pour l'expérience particulière des demandeurs issus de minorités, qui sont des représentants ou des membres de groupes politiquement marginalisés, désavantagés ou subordonnés et privés de leurs droits.

90 L'impact du manque de diversité dans la composition des tribunaux (à la fois nationaux et internationaux) fait l'objet d'un intérêt croissant. Voir, par exemple, Nienke Grossman, *Sex on the Bench : Do Women Judges Matter to the Legitimacy of International Courts?* 12 Chicago J. Int'l L. 647 (2012). Neus Torbisco-Casals, « The Legitimacy of International Courts ». *The Journal of Social Philosophy*. Vol 52. Issue 4. 2022

91 See Maksymilian Del Mar, *Judging Virtuously: Developing an Emphatic Capacity for Perceptual Sensitivity*, 5. *Jurisprudence* 5 177 (2014).

92 Neus Torbisco-Casals reflects on this question in « Multiculturalism, Identity Claims and Human Rights: From Politics to Courts ». *Law & Ethics of Human Rights* 2016; 10(2): 367.

Typologie (ouverte) des groupes concernés

Sur la base de l'analyse de la jurisprudence existante et de la reconstruction du raisonnement sur lequel elle s'appuie, nous pouvons définir plus clairement les contours potentiels de la catégorie des « groupes objectivement identifiables » dans le contexte de l'UE. Cette catégorie doit donc être comprise comme comprenant les groupes suivants :

a. Minorités culturelles, ethniques et linguistiques. Ces minorités sont présentes dans de nombreux États membres de l'UE, qu'il s'agisse des Bretons en France, des Turcs en Roumanie ou des Roms dans divers pays. En termes de langues, il existe plus de 60 langues régionales et minoritaires dans l'Union européenne. Ces minorités sont protégées dans le cadre du Conseil de l'Europe, notamment par la Convention-cadre sur les minorités nationales, mais aussi par le droit de l'Union européenne lui-même.⁹³ Généralement beaucoup moins nombreuses que les sociétés dominantes et possédant une identification distincte qui les démarque, les minorités de ce type sont généralement vulnérables à la domination de la majorité dans le processus politique et leurs revendications en matière de droits des minorités varient considérablement et impliquent des politiques d'accommodement et des droits collectifs en reconnaissance de leurs différences par rapport à la culture majoritaire.

b. Minorités raciales et religieuses. Ces minorités sont généralement moins concentrées géographiquement mais représentent des groupes minoritaires dans différents États membres. C'est le cas notamment des personnes dont le teint n'est pas blanc-caucasien et pour les religions non chrétiennes (bien que dans de nombreux pays, certains groupes chrétiens soient également en minorité). Les communautés musulmanes représentent environ 13 millions de résidents de l'UE, soit environ 3,5 % de la population de l'UE. Les Noirs représentent près de 10 millions de résidents. La prévalence de ces deux groupes varie fortement d'un État membre à l'autre mais ne dépasse généralement pas 10 % de la population. Souvent identifiables en raison de leurs caractéristiques physiques ou de leurs vêtements ou symboles distinctifs, ces groupes sont particulièrement exposés au risque de discrimination et leur représentation politique est nettement plus faible.

c. Minorités sociales. Il s'agit d'une sous-catégorie large qui comprend une variété de groupes sociaux qui, en raison de leurs caractéristiques physiques ou culturelles ou de leur identification, sont considérés en quelque sorte comme différents de la population majoritaire. Au-delà des « enfants handicapés » mentionnés par la CJUE dans l'arrêt GN, ce groupe peut comprendre des personnes souffrant de handicaps physiques ou mentaux au sens large, des personnes aux orientations sexuelles et identités de genre particulières

93 Voir Rainer Hofmann, Tove H Malloy and Detlev Rein, *The Framework Convention for the Protection of National Minorities: A Commentary* (Brill 2018); A Asli Bilgin, « Minority Protection in the European Union: To Protect or Not to Protect? » (2019) 26 *International Journal on Minority and Group Rights* 92.

ou encore des migrants ou des personnes issues de l'immigration. En général, toute caractéristique peut constituer une minorité sociale si elle est utilisée pour marquer un groupe comme distinct et le rend vulnérable à la discrimination ou à la domination par la majorité.

d. Peuples ou nations minoritaires qui revendiquent non seulement la protection des minorités (sous la forme d'une politique de tolérance impliquant des droits négatifs, des exemptions ou des politiques contre l'assimilation) mais qui aspirent également à être reconnus comme des nations ou des peuples « distincts » dotés de droits à l'autonomie, comme c'est le cas de la Catalogne, de l'Écosse et d'autres nations sans État. Dans de tels cas, les revendications portent sur des droits collectifs tels que le droit à l'autodétermination (interne ou externe). En général, ces groupes sont organisés à travers des partis politiques et des mouvements de la société civile - qui sont souvent confrontés à des obstacles structurels pour intégrer efficacement le processus politique de nombreux pays et dont les luttes pour la reconnaissance spéciale, la justice historique et l'accès démocratique au statut d'État sont souvent refusées, voire criminalisées, comme dans le cas du mouvement politique d'autodétermination catalan (le sujet central de *Puig Gordi e.a.*).

Si ces quatre catégories donnent une indication de certaines minorités « discrètes et insulaires » pouvant faire partie de la catégorie des « groupes objectivement identifiables », elles ne doivent pas être considérées comme fixes ou limitées. Les groupes sont socialement construits, à la fois par les actions de leurs membres et par leur environnement politique. Les catégories de minorités et de peuples en tant qu'entités distinctes sont également floues et souvent interchangeables et les droits des groupes peuvent être interprétés et exercés de multiples façons, y compris à l'intérieur des frontières des États existants. Les droits des groupes ont fait l'objet d'une protection internationale croissante des droits de l'homme au cours des deux dernières décennies, précisément parce que le manque de protection a souvent eu des conséquences négatives en termes de violations individuelles des droits de l'homme, de persécution politique et de détérioration de la démocratie.

Comme l'indique l'arrêt *GN*, certains groupes ne sont pas nécessairement cohésifs ou ne reflètent pas nécessairement une compréhension de soi de la part de leurs membres - ils peuvent être constitués uniquement sur la base de caractéristiques communes, telles qu'un handicap. Lorsqu'une telle caractéristique provoque des réactions particulières de la part de la majorité ou de l'État, via la répression, la surveillance⁹⁴ ou d'autres conséquences négatives, les personnes possédant cette caractéristique peuvent être considérées comme un « groupe objectivement identifiable ». Les défaillances affectant ce groupe, en particulier les violations des droits de l'homme commises à son encontre, peuvent alors devenir un motif pour briser la confiance mutuelle dans la coopération européenne en matière pénale et justifier un refus d'exécuter le MAE.

94 Voir Mégrét, chapitre 4 de ce volume.

Au-delà du cadre de l'UE, un exemple clair de la pertinence de l'adoption d'une approche de la protection des droits de l'homme fondée sur la conscience de groupe, en tant que clé de la démocratie, concerne les peuples autochtones. La reconnaissance progressive de leurs revendications d'autodétermination au niveau international (ayant conduit à la déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones en 2007, qui affirme le droit à l'autodétermination interne sous la forme de droits collectifs de posséder et de contrôler leurs terres et territoires) ne s'est pas nécessairement traduite dans les réalités locales mais certainement par une mobilisation politique croissante de ces groupes. En conséquence, les personnes autochtones et les défenseurs des droits sont aujourd'hui confrontés à une violence accrue et à des violations individuelles des droits de l'homme, ce que les experts considèrent comme un recul déclenché par la revendication croissante des droits collectifs, notamment l'autodétermination, les droits fonciers et l'autonomie territoriale. Ces droits sont essentiels dans leurs combats plus larges pour la survie culturelle contre les États colonisateurs et dans le contexte actuel de crise environnementale car la préservation de leurs écosystèmes est considérée comme une partie intrinsèque de leurs identités culturelles et historiques. Cette logique de groupe se reflète dans un certain nombre d'initiatives de litiges stratégiques devant les tribunaux internationaux régionaux des droits de l'homme mais la mobilisation politique a fait peser de réelles menaces sur les militants et les défenseurs des droits des populations autochtones. Selon Front Line Defenders, près de la moitié des défenseurs des droits de l'homme tués en 2022 dans 26 pays seraient des demandeurs de droits des autochtones. De plus, plusieurs rapports soumis au Conseil des droits de l'homme par le Rapporteur spécial des Nations unies sur les droits des peuples autochtones ont alerté du fait que la criminalisation est devenue un outil courant qui contribue à transformer des revendications politiques pacifiques en conflits ouverts car il s'agit majoritairement d'une tentative de faire taire les peuples autochtones qui s'opposent à des projets qui menacent leurs moyens de subsistance et leurs cultures. Plus récemment, l'actuel Rapporteur spécial, Francisco Cali Tzay (un Maya Cakchiquel du Guatemala), a également alerté sur l'impunité généralisée des auteurs d'actes de violence à l'encontre des défenseurs des droits des populations autochtones et sur le lien entre la défense de l'autodétermination et le fait d'être victime de violences et de persécutions politiques. Dans certains cas, le mode de vie et la culture des populations autochtones ont été jugés illégaux afin de faciliter les expulsions de leurs terres ancestrales. Cette manœuvre de rejet de la part des gouvernements e.a. parties prenantes se produit généralement lorsque des groupes autochtones s'opposent à des projets de développement à grande échelle. Les organisations autochtones ont également fait l'objet d'une surveillance illégale et de confiscations à travers des réglementations et des politiques juridiques visant à affaiblir leur mobilisation et à restreindre le soutien social dont elles bénéficient. Dans ce contexte, les approches juridiques individualistes de la violence, du droit pénal et de la discrimination sont clairement insuffisantes pour s'attaquer aux schémas structurels d'injustice et de vulnérabilité.

VII. Conclusion

Depuis sa création en 2002, le système du mandat d'arrêt européen est resté largement identique dans sa forme mais il a connu une transformation fondamentale dans les faits. Comme le démontre ce chapitre, la Cour de justice de l'Union européenne a, après de nombreuses hésitations les premières années, rééquilibré à travers une série de mesures le principe de confiance mutuelle qui sous-tend le MAE avec les préoccupations relatives aux droits fondamentaux. Elle n'a pas abandonné l'idée selon laquelle l'exécution automatique des mandats d'arrêt ne devrait être refusée que « dans des circonstances exceptionnelles » mais le champ d'application de ces circonstances s'est progressivement élargi au fil du temps. Si la Cour a requis pendant longtemps des défaillances systémiques et généralisées, elle a maintenant ouvert la porte à des défaillances affectant des groupes particuliers objectivement identifiables, pour autant que ces défaillances représentent un risque concret pour les droits des individus concernés.

Cette transformation n'est pas le fruit du hasard mais plutôt le résultat d'une pression soutenue de la part de la société civile, des acteurs politiques et surtout des tribunaux. Les tribunaux nationaux devant exécuter les mandats d'arrêt, les cours constitutionnelles saisies par les requérants contre les décisions de remise ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme ont de plus en plus remis en question la « confiance aveugle » requise par la décision-cadre et ont appelé la CJUE à exercer un contrôle significatif, notamment à autoriser les tribunaux nationaux à exercer un tel contrôle sur la base des droits fondamentaux qui ont pris davantage de poids dans l'UE avec la Charte des droits fondamentaux. Peu à peu, la CJUE s'est imposée davantage comme une cour constitutionnelle, pas seulement comme un « moteur » de l'intégration européenne mais aussi comme un contrôle indépendant des organes politiques de l'UE lorsque l'intégration entre en conflit avec les droits individuels. Tant sur les questions d'asile que de coopération en matière de justice pénale, la Cour a ainsi lentement mais sûrement construit un système dans lequel les tribunaux nationaux pouvaient examiner les pratiques politiques et juridiques d'autres États membres malgré des mandats d'intégration plus forts dans le droit européen.

L'accent mis sur les « défaillances affectant des groupes objectivement identifiables » dans l'arrêt 2023 de l'affaire *Puig Gordi e.a.* est un reflet particulièrement clair du nouveau rôle de la CJUE. L'accent mis sur les problèmes liés au groupe, comme évoqué dans ce chapitre, avait un certain fondement dans la décision-cadre et la jurisprudence antérieure mais n'avait pas acquis de pertinence dans les affaires antérieures. Pourtant, les affaires catalanes auxquelles la Cour a été confrontée ont mis la question sur le devant de la scène. Sans « défaillances systémiques et généralisées » affectant l'ensemble du pays mais avec un schéma clair de violations des droits de l'homme au-delà des cas individuels, la CJUE a dû façonner une nouvelle approche qui rappelle la justification par

la Cour suprême des États-Unis d'un examen strict des problèmes liés aux « minorités discrètes et insulaires », en autorisant les tribunaux nationaux à refuser la remise d'individus lorsque les mandats d'arrêt contre eux comportent le risque de concrétiser des défaillances affectant des groupes particuliers. Selon la jurisprudence de la Cour, ces groupes peuvent être de différentes natures : les groupes ethniques, linguistiques, raciaux, religieux, sociaux ou politiques sont tous candidats, pour autant qu'il puisse être démontré que certains problèmes de droits les affectent d'une manière particulière. Avec ce changement, la CJUE n'a pas ouvert la porte à un examen des droits de l'homme pour chaque cas individuel mais elle s'est rapprochée d'un équilibre viable entre l'intégration européenne et la protection des droits des groupes particulièrement vulnérables et elle a fait un pas de plus vers la constitutionnalisation de l'Union européenne.

Chapitre 3

Questions relatives à la liberté d'expression et de réunion dans le conflit sur l'indépendance de la Catalogne

David Banisar

Chargé de recherche principal détaché au Department of Government de la London School of Economics and Political Science, avocat et consultant en droits de l'homme à Londres; précédemment conseiller juridique principal pour ARTICLE 19, chargé de recherche détaché à l'University of Leeds School of Law et chargé de recherche à la Kennedy School of Government de l'Université de Harvard.

I. Introduction

La liberté d'expression est un droit de l'homme fondamental et essentiel à la démocratie. Elle sous-tend le droit à la participation publique et à l'engagement politique et son fondement est défini par le droit international en matière de droits de l'homme, en particulier dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et dans la Convention européenne des droits de l'homme. De plus, les groupes minoritaires et défavorisés bénéficient d'une protection supplémentaire conformément au droit international afin de garantir que leur voix soit entendue et protégée.

Bien qu'il ne s'agisse pas d'un droit absolu, les pays ne peuvent restreindre la liberté d'expression que dans des circonstances limitées. Les discours traitant de sujets politiques et de questions d'intérêt public sont fortement protégés et ne peuvent être restreints que dans les circonstances les plus strictes. Ce principe s'applique également aux discussions sur l'autodétermination et les structures politiques de l'État, y compris la sécession, à condition qu'elles ne prônent ni la violence ni n'incitent à la haine.

De même, la liberté de réunion, en rapport aux manifestations pacifiques, a également été reconnue comme un droit de l'homme fondamental lié à la liberté d'expression et essentiel à la participation publique. Comme la liberté d'expression, son fondement est clairement établi dans le droit international relatif aux droits de l'homme et ne peut être restreint que dans des circonstances strictes. Ce droit comprend également la protection des discussions sur des questions telles que la sécession.

Les conflits émergeant des débats sur l'indépendance de la Catalogne ont soulevé de nombreux défis en matière de liberté d'expression et de réunion en Espagne. Ce chapitre analyse les normes internationales régissant la liberté d'expression et de réunion, les controverses survenues en Espagne dans le cadre de ces conflits et les réponses des organismes nationaux et internationaux de défense des droits de l'homme. Ces réponses placent les actions du gouvernement espagnol dans le contexte du cadre international des droits de l'homme et indiquent que de nombreuses actions en réponse aux débats sur l'indépendance n'ont pas été conformes à leurs obligations conformément au droit international relatif aux droits de l'homme.

La question se pose de savoir si ces actions sont suffisamment régulières pour être considérées comme une discrimination systématique ou comme « affectant un groupe objectivement identifiable ». Le grand nombre de déclarations et de verdicts d'organismes et d'experts internationaux en matière de droits de l'homme ayant constaté des violations des normes confortent cette conclusion de discrimination systématique.

II. Liberté d'expression : protections et limitations

La liberté d'expression est décrite comme le « fondement de toute société libre et démocratique », « l'une des conditions fondamentales pour son progrès et pour le développement de chaque homme »² et « indispensable à la dignité et à l'épanouissement individuel [...], elle constitue également un fondement essentiel de la démocratie, de l'État de droit, de la paix, de la stabilité, du développement durable et inclusif et de la participation aux affaires publiques ».³

La protection de la liberté d'expression est largement intégrée au droit international relatif aux droits de l'homme dans des instruments à travers le monde.⁴ L'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme stipule que « [t]out individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit. »⁵ L'article 19, paragraphe 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques stipule que « [t]oute personne a droit à la liberté d'expression ; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix. »⁶

Des protections similaires existent également au niveau européen. L'article 10(1) de la Convention européenne des droits de l'homme définit la liberté d'expression dans le système européen :

Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou

1 Comité des droits de l'homme des Nations unies, « Observation générale n° 34 - Article 19 : Libertés d'opinion et d'expression » UN Doc CCPR/C/GC/34 (12 septembre 2011), paragraphe 2

2 *Handyside v United Kingdom* (1979) 1 EHRR 737, para 49

3 Commission européenne, « Lignes directrices de l'UE en matière de droits de l'Homme sur la liberté d'expression en ligne et hors ligne » (12 mai 2014), paragraphe 1

4 Voir Amal Clooney et Lord David Neuberger, *Freedom of Speech in International Law*, Oxford University Press (2024)

5 Déclaration universelle des droits de l'homme (adoptée le 10 décembre 1948, UNGA Res 217 A(III) (DUDH), article 19.

6 Pacte international relatif aux droits civils et politiques (adopté le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976) 999 UNTS 171 (PIDCP) art. 19

des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière.

L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme a été interprété par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) dans des centaines d'affaires.⁷ Selon la Cour, il « s'applique non seulement aux « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent. »⁸

L'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reprend les termes de la Convention européenne des droits de l'homme.⁹ Selon les explications officielles de la Charte, « le sens et la portée de ce droit sont les mêmes que ceux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. Il en résulte que les limitations qui peuvent leur être apportées ne peuvent excéder les limites permises dans l'article 10 paragraphe 2 de la Convention ».¹⁰ La Cour de justice de l'Union européenne a une jurisprudence très limitée en matière de liberté d'expression en raison des limites de sa compétence sur les questions internes aux États membres.¹¹

1. Limites à la liberté d'expression

La liberté d'expression n'est pas un droit absolu. Les accords à la fois européens et internationaux reconnaissent qu'elle peut être restreinte dans des circonstances limitées. L'article 19, paragraphe 3, du PIDCP stipule que la liberté d'expression peut être limitée pour les motifs suivants : protection des droits d'autrui, sécurité nationale, ordre public, santé publique ou la morale.¹² Selon l'article 10, paragraphe 2 de la Convention européenne des droits de l'homme :

L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense

7 Voir Cour européenne des droits de l'homme, « Guide sur l'article 10 de la Convention - Liberté d'expression » (31 août 2022)

8 *Observer et Guardian c. United Kingdom* (1992) 14 EHRR 153, paragraphe 59

9 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JO C 326 (26 octobre 2012)

10 Union européenne, « Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux (2007/C 303/02) » JO C 303/17 (14 décembre 2007)

11 Voir par exemple l'affaire C-555/19, *Fussl Modestraße Mayr*, Cour de justice de l'UE, 3 février 2021, paragraphe 81-83

12 PIDCP, article 19

de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.¹³

La CEDH a établi trois critères visant à examiner si l'ingérence dans la liberté d'expression était « prescrite par la loi », si elle « poursuivait l'un des buts légitimes » énoncés à l'article 10, paragraphe 2, et si elle était « nécessaire dans une société démocratique ». L'article 19, paragraphe 3 du PIDCP établit des critères similaires, qui limitent les restrictions à celles autorisées par l'article 19, paragraphe 3, prévues par la loi, et répondent à des critères stricts de nécessité et de proportionnalité.¹⁴

Dans le cadre des accords internationaux signés par l'Espagne, ces accords importants et les décisions de la Cour européenne et du Comité des droits de l'homme des Nations unies devraient se refléter dans l'interprétation de l'article 20 - la garantie de la liberté d'expression - de la Constitution espagnole de 1978. En outre, l'article 10 paragraphe 2 de la Constitution exige que les droits fondamentaux soient « interprétés conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux sur la même question ratifiée par l'Espagne ».

2. Protections du discours politique

Conformément au droit international et européen, la liberté d'expression en matière de discours politique fait l'objet de protections strictes. La CEDH a statué que « l'article 10, paragraphe 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou des questions d'intérêt général ». ¹⁵ Dans une affaire en Espagne, la Cour a jugé qu'une sanction pénale pour avoir brûlé la photo du roi violait l'article 10 car les restrictions exigeaient des « raisons très fortes » pour restreindre l'expression politique.¹⁶

La Cour a statué que le niveau élevé de protection de la liberté d'expression s'étendait particulièrement aux fonctions publiques :

13 Convention européenne des droits de l'homme, article 10, paragraphe 2

14 Comité des droits de l'homme des Nations unies, « Observation générale n° 34 : Article 19 : Libertés d'opinion et d'expression » (12 septembre 2011), UN Doc CCPR/C/GC/34, paragraphe 22

15 *Wingrove c. Royaume-Uni* (1996) 24 EHRR 1, paragraphe 58

16 *Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne*, Requêtes 51168/15 et 51186/15 (CEDH, 13 mars 2018).

Une personne opposée aux idées et aux positions officielles doit pouvoir trouver sa place dans l'arène politique. Si la liberté d'expression est importante pour tous, elle l'est tout particulièrement pour un représentant élu du peuple [...] En conséquence, les ingérences relatives à [sa] liberté d'expression [...] requièrent un examen des plus minutieux de la part de la Cour.¹⁷

Comme indiqué plus haut, la protection de la liberté d'expression couvre également la discussion de questions controversées, y compris celles pouvant provoquer un malaise ou un choc et qui remettent en cause des opinions largement partagées. Dans une affaire turque, la Cour a estimé qu'elle s'étendait aux discussions sur le séparatisme :

Selon la Cour, le fait qu'un tel programme politique soit considéré comme incompatible avec les principes et les structures actuels de l'État turc ne le rend pas incompatible avec les règles de la démocratie. Il est de l'essence même de la démocratie de permettre que des programmes politiques divers soient proposés et débattus, y compris ceux qui remettent en cause l'organisation actuelle de l'État, à condition qu'ils ne nuisent pas à la démocratie elle-même.¹⁸

Cependant, le discours doit être pacifique et ne doit pas « répandre, inciter, promouvoir ou justifier la violence, la haine ou l'intolérance »¹⁹ ou créer un danger clair ou imminent de violence²⁰ qui pourrait avoir un « impact sur la « sécurité nationale » ou « l'ordre public » en encourageant le recours à la violence ou en incitant autrui à la résistance armée ou à la rébellion ». ²¹ Les restrictions doivent être limitées dans leur portée et objectif.²² La Cour suit trois critères pour déterminer si le discours en question constitue un appel à la violence :

(i) si les déclarations ont été formulées dans un contexte politique ou social tendu ; (ii) si les déclarations, interprétées équitablement et considérées dans leur contexte immédiat ou plus large, pourraient être considérées comme un appel direct ou indirect à la violence ou comme une justification de la violence,

17 *Piermont c. France* Requête n° 15773/89 et 15774/896 (CEDH, 27 avril 1995) citant *Castells c. Espagne* (1992) Série A n° 236, p. 22, paragraphe 42 ; voir également *Otegi Mondragon c. Espagne* Requête 2034/07 (CEDH, 6 février 2019), paragraphe 50 (concernant les membres du Parlement) ; et *Fragoso Dacosta c. Espagne*, Requête 27926/21 (CEDH, 8 juin 2023) (syndicalistes)

18 *Parti socialiste et autres c. Turquie* (1999) 27 EHRR 51, paragraphe 47

19 *Stomakhin c. Russie*, Requête 52273/07 (CEDH, 9 mai 2018), paragraphe 92

20 *Gül et autres c. Turquie*, Requête 4870/02 (CEDH, 14 décembre 2000), paragraphe 42

21 *Kılıç et Eren c. Turquie* Requête 43807/07 (CEDH, 29 novembre 2011), paragraphes 28-29

22 *Bidart c. France* Requête 52363/11 (CEDH, 2 novembre 2015), paragraphes 42

3. David Banisar, Questions relatives à la liberté d'expression et de réunion dans le conflit sur l'indépendance de la Catalogne

de la haine ou de l'intolérance ; et (iii) la manière dont les déclarations ont été formulées, et leur capacité - directe ou indirecte - à entraîner des conséquences néfastes.²³

Par principe, la Cour a statué que les discours pacifiques et non violents ne devraient pas conduire à un emprisonnement²⁴, sauf dans des « circonstances exceptionnelles » lorsque le discours incite au recours à la violence ou constitue un discours de haine.²⁵

De même, les restrictions fondées sur la sécurité nationale et la lutte contre le terrorisme font également l'objet d'un examen minutieux. La Cour européenne des droits de l'homme s'est largement prononcée sur l'article 10 et les mesures antiterroristes.²⁶ Son approche consiste à examiner dans quelle mesure le discours contribue à un débat d'intérêt général, si le discours est susceptible d'exacerber ou de justifier la violence, la haine ou l'intolérance, et quelle est la sévérité de la sanction. Pour que le discours soit passible de sanctions, il doit créer un « danger clair et imminent » qui aurait « un impact sur la « sécurité nationale » ou « l'ordre public » en encourageant le recours à la violence ou en incitant autrui à la résistance armée ou à la rébellion ».²⁷

Les organismes internationaux ont également donné leur point de vue. Le Comité des droits de l'homme des Nations unies a noté dans son Observation générale n° 34 :

Les États parties doivent prendre les plus grandes précautions pour que toute législation relative à la trahison et toutes dispositions analogues relatives à la sécurité nationale, qu'elles se présentent sous la forme de lois sur les secrets d'État, de lois sur la sédition ou sous d'autres formes, soient conçues et appliquées d'une façon qui garantisse la compatibilité avec les conditions strictes énoncées au paragraphe 3.²⁸

Le Rapporteur spécial des Nations unies sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste a développé ce point dans son rapport de 2016 au Conseil des droits de l'homme :

23 Voir par exemple *Rivadulla Duró c. Espagne* Requête 27925/21 (CEDH, 9 novembre 2023), paragraphe 32 (rejetant le recours du rappeur espagnol Pablo Hasel pour condamnation pénale pour des déclarations critiques et une chanson sur le roi émérite Juan Carlos I, les GRAPO et la police)

24 *Murat Vural c. Turquie* Requête 9540/07 (CEDH, 21 octobre 2014), paragraphe 66

25 *Erkizia Almandoz c. Espagne*, Requête 5869/17 (CEDH, 22 juin 2021), paragraphes 39-40

26 Voir Cour européenne des droits de l'homme, « Guide sur l'article 10 de la Convention - Liberté d'expression », 31 août 2022.

27 *Kiliç et Eren c. Turquie* Requête 43807/07 (CEDH, 29 novembre 2011), paragraphes 29-30.

28 Observation générale 34 (2011), paragraphe 30.

il doit être clair que le simple fait d'avoir ou d'exprimer pacifiquement des opinions considérées comme « extrêmes », quelle que soit leur définition, ne doit jamais être criminalisé, à moins qu'elles ne soient associées à la violence ou à des activités criminelles. L'application pacifique d'un programme politique ou autre - même si ce programme est différent des objectifs du gouvernement et considéré comme « extrême » - doit être protégée. Les gouvernements doivent s'opposer aux idées qu'ils désapprouvent mais ne doivent pas chercher à empêcher les idées et les opinions non violentes d'être débattues.²⁹

Les Rapporteurs spéciaux des Nations unies, de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, de l'Organisation des États américains et de l'Union africaine sur la liberté d'expression et des médias ont également défini conjointement des normes que les États devraient respecter dans le cadre de leurs efforts de lutte antiterroriste. Dans leur déclaration commune de 2009, ils ont déclaré que :

La définition du terrorisme, du moins telle qu'elle s'applique dans le cadre des restrictions à la liberté d'expression, devrait être limitée aux crimes violents conçus pour faire progresser une cause idéologique, religieuse, politique ou criminelle organisée et pour influencer les autorités publiques en infligeant la terreur au public.

La criminalisation des discours relatifs au terrorisme devrait être limitée aux cas d'incitation intentionnelle au terrorisme, entendue comme un appel direct à s'engager dans le terrorisme et considérée comme directement responsable de l'augmentation de la probabilité qu'un acte terroriste se produise, ou à la participation réelle à des actes terroristes (par exemple en les dirigeant). Des notions vagues telles que le soutien au terrorisme ou à l'extrémisme via la communication, la « glorification » ou la « promotion » du terrorisme ou de l'extrémisme, et la simple répétition de déclarations de terroristes, qui ne constitue pas en soi une incitation, ne devraient pas être criminalisées.³⁰

29 Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste (22 février 2016) UN Doc A/HRC/31/65, paragraphe 38.

30 Rapporteur spécial des Nations unies sur la liberté d'opinion et d'expression, représentant de l'OSCE pour la liberté des médias, Rapporteur spécial de l'OEA sur la liberté d'expression, Rapporteur spécial de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples sur la liberté d'expression et l'accès à l'information, « Déclaration conjointe sur la lutte contre la diffamation des religions, et la législation contre le terrorisme et l'extrémisme » (décembre 2008) ; voir également la Déclaration conjointe sur la liberté d'expression et les réponses aux situations de conflit, 4 mai 2015.

3. Droits des minorités nationales

Un autre aspect de la liberté d'expression pertinent pour cette discussion est celui des droits linguistiques des minorités. Les droits linguistiques sont considérés comme une « expression de l'identité individuelle et collective »³¹ et sont protégés en tant que droits à la liberté d'expression ainsi que dans le cadre d'autres accords sur les droits de l'homme. Selon ce point de vue, les minorités nationales sont reconnues comme bénéficiant d'une protection expresse de la liberté d'expression. Ce droit comprend le droit de s'exprimer dans sa propre langue en public et en privé, l'accès au contenu des médias, la participation aux services publics et l'accès à l'information.³²

La liberté d'expression et de réunion pacifique est expressément protégée pour les minorités nationales par la Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur les minorités nationales.³³ La Charte européenne des langues régionales ou minoritaires engage les États à ne pas restreindre les émissions et les documents écrits dans une langue régionale ou minoritaire.³⁴

III. Liberté de réunion pacifique

Le droit de réunion pacifique est également considéré comme « l'un des fondements » d'une société démocratique, au même titre que la liberté d'expression.³⁵ Le Comité des droits de l'homme des Nations unies a déclaré qu'il « forme le socle même des systèmes de gouvernance participative fondés sur la démocratie, les droits de l'homme, l'état de droit et le pluralisme ».³⁶

31 Comité consultatif du CdE sur la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, « Commentaire thématique n° 3 : Les droits linguistiques des personnes appartenant aux minorités nationales en vertu de la Convention-cadre », 24 mai 2012.

32 Voir le Rapporteur spécial des Nations unies sur les questions relatives aux minorités, « Droits linguistiques des minorités linguistiques : guide pratique pour leur mise en œuvre », mars 2017.

33 Convention-cadre pour la protection des minorités nationales (STE n° 157), 2008, articles 7, 9

34 Charte européenne des langues régionales ou minoritaires (STE 148), 1992, article 11, paragraphe 2

35 *Kudrevičius et autres c. Lituanie* [GC] Requête 37553/05 (CEDH, 26 novembre 2011), paragraphe 91

36 Comité des droits de l'homme des Nations Unies, « Observation générale n° 37 (2020) sur le droit de réunion pacifique (article 21) », (17 septembre 2021), UN Doc CCPR/C/GC/37, paragraphe 1

Ce droit est énoncé dans de nombreux traités internationaux, avec des formulations légèrement différentes. La Déclaration universelle des droits de l'homme stipule que « [t]oute personne a droit à la liberté de réunion et d'association pacifiques »³⁷ tandis que le PIDCP stipule que « [l]e droit de réunion pacifique est reconnu ».³⁸ La Convention européenne des droits de l'homme et la Charte de l'UE stipulent que « [t]oute personne a droit à la liberté de réunion pacifique ». ³⁹ Selon les explications officielles de la Charte, la signification de la disposition de la Charte est la même que celle de la Convention européenne des droits de l'homme mais son champ d'application est plus large puisqu'elle s'applique également aux organes de niveau européen.⁴⁰ Comme pour la liberté d'expression, elle ne peut être limitée en deçà des normes établies par la CEDH.

Le champ d'application du concept de réunion couvre une grande variété d'événements. La CEDH a refusé de définir des paramètres explicites sur ce qui constitue une réunion et a déclaré que cette notion devait être considérée depuis une perspective générale.⁴¹ Elle peut englober des actions allant de petites manifestations spontanées à des rassemblements de masse organisés. D'autres organes européens ont également adopté cette approche. Les lignes directrices de la Commission de Venise de l'OSCE/COE la définissent comme « le rassemblement intentionnel d'un certain nombre de personnes dans un lieu accessible au public dans un but expressif commun. Cela comprend les assemblées planifiées et organisées, les assemblées non planifiées et spontanées, les assemblées statiques et mobiles ».⁴²

Dans son Observation générale n° 37, le Comité des droits de l'homme des Nations unies a déclaré que :

L'article 21 du Pacte protège les réunions pacifiques, qu'elles se déroulent à l'extérieur, à l'intérieur ou en ligne, dans l'espace public ou dans des lieux privés, ou qu'elles combinent plusieurs de ces modalités. Ces réunions peuvent prendre de nombreuses formes, à savoir notamment celles de manifestations, protestations, rassemblements, défilés, sit-in, veillées à la bougie et mobilisations éclair. Elles sont protégées au titre de l'article 21, qu'elles soient statiques, comme les piquets, ou mobiles, comme les défilés ou les marches.⁴³

37 dUDH, article 20

38 PIDCP, article 21

39 *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, JO C 326, 26 octobre 2012

40 Union européenne, « Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux (2007/C 303/02) » JO C 303/17, 14 décembre 2007

41 *Navalnyy c. Russie* [GC] Requête 29580/12 (CEDH, 15 novembre 2018), paragraphe 98

42 OSCE/BIDDH - Commission de Venise, « Lignes directrices du BIDDH-Commission de Venise sur la liberté de réunion pacifique (3e éd.) », CDL-AD(2019)017 (8 juillet 2019), paragraphe 18

43 Comité des droits de l'homme des Nations Unies, « Observation générale n° 37 (2020) sur le droit de réunion pacifique (article 21) », UN Doc CCPR/C/GC/37 (17 septembre 2021), paragraphe 6

Les réunions peuvent également être protégées si celles-ci sont virtuelles. Selon le Comité des droits de l'homme « la protection offerte par l'article 21 s'étend également à la participation à distance à des réunions ainsi qu'à leur organisation à distance, par exemple aux réunions en ligne. »⁴⁴ Les protections englobent également les activités connexes, notamment les préparations, les communications et les déplacements.⁴⁵ Les communications via Internet ne peuvent pas non plus être entravées pour limiter une réunion pacifique.

Selon le Comité des droits de l'homme, elle s'applique à tout le monde : « les citoyens comme les noncitoyens. Ce droit peut être exercé, par exemple, par les ressortissants étrangers, les migrants (y compris les sans-papiers), les demandeurs d'asile, les réfugiés et les apatrides. »⁴⁶ Les lignes directrices du BIDDH et de la Commission de Venise précisent que les protections s'appliquent également aux organisations qui les organisent :

Le droit à la liberté de réunion pacifique peut être exercé par des individus et des groupes (informels ou ad hoc), des personnes morales et des personnes physiques, et des associations non enregistrées ou enregistrées, y compris les syndicats, les partis politiques et les groupes religieux⁴⁷

Les États ont l'obligation positive de faciliter les réunions. En particulier, ils sont tenus de veiller à ce que les limites imposées aux réunions par la loi et la pratique ne soient pas discriminatoires concernant divers critères, notamment « l'opinion politique ou autre, le statut de minorité et l'origine nationale et sociale ». ⁴⁸ Cette protection est réaffirmée par la Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur les minorités nationales qui exige que tous les signataires « assurent à toute personne appartenant à une minorité nationale le respect des droits à la liberté de réunion pacifique ». ⁴⁹

1. Définition de réunions pacifiques

Tout d'abord, conformément au droit international, les protections relatives à la liberté de réunion ne s'appliquent qu'aux « réunions pacifiques », c'est-à-dire si l'objectif de la réunion est non-violent. Conformément à la Convention européenne des droits

44 Ibid, paragraphe 11

45 Ibid, paragraphe 33

46 Ibid, paragraphe 5

47 OSCE/BIDDH - Commission de Venise, « Lignes directrices du BIDDH-Commission de Venise sur la liberté de réunion pacifique (3e éd.) », CDL-AD(2019)017 (8 juillet 2019), paragraphe 43

48 Observation générale 37, paragraphe 25

49 Convention-cadre, article 7

de l'homme, la CEDH a statué qu'elles ne s'appliquent pas si les organisateurs ont des intentions violentes, « incitent à la violence ou rejettent d'une autre manière les fondements d'une société démocratique ».⁵⁰ Le Comité des droits de l'homme des Nations unies a déclaré qu'il existe une « présomption en faveur du caractère pacifique des réunions »⁵¹ et, sans définir ce qui est pacifique, il a souligné qu'« une réunion « pacifique » est à l'opposé d'une réunion caractérisée par des violences graves et généralisées ».⁵² Il définit la violence comme « l'utilisation contre autrui par les participants d'une force physique susceptible d'entraîner des blessures ou la mort, ou de causer des dommages graves aux biens ».⁵³

Le blocage des activités quotidiennes ne met pas automatiquement fin aux protections de la réunion. Les activités pouvant enfreindre les législations ou les réglementations, y compris pénétrer dans des locaux et bloquer des routes ou des bâtiments, peuvent être protégées en fonction des circonstances.⁵⁴ Le Comité des droits de l'homme a en outre précisé :

[...] les réunions pacifiques peuvent parfois être utilisées pour poursuivre des idées ou des objectifs controversés. Leur ampleur ou leur nature peuvent causer des perturbations, par exemple gêner la circulation des véhicules ou des piétons ou entraver l'activité économique. Ces conséquences, qu'elles soient intentionnelles ou involontaires, ne remettent pas en cause la protection dont bénéficient ces rassemblements.⁵⁵

Le Comité a également déclaré que « les faits de pousser et bousculer ou de perturber la circulation des véhicules ou des piétons ou les activités quotidiennes ne constituent pas de la « violence ».⁵⁶ Les lignes directrices du BIDDH et de la Commission de Venise précisent que :

Il comprend également les comportements qui entravent, empêchent ou gênent temporairement les activités de tiers, par exemple en bloquant temporairement la circulation. En tant que telle, une assemblée peut être entièrement « pacifique » même si elle est « illégale » en vertu du droit national.⁵⁷

50 CEDH, *Navalnyy*, paragraphe 98

51 Observation générale 37, paragraphe 17

52 Ibid, paragraphe 15

53 Ibid

54 Pour un aperçu détaillé des affaires de la CEDH, voir Cour européenne des droits de l'homme, « Guide sur l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme : Liberté de réunion et de réunion » (31 août 2022)

55 Observation générale 37, paragraphe 7

56 Ibid, paragraphe 15

57 Lignes directrices du BIDDH et de la Commission de Venise, paragraphe 19

Il est également important de noter que le simple fait que des actes violents sporadiques aient été commis par certains des participants à la réunion ne rend pas en soi l'ensemble de la réunion illégale ou ne rend pas les organisateurs responsables des actions des participants.⁵⁸ En outre, la CEDH a statué que « même s'il existe un risque réel qu'une manifestation publique entraîne des troubles en raison d'événements échappant au contrôle des organisateurs, une telle manifestation n'échappe pas en tant que telle au champ d'application [des protections] ». ⁵⁹ De plus, la violence à l'encontre de la réunion, particulièrement par la police, ne la rend pas non pacifique. Selon l'observation générale 37 :

La violence déployée par les autorités ou commise par des agents provocateurs agissant pour leur compte contre les participants à une réunion pacifique ne rend pas la réunion non pacifique. Il en va de même pour les actes de violence commis par d'autres citoyens contre la réunion, et des violences commises par les participants à des contre-manifestations.⁶⁰

2. Limites à la liberté de réunion

Comme pour la liberté d'expression, le droit de réunion peut être limité si les restrictions répondent au triple critère traditionnel des droits de l'homme, selon lequel elles doivent être « prévues par la loi, constitu[er] des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». ⁶¹ Les restrictions pour des raisons de sécurité publique ne peuvent être justifiées que si la réunion « crée un danger réel et important menaçant la sécurité des personnes (leur vie ou leur sécurité personnelle) ou un risque similaire de causer des dommages graves à leurs biens ». ⁶² Les interdictions de réunions ne doivent être envisagées qu'en « dernier ressort » et toute restriction devrait avoir recours aux « mesures les moins intrusives ». ⁶³ Un concept clé est que toute restriction doit être « neutre quant au contenu ».

58 *Laguna Guzman c. Espagne* Requête 41462/17 (CEDH, 6 octobre 2020), paragraphe 34

59 *Taranenko c. Russie* Requête 19554/05 (CEDH, 15 mai 2014), paragraphe 65

60 Observation générale 37, paragraphe 18

61 CEDH, article 11(2). La formulation de l'article 21 du PIDCP est quasi identique.

62 Observation générale 37, paragraphe 43

63 Observation générale 37, paragraphe 37

La CEDH a estimé que les exigences en matière de notification et d'autorisation préalable ne violaient pas la Convention mais qu'elles ne pouvaient pas être appliquées de manière disproportionnée au point d'empêcher les réunions.⁶⁴ Toutefois, le droit de réunion pacifique s'applique aux réunions non enregistrées et spontanées ainsi qu'aux réunions officiellement sanctionnées.

Le Comité des droits de l'homme a également déclaré que les sanctions pour des actes illégaux commis lors d'une réunion pacifique doivent être « proportionnées et non discriminatoires et ne doivent pas être basées sur des infractions dont la définition est ambiguë ou trop large ».⁶⁵

3. Lien entre la liberté de réunion et la liberté d'expression

Il existe un lien étroit entre les manifestations et la liberté d'expression. Dans son Observation générale n° 34 sur la liberté d'expression, le Comité des droits de l'homme des Nations unies a déclaré que la liberté d'expression est « une partie intégrante de l'exercice du droit de réunion et d'association et de l'exercice du droit de vote »⁶⁶, tandis que la liberté de réunion est « essentielle à l'expression publique des points de vue et opinions », qui « implique la possibilité de participer à une réunion pacifique dans l'intention de soutenir ou de désapprouver telle ou telle cause particulière ».⁶⁷ Dans son Observation générale 37, le Comité des droits de l'homme a réaffirmé le lien symbiotique entre l'intégration des règles relatives à la liberté d'expression et l'évaluation des limites imposées à la liberté de réunion :

Les règles applicables à la liberté d'expression devraient également être suivies en ce qui concerne la fonction d'expression d'opinions des réunions pacifiques. Les restrictions ne doivent donc pas être utilisées, expressément ou implicitement, pour museler l'expression de l'opposition politique au pouvoir en place, la contestation de l'autorité, y compris les appels à un changement de gouvernement, de constitution ou de système politique, ou la recherche de l'autodétermination. Elles ne devraient pas être utilisées pour interdire les insultes à l'honneur et à la réputation des agents ou des organes de l'État.⁶⁸

64 CEDH, *Navalnyy*, paragraphe 100

65 Observation générale 37, paragraphe 67

66 Ibid, paragraphe 4

67 *Praded c. Biélorussie*, Comité des droits de l'homme des Nations unies, Constatations adoptées le 10 octobre 2014, UN Doc CCPR/C/112/D/2029/2011, paragraphe 7.4

68 Comité des droits de l'homme des Nations Unies, « Observation générale n° 37 (2020) sur le droit de réunion pacifique (article 21) », CCPR/C/GC/37, 17 septembre 2021, paragraphe 49

3. David Banisar, Questions relatives à la liberté d'expression et de réunion dans le conflit sur l'indépendance de la Catalogne

L'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) a souligné l'importance de la réunion pour garantir que les opinions minoritaires et contestataires puissent s'exprimer et débattre. Elle est décrite comme étant :

associée au droit de remettre en question les opinions dominantes au sein de la société, de présenter des idées et des opinions alternatives, de promouvoir les intérêts et les opinions des groupes minoritaires et des sections marginalisées de la société et de donner aux individus la possibilité d'exprimer leurs points de vues et opinions en public, indépendamment de leur pouvoir, de leur richesse ou de leur statut.⁶⁹

La CEDH a déclaré dans de nombreuses affaires que les manifestations étaient des expressions d'opinion protégées par l'article 10.⁷⁰ La Cour a également relevé la nature complémentaire des deux droits dans une affaire récente sur la Catalogne :

dans le domaine du débat politique, les garanties des articles 10 et 11 sont souvent complémentaires [...] Nonobstant son rôle autonome et son champ d'application particulier, l'article 11 doit également être considéré à la lumière de l'article 10, où le but de l'exercice de la liberté de réunion est l'expression des opinions personnelles, ainsi que la nécessité de garantir un forum pour le débat public et l'expression ouverte de la protestation.⁷¹

Dans les cas où les deux droits sont examinés, la Cour considère l'article 11 comme la *lex specialis* mais affirme qu'il « doit également être examiné à la lumière de l'article 10, dans lequel l'objectif de l'exercice de la liberté de réunion est l'expression d'opinions personnelles ».⁷²

Dans le cadre du sujet de cet article, l'OSCE a noté que ces droits « peuvent également constituer un moyen important d'appeler au changement dans des contextes où il n'existe pas de mécanismes plus institutionnels pour effectuer un changement social ». ⁷³ Selon la CEDH, cela inclut le droit de demander l'autonomie ou la sécession en l'absence d'intention violente :

le fait qu'un groupe de personnes appelle à l'autonomie ou même demande la sécession d'une partie du territoire d'un pays – exigeant par là des modifications

69 OSCE, « Handbook on Monitoring Freedom of Peaceful Assembly » (2011), p. 7

70 *Steel et autres contre le Royaume-Uni* Requête 24838/94 (CEDH, 23 septembre 1998)

71 *Forcadell i Lluís et autres c. Espagne*, Requête 75147/17 (CEDH, 7 mai 2019), paragraphe 23

72 *Kudrevičius et autres c. Lituanie* [GC], Requête 37553/05 (CEDH, 15 octobre 2015), paragraphe 86

73 Handbook on Monitoring Freedom of Peaceful Assembly, paragraphe 7

constitutionnelles et territoriales fondamentales – ne justifie pas nécessairement l'interdiction de leurs rassemblements. Exiger des changements territoriaux dans des discours et manifestations ne s'analyse pas automatiquement en une menace pour l'intégrité territoriale et la sécurité nationale du pays.

La liberté de réunion et le droit d'exprimer ses vues à travers cette liberté font partie des valeurs fondamentales d'une société démocratique. L'essence de la démocratie tient à sa capacité à résoudre des problèmes par un débat ouvert. Des mesures radicales de nature préventive visant à supprimer la liberté de réunion et d'expression en dehors des cas d'incitation à la violence ou de rejet des principes démocratiques – aussi choquants et inacceptables que peuvent sembler certains points de vue ou termes utilisés aux yeux des autorités, et aussi illégitimes les exigences en question puissent-elles être – desservent la démocratie, voire, souvent, la mettent en péril.

Dans une société démocratique fondée sur la prééminence du droit, les idées politiques qui contestent l'ordre établi et dont la réalisation est défendue par des moyens pacifiques doivent se voir offrir une possibilité convenable de s'exprimer à travers l'exercice de la liberté de réunion ainsi que par d'autres moyens légaux.⁷⁴

En outre, les lois sur le terrorisme ne devraient pas être utilisées pour limiter les réunions pacifiques. Selon l'observation générale 37 :

Si les actes terroristes doivent être érigés en infractions pénales conformément au droit international, l'infraction de terrorisme ne doit pas être définie de façon trop large ou discriminatoire et ne doit pas être utilisée de manière à faire obstacle à l'exercice du droit de réunion pacifique ou à le décourager. L'organisation d'une réunion pacifique ou la participation à une telle réunion ne saurait être réprimée en vertu de lois antiterroristes.⁷⁵

La liberté d'expression doit également être considérée dans le contexte des journalistes qui observent des manifestations, qu'elles soient pacifiques ou non. Les journalistes ont le droit de suivre les manifestations, de les enregistrer et de rendre compte de ce qui se passe.⁷⁶ Cela comprend notamment le fait de garantir que les journalistes aient un

74 *Stankov et l'Organisation macédonienne unie Ilinden c. Bulgarie*, Requêtes n° 29221/95 29225/95, (CEDH, 20 octobre 2005), paragraphe 97

75 Observation générale 37, paragraphe 68

76 OSCE/BIDDH - Commission de Venise, « Lignes directrices du BIDDH-Commission de Venise sur la liberté de réunion pacifique (3e éd.) », CDL-AD(2019)017 (8 juillet 2019), paragraphe 34 ; Conseil de l'Europe, « Lignes directrices du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur la protection de la liberté d'expression et d'information en temps de crise » CM/Del/Dec(2007)1005/5.3-appendix11 (2007).

accès libre aux manifestations, indépendamment de leur accréditation, qu'ils bénéficient d'une protection contre les violences exercées à leur encontre par quelque partie que ce soit, et que leur matériel soit protégé contre les saisies ou les dommages.⁷⁷ La CEDH a statué que toutes les tentatives d'expulser des journalistes de manifestations sont soumises à un examen minutieux.⁷⁸ Elle a également estimé que les violences à l'encontre des journalistes couvrant les manifestations constituaient une violation de l'article 10.⁷⁹

IV. Les défis de la liberté d'expression en Espagne

La situation de la liberté d'expression en Espagne est complexe. D'une part, en tant que membre de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe, elle a accepté d'adopter des normes qui offrent les protections les plus étendues au monde en matière de liberté d'expression. Elle occupe le 36^e rang dans le classement mondial de la liberté de la presse 2023 de Reporters Sans Frontières (RSF)⁸⁰, tandis que l'*Index on Censorship* la classe comme « significativement ouverte », au même niveau que le Canada et la France et au-dessus des États-Unis.⁸¹

Cependant, parallèlement à cela, avant et après le conflit sur le référendum d'indépendance, de nombreuses affaires ont suscité des inquiétudes quant à la liberté d'expression.⁸² Les sources de ces affaires comprennent les mesures antiterroristes, les insultes à l'encontre de la Couronne et d'autres dispositions du code pénal. Ces affaires constituent la toile de fond d'un conflit autour de l'indépendance, dont beaucoup impliquent des défis à l'autorité de l'État et aux groupes minoritaires nationaux, y compris le peuple catalan.

77 Miklós Haraszti, « Special Report: Handling of the media during political demonstrations, Observations and Recommendations », Représentant de l'OSCE pour la liberté des médias (juin 2007)

78 *Pentikäinen c. Finlande* Requête 11882/10 (CEDH, 20 octobre 2015), para 89

79 *Najafli c. Azerbaïdjan* Requête 2594/07 (CEDH, 2 octobre 2012), paragraphe 67

80 Reporters Sans Frontières, Espagne (2023).

81 Index on Censorship, Index Index (2023)

82 Voir par exemple la lettre du commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe au ministre de la Justice, Réf : CommHR/DM/sf 015-2021 (11 mars 2021); Article 19, « España: Delitos relacionados con la Libertad de expresión en el Código Penal » (mars 2020)

Le Centre européen pour la liberté des médias a enregistré plus de 300 incidents dans sa base de données depuis 2014.⁸³ Cette partie passe en revue une sélection de lois et de conflits.

1. Liberté d'expression et de manifestation sous pression

L'une des lois les plus controversées est la loi organique sur la sécurité des citoyens, communément appelée « Ley Mordaza », qui restreint à la fois les droits d'expression et de réunion, adoptée par le gouvernement conservateur en 2015.⁸⁴ Elle fait de la « désobéissance ou de la résistance aux autorités ou à leurs agents dans l'exercice de leurs fonctions » ainsi que de l'occupation des espaces publics une infraction grave. Une autre disposition confère aux rapports de police une présomption de véracité. Les manifestations peuvent être interdites à proximité des organes élus locaux, même lorsqu'ils ne siègent pas. Selon Amnesty International, jusqu'en 2022, plus de 250 000 amendes et autres sanctions ont été imposées conformément à la loi.⁸⁵ L'organisme a également indiqué que la loi avait un effet dissuasif sur les manifestations, bon nombre de personnes craignant d'être condamnées à des peines sévères pour avoir participé à des manifestations.

Une disposition qui interdisait l'utilisation « non autorisée » d'images de policiers a été partiellement révisée par la Cour constitutionnelle qui a jugé qu'une autorisation n'était pas nécessaire. Le commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe en 2018⁸⁶ et la Commission de Venise en 2021 ont appelé l'Espagne à réformer la loi afin de mieux clarifier les infractions et de créer une présomption d'autorisation des réunions, même sans notification préalable.⁸⁷ Le gouvernement actuel s'est engagé à réformer la loi mais ces efforts n'ont pas encore abouti à des changements.

Une autre préoccupation de longue date concerne le recours excessif aux lois antiterroristes. L'article 578 du code pénal considère une infraction pénale « l'apologie ou la justification publique des [crimes de terrorisme] [...] ou des personnes ayant participé à leur exécution, ou l'accomplissement d'actes qui entraînent le discrédit, le mépris ou

83 Centre européen pour la liberté des médias, Cartographie de la liberté des médias. Disponible à l'adresse suivante <https://www.mappingmediafreedom.org>

84 Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana; Voir Tori Sparks, « Spain's Gag Law: Watch What You Say », Metropolitan Barcelona (19 avril 2021)

85 Amnesty International, « Derecho a la protesta en España: Siete años, siete mordazas que restringen y debilitan el derecho a la protesta pacífica en España » (novembre 2022).

86 Dunja Mijatovic, Lettre à Juan Carlos Campo, CommHR/DM/sf 015-2021 (11 mars 2021)

87 Commission européenne (Venise) pour la démocratie par le droit, « Avis sur la loi sur la sécurité des citoyens », Avis n° 826/2015 (22 mars 2021)

l'humiliation des victimes de crimes de terrorisme ou de leurs proches. » Les sanctions imposées sont plus lourdes lorsqu'elles sont « menées à bien via la diffusion de services ou de contenus accessibles au public par le biais des médias, d'Internet ou de moyens de communication électrique ou en ayant recours aux technologies de l'information. »⁸⁸ Le commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a écrit publiquement au gouvernement espagnol en 2021 pour appeler à la réforme de cet article :

certaines décisions des tribunaux espagnols n'ont pas su déterminer de manière adéquate si la glorification du terrorisme comportait le risque d'un danger réel, concret et imminent [...] certains tribunaux espagnols ont également interprété la notion d'intention des auteurs de manière abstraite, sans prendre en compte d'autres éléments que la formulation en cause, et sans considération adéquate du contexte entourant le discours incriminé ou de ses conséquences.⁸⁹

En 2021, la CEDH a estimé que la condamnation d'un ancien politicien basque pour apologie du terrorisme pour avoir parlé de l'indépendance basque, lors d'un hommage rendu à un ancien collègue, violait l'article 10 car il ne prônait pas la lutte violente.⁹⁰ Cependant, en 2023, la Cour a rejeté comme irrecevable le recours du rappeur espagnol Pablo Hasel contre sa condamnation pénale pour des déclarations critiques et une chanson traitant divers sujets, dont l'ancien roi et la police.⁹¹

Le rôle de la Cour constitutionnelle et de l'Audiencia Nacional, une cour spéciale ayant compétence sur les crimes contre l'État, a également fait l'objet de vives critiques. Dans au moins une affaire portée devant la Cour européenne des droits de l'homme, cette dernière a conclu à une violation de l'article 6 sur le droit à un procès équitable pour la condamnation pénale d'un parlementaire basque pour avoir insulté le roi en critiquant son apparition lors de l'inauguration d'une centrale électrique, à la suite de la perquisition d'un journal local et de l'arrestation de journalistes.⁹²

Outre les dispositions relatives au terrorisme, le code pénal espagnol contient un certain nombre d'autres dispositions ayant une incidence sur la liberté d'expression. Il s'est avéré que ces dispositions ont été utilisées de manière inappropriée par les autorités pour faire

88 Article 578 (2) du code pénal espagnol.

89 Dunja Mijatovic, Lettre aux dirigeants du Parlement espagnol CommHR/DMSf 087-2018 (20 novembre 2018)

90 *Erkizia Almandoz c. Espagne*, App 5869/17 (CEDH, 22 juin 2021)

91 *Rivadulla Duró c. Espagne* Requête 27925/21 (CEDH, 9 novembre 2023), paragraphe 32

92 *Otegi Mondragon c. Espagne* Requête 2034/07 (ECtHR, 15 septembre 2011), Pour un article général sur l'affaire, voir Solanes Mullor, Joan. « The Implications of the Otegi Case for the Legitimacy of the Spanish Judiciary: ECtHR 6 February 2019, Case Nos. 4184/15 and 4 Other Applications, Otegi Mondragon and Others v Spain. » *European Constitutional Law Review* 15, no. 3 (2019): 574-88.

taire les dissidents.⁹³ L'article 543 du code pénal considère une infraction le fait d'insulter « l'Espagne, ses communautés autonomes, ses symboles ou ses emblèmes ». En juin 2023, la CEDH a statué que la condamnation pénale d'un responsable syndical ayant crié des paroles offensantes lors de la levée du drapeau national au cours d'une manifestation violait l'article 10 car elle ne créait pas de troubles à l'ordre public.⁹⁴

D'autres dispositions, à savoir les articles 490 et 491, interdisent les insultes contre la couronne. La CEDH a statué en 2018 que les condamnations pénales de deux personnes en Catalogne pour avoir brûlé une photo de la famille royale espagnole ne pouvaient pas être considérées comme une incitation à la haine et à la violence car il s'agissait d'une critique politique, et non personnelle, de l'institution de la monarchie, rejetant ainsi une décision de la Cour constitutionnelle qui avait estimé qu'il s'agissait d'un discours de haine, non protégé par la liberté d'expression.⁹⁵ Dans sa lettre de 2021, le commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a également rappelé au gouvernement espagnol la nécessité de mettre en œuvre des mesures de protection et a fait part de ses préoccupations quant au nombre d'artistes et d'activistes ayant été poursuivis au cours des dernières années.⁹⁶

La Cour a également statué en 2022 qu'une décision prise dans le cadre d'une procédure disciplinaire militaire, qui constituait un blâme pour avoir exprimé des opinions critiques sur la constitution espagnole lors d'un débat télévisé, violait l'article 10.⁹⁷

Ces préoccupations ont également été soulevées dans le cadre de l'Examen périodique universel du Conseil des droits de l'homme des Nations unies. Lors de la session de l'EPU de mars 2020, de nombreux États, dont les États-Unis, la Belgique, la Suisse, la République tchèque et l'Italie, ont recommandé à l'Espagne de réviser ses lois sur la liberté d'expression, d'association et de réunion afin qu'elles reflètent les normes internationales.⁹⁸ L'Espagne a accepté de nombreuses recommandations.⁹⁹

93 Loi organique 10/1995, du 23 novembre, sur le code pénal (traduction du ministère de la justice espagnol)

94 *Fragoso Dacosta c. Espagne*, Requête 27926/21 (CEDH, 8 juin 2023)

95 *Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne* Requêtes 51168/15 51186/15 (CEDH, 13 mars 2018).

96 Lettre aux dirigeants du Parlement espagnol, CommHR/DMSf 087-2018

97 *Ayuso Torres c. Espagne* Requête 74729/17 (CEDH, 8 novembre 2022)

98 Conseil des droits de l'homme des Nations unies, « Rapport du Groupe de travail sur l'Examen périodique universel : Espagne », A/HRC/44/7, 18 mars 2020

99 Conseil des droits de l'homme des Nations unies, « Rapport du Groupe de travail sur l'Examen périodique universel : Espagne, Addendum, » A/HRC/44/7/Add.1, 18 mars 2020

2. Conflits liés au débat sur l'indépendance

Cette partie examine quelques-uns des conflits liés à la liberté d'expression qui sont survenus dans le contexte du débat sur l'indépendance exposé ci-dessus, afin de déterminer si celui-ci a fait l'objet d'une discrimination systématique ou de défaillances affectant un groupe objectivement identifiable, conformément à la jurisprudence de la CJUE.

Il est tout d'abord important de noter que les questions liées à la liberté d'expression et à l'indépendance n'ont pas commencé avec le vote sur l'indépendance. Des rapports font état d'une enquête de la police nationale portant le nom de code « Opération Catalogne » qui aurait débuté plusieurs années auparavant. C'est peut-être dans ce cadre qu'en 2014, une liste de juges ayant signé un document public soutenant le droit des Catalans à décider de l'indépendance a été secrètement compilée par la police et divulguée à la presse. Un journal national a publié les fichiers comprenant les photos et les informations personnelles, sous le titre « [l]a conspiration des trente-trois juges séparatistes ». La CEDH a jugé que la liste n'avait pas de base juridique et violait donc l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, cependant, aucune sanction n'ayant été imposée aux juges, elle n'a pas conclu à une violation de l'article 10.¹⁰⁰ Toutefois, même en l'absence de sanctions officielles, la probabilité d'un effet dissuasif sur les opinions des juges faisant l'objet d'enquêtes doit être prise en compte.

Plusieurs mandats de l'ONU ont également contacté le gouvernement en 2022 après que 65 personnes, principalement des dirigeants catalans, ont été ciblées par des logiciels espions afin d'intercepter illégalement leurs communications.¹⁰¹ L'utilisation de logiciels espions constitue également une violation de la liberté d'expression et de la protection de la vie privée. L'utilisation de logiciels espions peut entraver la liberté d'expression en dissuadant les individus d'utiliser leurs dispositifs de communication personnels pour échanger librement des idées et des pensées avec d'autres personnes et parler librement de leurs projets.¹⁰²

Le conflit a été considérablement amplifié par la décision prise en 2017 d'organiser un nouveau référendum sur l'indépendance. Selon trois Rapporteurs spéciaux des Nations unies, le gouvernement espagnol a pris un certain nombre de mesures qui ont eu une

100 *M.D. et autres c. Espagne* Requête 36584/17 (CEDH, 28 juin 2022)

101 Lettre de « Mandatos del Relator Especial sobre cuestiones de las minorías ; de la Relatora Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión; y del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de Asociación, » Ref.: AL ESP 8/2022 (24 octobre 2022)

102 Voir par exemple Teresa Ribeiro, « Communiqué by the OSCE Representative on Freedom of the Media On the Use of Digital Surveillance Technology on Journalists » Communiqué No. 1/2023 (7 septembre 2023)

incidence grave sur les droits à la liberté d'expression, de réunion et de participation publique. En 2017, les trois Rapporteurs ont écrit au gouvernement espagnol pour communiquer leurs préoccupations et lui demander de plus amples informations, notamment sur les questions suivantes :¹⁰³

- Le site officiel du référendum ainsi que de nombreux autres sites ont été supprimés sur ordre de la police.¹⁰⁴
- Les bureaux du journal El Vallenc ont été perquisitionnés.
- La Cour supérieure de justice de Catalogne a ordonné à Televisió de Catalunya (TV3) de ne pas parler du référendum.
- Une manifestation publique sur le référendum a été interdite à Madrid.
- Le procureur général de l'État a ordonné aux procureurs provinciaux d'enquêter sur plus de 700 maires qui ont publiquement soutenu le référendum et de détailler ceux qui ont refusé de coopérer.
- Les manifestations contre l'enquête sur les maires ont donné lieu à des violences policières contre les manifestants et les observateurs.¹⁰⁵

La partie suivante examine plus en détail quelques-uns de ces cas.

Arrestations et procès de dirigeants civils

À la suite du référendum sur l'indépendance de la Catalogne organisé le 1er octobre 2017 et de la déclaration d'indépendance plus tard dans le mois, un certain nombre de dirigeants politiques et de la société civile catalans ont été accusés de rébellion, sédition et détournement de fonds concernant leur rôle dans le référendum, notamment d'organiser des manifestations et de faciliter les débats parlementaires sur le référendum. Le parti politique d'extrême droite Vox a demandé et a obtenu d'être également procureur général dans cette affaire. Neuf des accusés ont été placés en détention provisoire peu après le référendum.

En 2019, douze des dirigeants, dont le vice-président du gouvernement catalan et le président du parlement catalan, ont été reconnus coupables et condamnés à des peines de

103 Lettre du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, de l'Expert indépendant sur la promotion d'un ordre international démocratique et équitable et du Rapporteur spécial sur les droits à la liberté de réunion pacifique et d'association (22 septembre 2017)

104 Voir également Laurens Cerulus, Diego Torres, « Spanish authorities try to shut Catalan referendum websites », Politico (22 septembre 2017)

105 Lettre du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, de l'Expert indépendant sur la promotion d'un ordre international démocratique et équitable et du Rapporteur spécial sur les droits à la liberté de réunion pacifique et d'association (22 septembre 2017)

prison graves par la Cour suprême.¹⁰⁶ Bon nombre d'entre eux ont également été déchus de leur droit d'exercer une fonction publique. Ils ont été déclarés non coupables de rébellion. Neuf d'entre eux ont été emprisonnés jusqu'à ce qu'ils soient graciés en 2021.¹⁰⁷

Lors d'une réforme du code pénal en 2022, le délit de sédition a été supprimé et remplacé par un nouveau délit de troubles publics aggravés.¹⁰⁸ Les condamnations antérieures ont été modifiées en conséquence, bien que pour quatre des accusés, l'interdiction d'exercer une fonction publique ait été maintenue malgré la modification de la loi.¹⁰⁹ Les accusations retenues contre les trois dirigeants en exil, Puigdemont, Comín et Ponsatí ont été modifiées afin de refléter la nouvelle loi approuvée par la Cour suprême en 2023.¹¹⁰

Comme indiqué dans la partie précédente, le discours politique est fortement protégé par le droit international. Il ne peut être restreint que dans les cas où il prône la violence ou constitue un discours de haine. Dans le cas présent, il n'y a guère d'indication que la tenue du référendum ou la déclaration politique d'indépendance ait prôné cela, perspective partagée par les organes des Nations unies et les titulaires de mandat. Comme l'a indiqué David Kaye, le Rapporteur spécial des Nations unies sur la liberté d'opinion et d'expression, dans une déclaration relative à ces accusations :

Les poursuites pour « rébellion », qui pourraient conduire à de longues peines d'emprisonnement, risquent fort de décourager les discours pleinement légitimes, même s'ils sont controversés et déconcertants... Les accusations de rébellion pour des actes n'engendrant pas de violence ou d'incitation à la violence peuvent interférer avec les droits de protestation publique et de dissidence [...] Le droit international relatif aux droits de l'homme avertit que, en particulier dans les situations de dissidence politique, des restrictions ne doivent être imposées que lorsqu'elles sont strictement nécessaires et proportionnées pour protéger les intérêts de l'État.¹¹¹

En outre, le maintien en détention de certains des dirigeants a également suscité des préoccupations quant à la liberté d'expression. En 2019, trois Rapporteurs spéciaux des Nations unies et le vice-président du Groupe de travail des Nations unies sur la détention

106 Diego Torres, « Spain's Supreme Court jails Catalan leaders for up to 13 years », Politico (14 octobre 2019)

107 « Spain pardons Catalan leaders over independence bid », BBC (22 juin 2021)

108 LO 14/2022.

109 « El Supremo deja inhabilitados a los líderes del 'procés' pese a la reforma de la malversación », The Objective (13 février 2023)

110 « El Tribunal Supremo rechaza aplicar el subtipo atenuado de malversación a los procesados en la causa del 'procés' Puigdemont, Comín y Ponsatí », Poder Judicial España (15 juin 2023)

111 OHCHR, « UN expert urges Spain not pursue criminal charges of rebellion against political figures in Catalonia » (6 avril 2018)

arbitraire ont adressé une lettre au gouvernement espagnol pour lui faire part de leurs préoccupations concernant la détention pour rébellion du dirigeant d'une importante organisation non gouvernementale, en l'absence de preuves de promotion de la violence :

l'arrestation et la poursuite de M. Cuixart pour crime de rébellion, pour des actes qui n'engendrent pas de violence ou d'incitation à la violence de la part de M. Cuixart, ce qui impliquerait une ingérence dans ses droits à la protestation publique et à la liberté d'expression, suscitent des préoccupations. À cet égard, nous rappelons que droit international relatif aux droits de l'homme avertit que les restrictions de ces droits ne doivent être imposées que lorsqu'elles sont strictement nécessaires et proportionnées.¹¹²

En 2019, le Groupe de travail des Nations unies sur la détention arbitraire a estimé que la détention de six dirigeants politiques et de la société civile violait les normes internationales en matière de procès équitable.¹¹³ Le Groupe de travail a constaté que les procès étaient biaisés en raison des déclarations publiques de hauts fonctionnaires et que la détention provisoire était arbitraire car elle était fondée sur l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'autres droits.¹¹⁴ Il n'a trouvé aucune preuve que les manifestations aient conduit à des actes de violence instigués ou promus par l'accusé. Au contraire, il a déclaré qu'il pensait que les accusations étaient une tentative directe de restreindre le discours des six dirigeants. Selon l'un des rapports du groupe de travail :

L'absence de facteur de violence et d'informations crédibles concernant des actes attribuables à MM. Cuixart, Sánchez et Junqueras qui les lieraient au type de comportement qui constitue les infractions dont ils sont accusés a conduit le Groupe de travail à penser que les accusations pénales portées contre eux visent à les intimider en raison de leurs opinions politiques concernant l'indépendance de la Catalogne et de les empêcher de poursuivre cette cause dans la sphère politique. Le Groupe de travail est persuadé que les accusations pénales retenues contre MM. Cuixart, Sánchez et Junqueras visaient à justifier le fait qu'ils ont été placés en détention pour avoir exercé leurs droits à la liberté d'opinion, d'expression, d'association, de réunion et de participation politique [...].¹¹⁵

112 Groupe de travail des Nations unies sur la détention arbitraire, le Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, le Rapporteur spécial sur les droits à la liberté de réunion pacifique et d'association, le Rapporteur spécial sur la situation des défenseurs des droits de l'homme, AL ESP 5/2018, (28 janvier 2019)

113 Groupe de travail des Nations unies sur la détention arbitraire, « Avis n° 6/2019, concernant Jordi Cuixart I Navarro, Jordi Sánchez I Picanyol et Oriol Junqueras I Vies (Espagne) », A/HRC/WGAD/2019/6 (13 juin 2019) ; « Avis n° 12/2019 concernant Joaquín Forn I Chiariello, Josep Rull I Andreu, Raül Romeva I Rueda et Dolores Bassa I Coll (Espagne) », A/HRC/WGAD/2019/12 (10 July 2019)

114 Groupe de travail, paragraphe 129

115 Groupe de travail, paragraphes 119-120

En 2021, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a examiné les poursuites contre des fonctionnaires en Catalogne et a appelé l'Espagne à réformer les lois existantes sur la rébellion et la sédition et sur le détournement de fonds publics afin de limiter leur application aux affaires politiques, d'abandonner les poursuites et les demandes d'extradition et d'envisager de gracier les fonctionnaires.¹¹⁶

En juillet 2022, le Comité des droits de l'homme des Nations unies a statué que la suspension des membres du Parlement catalan accusés de rébellion avant leur condamnation violait le droit à la participation publique conformément à l'article 25 du PIDCP. Il a estimé que l'« application d'une disposition du droit interne qui entraîne automatiquement la suspension des fonctions publiques avant toute déclaration de culpabilité et sur la base d'actions publiques pacifiques empêche qu'une évaluation individuelle de la proportionnalité de la mesure soit réalisée et ne saurait par conséquent être jugée conforme aux conditions de raisonabilité et d'objectivité requises ».¹¹⁷ Il a noté que les requérants avaient appelé à des manifestations pacifiques et que conformément au droit international relatif à la liberté de réunion, « il existe une présomption en faveur du caractère pacifique des réunions » et que « les actes de violence sporadiques perpétrés par certains participants ne doivent pas être attribués aux autres participants, aux organisateurs ou au rassemblement lui-même ».¹¹⁸

En résumé, il existe une convergence d'opinions et de décisions d'organismes et d'experts internationaux sur la conclusion d'une violation des droits d'expression, de réunion et de participation des dirigeants catalans, sur la base qu'ils promouvaient des manifestations pacifiques et ne prônaient pas la violence.

Violence à l'encontre des manifestants et des électeurs

Le 1er octobre 2017, alors que le référendum public se déroulait en contradiction avec l'ordonnance de la Cour constitutionnelle, la police a saisi du matériel et tenté d'empêcher les gens de voter. Des centaines de personnes ont été blessées et les allégations de violences policières se sont généralisées. Selon Amnesty International, « la police nationale (unité d'intervention de la police) et des agents de la garde civile ont fait un usage excessif de la force à l'encontre des manifestants pacifiques et ont fait un usage inapproprié du matériel

116 Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Les responsables politiques devraient-ils être poursuivis pour les déclarations faites dans l'exercice de leur mandat? ? » *Résolution 2381 (2021)*, paragraphe 10.3

117 Comité des droits de l'homme, « Constatations adoptées par le Comité au titre de l'article 5 (par. 4) du Protocole facultatif, concernant la communication no 3297/2019 », CCPR/C/135/D/3297/2019 (17 août 2023), paragraphe 8.8

118 Ibid, paragraphe 8.6 (traduction non officielle).

anti-émeute tel que des balles en caoutchouc ou des produits chimiques irritants contre des personnes engagées dans une résistance pacifique ».¹¹⁹

À la suite de la condamnation par la Cour en 2019 des leaders du vote pour l'indépendance, les manifestations à Barcelone et dans tout le pays ont également donné lieu à des affrontements et des blessés, la police ayant utilisé des munitions anti-émeutes et d'autres mesures.¹²⁰ Lors de ces manifestations, de nombreux journalistes ont également été blessés.¹²¹

Les fonctionnaires des Nations unies, notamment le Haut-Commissaire aux droits de l'homme¹²² et un certain nombre de procédures spéciales, ont relevé ces violences avec inquiétude.¹²³ Dans son rapport annuel 2018 aux États membres sur les préoccupations en matière de droits de l'homme, le Haut-Commissaire aux droits de l'homme a déclaré :

En Espagne, j'ai été consterné par les violences qui ont éclaté lors du référendum d'octobre sur l'indépendance de la Catalogne. Étant donné ce qui est apparu comme un usage excessif de la force par la police, la qualification par le gouvernement de l'action de la police le 1er octobre comme « légale, légitime et nécessaire » est contestable. Je rappelle aux autorités que la détention provisoire doit être considérée comme une mesure de dernier ressort. J'encourage le dialogue politique pour résoudre cette situation.¹²⁴

Dans une lettre adressée au gouvernement espagnol en 2023, cinq mandats spéciaux des Nations unies ont demandé à l'Espagne des informations sur les 1 983 personnes blessées lors de rassemblements publics entre 2017 et 2019 en lien avec la question de l'indépendance.¹²⁵

119 Amnesty International, « Actualización de la situación en Cataluña » (1 octobre 2019)

120 Amnesty international, « ESPAGNE : Espagne. Les autorités doivent apaiser les tensions et garantir le droit de rassemblement public » (18 octobre 2019)

121 « Press says « enough » after 65 hurt covering Barcelona protests », El Nacional (22 octobre 2019); « Journalists covering Catalonia demonstrations attacked, harassed by police, protester », CPJ (23 octobre 2019)

122 « Commentaire du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Zeid Ra'ad Al Hussein, sur la situation en Catalogne, Espagne », Haut-Commissariat aux droits de l'homme (2 octobre 2017)

123 Haut-Commissariat aux droits de l'homme, « Des experts de l'ONU appellent au dialogue politique pour désamorcer les tensions en Catalogne après le référendum » (4 octobre 2017)

124 Haut-Commissaire des Nations unies aux droits de l'homme, Zeid Ra'ad Al Hussein, « High Commissioner's global update of human rights concerns » (7 mars 2018).

125 Lettre des mandats du Rapporteur spécial sur les droits à la liberté de réunion pacifique et d'association ; du Groupe de travail sur la détention arbitraire ; du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression ; du Rapporteur spécial sur l'indépendance des juges et des avocats et du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte contre le terrorisme, Réf : AL ESP 11/2022 (8 février 2023)

3. David Banisar, Questions relatives à la liberté d'expression et de réunion dans le conflit sur l'indépendance de la Catalogne

Tsunami Democràtic

Tsunami Democràtic était un groupe en ligne, décentralisé et « sans leader », qui promouvait l'indépendance via des protestations pacifiques. Il est apparu peu avant la condamnation des dirigeants et proposait des applications téléphoniques sophistiquées pour organiser des manifestations contre le procès et la condamnation pénale.¹²⁶ Le groupe a largement disparu.¹²⁷

On ne sait pas qui a coordonné le groupe, mais les médias et le Bureau du Procureur national affirment que l'organisation est liée à plusieurs dirigeants politiques et de la société civile. Le groupe a organisé plusieurs manifestations, notamment au Camp Nou à l'occasion d'un match de football important et à l'aéroport de Barcelone, provoquant l'annulation de dizaines de vols et des affrontements directs avec la police. De nombreuses personnes ont été blessées et arrêtées à la suite à ces événements.

En 2019, l'Audiencia Nacional a commencé à enquêter sur le groupe pour terrorisme à la suite de la manifestation à l'aéroport et a ciblé son site internet¹²⁸ ainsi que le site de code internet Github qui hébergeait l'application du groupe.¹²⁹

Le juge d'instruction de l'Audiencia Nacional a indiqué en novembre 2023 qu'il commencerait à enquêter formellement sur une série de dirigeants politiques et sociaux catalans pour des crimes terroristes autour de l'affaire du *Tsunami Democràtic*, même après que le procureur général a décidé que le blocage de l'aéroport ne constituait pas une affaire de terrorisme. En 2024, alors que le Parlement espagnol débattait d'un projet de loi d'amnistie, d'autres enquêtes pour terrorisme ont été ouvertes par la Cour suprême contre des membres des parlements européen et catalan que l'Audiencia Nacional n'avait pas pu poursuivre.

126 « Catalonia has created a new kind of online activism. Everyone should pay attention », Wired (19 octobre 2019)

127 Vladyslav Zinichenko et Anna Udovenko, « “Democratic Tsunami” as an online stage of the Catalan independence movement », *Obraz*, 2023. Vol.3 (43). P. 6-17

128 « Un juge espagnol ordonne la fermeture des sites web de Tsunami Democràtic », *El País* (18 octobre 2019)

129 Lettres de la Guardia Civil à GitHub (octobre 2019) <https://github.com/github/gov-takedowns/tree/master/Spain/2019>

V. Défaillances systémiques et groupes objectivement identifiables

En vertu de la décision de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Puig Gordi et autres* (C-158/21), un État membre peut refuser d'exécuter un mandat d'arrêt en cas de violation des droits fondamentaux de l'homme « en raison de défaillances systémiques ou généralisées dans cet État membre ou de défaillances affectant un groupe de personnes objectivement identifiables auquel appartient la personne concernée ».¹³⁰ Des « informations objectives, fiables, spécifiques et correctement mises à jour » sur les défaillances sont nécessaires. De plus, « l'autorité doit vérifier, de manière spécifique et précise » qu'il existe un risque qu'une telle violation d'un droit de l'homme fondamental se produise. Selon la Cour, la justification d'un tel risque peut, du moins en partie, reposer sur les conclusions d'organes des Nations unies tels que le Groupe de travail sur la détention arbitraire.

Comme décrit ci-dessus dans la partie sur le droit international relatif à la liberté d'expression, les protections de l'UE en matière de liberté d'expression suivent les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, la jurisprudence de la Cour relative à la liberté d'expression définit les normes d'évaluation.

Dans le cas présent, il semble qu'il y ait une base raisonnable pour estimer qu'il y a eu une discrimination systématique à l'encontre des partisans de l'indépendance de la Catalogne de la part des responsables politiques, juridiques et judiciaires. Les rapports de plusieurs Rapporteurs spéciaux des Nations unies et du Groupe de travail sur la détention arbitraire, ainsi que d'organisations respectées telles qu'Amnesty International, ont signalé de nombreuses violations des normes internationales en matière de liberté d'expression.

En particulier, ils ont constaté à plusieurs reprises une réaction disproportionnée en réponse à des déclarations politiques et à des manifestations essentiellement pacifiques, conduisant à des accusations excessives de terrorisme et de sédition à l'encontre de fonctionnaires et dirigeants civiques. Enfin, les médias n'ont pas pu à plusieurs occasions rendre compte des manifestations. Ces problèmes systématiques liés à la liberté d'expression et de réunion sont donc mieux compris comme des « défaillances affectant un groupe objectivement identifiable ».

Cette conclusion pourrait également avoir des implications importantes, au-delà des mandats d'arrêt, sur la protection de la liberté d'expression dans l'ensemble de l'UE.

130 Affaire C-158/21 *Puig Gordi et autres* JO C 217 (7 juin 2023)

La CJUE est déjà en train d'examiner une autre affaire espagnole relative à la liberté d'expression. Un avis très récent de l'avocat général concernant le refus des tribunaux français d'exécuter une peine substantielle imposée par les tribunaux espagnols à un journal et à un journaliste français pour diffamation a conclu que l'effet dissuasif ou paralysant de l'exécution du jugement violerait la politique de l'UE (en raison de son impact sur la liberté d'expression) et justifiait donc le refus.¹³¹

VI. Conclusion

Le droit international relatif aux droits de l'homme fixe des normes très élevées concernant la poursuite des personnes s'engageant dans un discours politique, même au sujet de la question controversée de la sécession et des changements dans la structure constitutionnelle d'un État. La norme est particulièrement élevée pour les fonctions publiques. Pour que les restrictions soient justifiées, le discours doit, dans le contexte de la situation, menacer l'ordre public ou la sécurité nationale, prôner la violence ou constituer un discours de haine. Ces mêmes normes de protection s'appliquent aux personnes participant à des manifestations pacifiques.

Dans le cas du débat sur l'indépendance de la Catalogne, il semble qu'il y ait peu de preuves publiques étayant l'idée que les dirigeants du référendum sur l'indépendance ou ses partisans prônaient la violence ou la haine. Les organismes internationaux, notamment le Comité des droits de l'homme des Nations unies, le Groupe de travail des Nations unies sur la détention arbitraire, le Haut-Commissaire des Nations unies aux droits de l'homme, le Rapporteur spécial pour la liberté d'opinion et d'expression ont tous constaté que les actions des autorités espagnoles violaient les droits de l'homme internationaux fondamentaux, dont la liberté d'expression, de réunion et d'association, ainsi que le droit à un procès équitable. Les tribunaux nationaux d'Allemagne et de Belgique sont arrivés à la même conclusion. Par conséquent, il n'est pas surprenant que la Cour de justice de l'Union européenne ait répondu à ces préoccupations dans son arrêt *Puig Gordi et autres* rendu en 2023 et qu'elle ait ouvert la porte aux « défaillances affectant un groupe objectivement identifiable » comme motif permettant aux tribunaux nationaux de refuser d'exécuter les mandats d'arrêt européens.

131 Affaire C-633/22, Real Madrid Club de Fútbol, AE c. EE, Sociéty Éditrice du Monde SA, Opinion de l'avocat général Szpunar, 8 février 2024, points 171, 193

Chapitre 4

La surveillance et la notion de « groupe de personnes objectivement identifiables » dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur le mandat d'arrêt européen

Frédéric Mégret

Professeur titulaire, Titulaire de la Chaire Hans et Tamar Oppenheimer en droit international public, Co-directeur du Centre pour les droits de l'homme et le pluralisme juridique, Faculté de droit, Université McGill, Montréal.

I. Introduction

L'intersection du mandat d'arrêt européen et de la surveillance est un recoupement intrigant qui révèle des tendances actuelles en matière de protection des droits de l'homme internationaux, notamment en ce qui concerne l'impact sur certains groupes et minorités. Les deux sujets attestent de façons différentes que même les États démocratiques auxquels on serait d'ordinaire enclin à s'en remettre en matière d'extradition peuvent s'engager dans des pratiques qui sont profondément problématiques en termes de droits. C'est le cas pour la surveillance en tant que phénomène, qui est probablement passée d'une pratique de niche ciblant les groupes criminels et terroristes à une pratique qui, du fait de la dépendance omniprésente aux technologies de communication numérique et de la sophistication et de la disponibilité croissantes des cyber outils permettant de les surveiller, implique de plus en plus des formes d'interception routinières et massives. En conséquence, même les démocraties peuvent facilement tomber dans les tentations de l'État de surveillance. Parallèlement, les événements judiciaires ont souligné les limites de la « confiance mutuelle » entre les démocraties européennes concernées par le mandat d'arrêt européen (MAE). Ils ont également souligné les préoccupations répétées sur le fait que les démocraties peuvent, malgré leur engagement en faveur des droits, s'impliquer dans une série de pratiques qui devraient freiner une volonté par ailleurs forte et légitime en faveur de la coopération pénale.¹

Dans ce chapitre, j'explore une manifestation de ce recoupement sous la forme d'une évolution récente de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) sur le MAE, où l'exécution d'un tel mandat peut conduire au transfert d'individus vers un pays où les défaillances affectent « un groupe de personnes objectivement identifiables auquel appartient la personne concernée. »² Je me centre en particulier sur le statut de la surveillance comme un nouveau motif qui pourrait, seul ou avec d'autres, fournir une indication selon laquelle les droits des membres d'un groupe peuvent être affectés négativement, de telle manière qu'un État serait amené à refuser d'exécuter un MAE. Cette étude s'inscrit dans un contexte de préoccupations accrues concernant la surveillance à l'échelle mondiale et d'intensification des efforts juridiques pour réglementer et tenir les États responsables de leurs actions dans ce domaine, ainsi que d'une interrogation

1 Rebecca Niblock, *Mutual Recognition, Mutual Trust: Detention Conditions and Deferring an EAW*, 7 *New J. Eur. Crim. L.* 250 (2016); Febe Inghelbrecht, *Limits to Mutual Trust: Which Role for the European Court of Human Rights?*, https://libstore.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/836/121/RUG01-002836121_2020_0001_AC.pdf (dernière consultation le 22 janvier 2024).

2 Arrêt de la Cour, 31 janvier 2023, paragraphe 102.

4. Frédéric Mégret, La surveillance et la notion de « groupe de personnes objectivement identifiables » dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur le mandat d'arrêt européen

sur le fond de vastes stratégies de « fluidification » de l'extradition.³ Elle souligne dans quelle mesure les préoccupations relatives à la surveillance et aux limites appropriées de la coopération pénale sont amplifiées lorsque des groupes particuliers sont ciblés.

La première partie définit le cadre général du fonctionnement du MAE, en soulignant ses ambitions mais aussi de plus en plus les limites de la « confiance aveugle », notamment lorsqu'il s'agit de groupes particuliers. La deuxième partie étudie la mesure dans laquelle la surveillance a été exploitée pour cibler des groupes dans un but discriminatoire. J'examine ensuite plus en détail ce que l'on pourrait considérer à première vue comme l'incidence négative de la surveillance sur les droits dans la troisième partie. Enfin, dans la quatrième partie, je soulève un certain nombre de difficultés supplémentaires liées à l'évaluation de la légalité et de la légitimité de la surveillance.

II. Contexte des mandats d'arrêt européens dans la situation catalane

1. Cadre du mandat d'arrêt européen et limites de la confiance mutuelle

La décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen du 13 juin 2002 est l'instrument directeur du MAE.⁴ En clair, les États devraient a priori respecter les mandats d'arrêt européens, comme l'ont souligné à plusieurs reprises les avocats généraux européens, en raison de l'importance de la confiance mutuelle qui soutient l'ensemble du système.⁵ La compétence du juge qui émet un mandat d'arrêt européen, en particulier, ne peut en

³ Voir, par exemple, Nicola Langille et Frédéric Mégret, *Red Notices and Transnational Police Practices*, in *International Practices of Criminal Justice* 108 (2017).

⁴ 2002/584/JHA : Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres - Déclarations de certains États membres sur l'adoption de la décision-cadre.

⁵ Ester Herlin-Karnell, *From Mutual Trust to the Full Effectiveness of EU Law: 10 Years of the European Arrest Warrant*, 38 EUR. L. REV. 79 (2013).

aucun cas être remise en cause. L'importance de la confiance mutuelle entre les États a été soulignée à plusieurs reprises comme étant le pilier central garantissant l'efficacité des mandats d'arrêt européens. En outre, l'exécution d'un MAE ne peut être refusée pour des motifs autres que ceux prévus par la décision-cadre.

Cela dit, la position parfois décrite comme celle d'une « confiance aveugle »⁶ a progressivement fait place à une position permettant des refus pour des raisons exceptionnelles et très bien documentées. La décision-cadre sur le MAE prévoit elle-même notamment que :

Rien dans la présente décision-cadre ne peut être interprété comme une interdiction de refuser la remise d'une personne qui fait l'objet d'un mandat d'arrêt européen s'il y a des raisons de croire, sur la base d'éléments objectifs, que ledit mandat a été émis dans le but de poursuivre ou de punir une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de son origine ethnique, de sa nationalité, de sa langue, de ses opinions politiques ou de son orientation sexuelle, ou qu'il peut être porté atteinte à la situation de cette personne pour l'une de ces raisons.⁷

De plus, le MAE ne remplace pas l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants, et une autorité judiciaire d'exécution peut refuser la remise, notamment lorsqu'une personne « serait soumise à la peine de mort, à la torture ou à d'autres traitements ou punitions inhumains ou dégradants », par exemple, parce que les conditions de détention dans l'État membre d'émission sont contraires à l'article 4 de la Charte. Il s'agit néanmoins d'exceptions assez restreintes à la règle qui s'inscrivent dans un contexte de confiance mutuelle. Par exemple, la norme connue sous le nom de test Aranyosi et Căldăraru⁸ exige une évaluation selon laquelle les conditions générales de détention sont problématiques et qu'il existe « des motifs sérieux de croire que l'individu concerné sera exposé à ce risque en raison des conditions de détention envisagées dans l'État membre d'émission. »⁹

6 Ermioni Xanthopoulou, *Mutual Trust and Rights in EU Criminal and Asylum Law: Three Phases of Evolution and the Uncharted Territory beyond Blind Trust*, 55 *Common Market Law Review* (2018); Koen Lenaerts, *La Vie Après l'avis: Exploring the Principle of Mutual (yet Not Blind) Trust*, 54 *Common Market Law Review* (2017).

7 2002/584/JHA : Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres - Déclarations de certains États membres sur l'adoption de la décision-cadre, paragraphe 12.

8 Koen Bovend'Eerd, « The Joined Cases Aranyosi and Căldăraru: A New Limit to the Mutual Trust Presumption in the Area of Freedom, Security, and Justice? » (2016) 32 112.

9 Pál Aranyosi et Robert Căldăraru c. Generalstaatsanwaltschaft Bremen, Arrêt de la Cour (grande chambre) du 5 avril 2016, paragraphe 94.

Toutefois, le droit européen a progressivement évolué vers la reconnaissance de la possibilité d'un refus d'honorer un MAE en dehors du cas relativement restreint de discrimination ou de traitement inhumain ou dégradant dans les lieux de détention, plus particulièrement concernant le droit à un procès équitable. La Commission européenne et le Procureur Général ont précédemment déclaré que, pour refuser un MAE en raison du risque de violation d'un droit, il doit exister « des informations objectives, fiables, spécifiques et correctement mises à jour pour démontrer qu'il existe un risque réel de violation, dans l'État membre d'émission, du droit fondamental à un procès équitable ». Il s'agit principalement de « défaillances systémiques et généralisées dans le système judiciaire de l'État demandant l'extradition » et de la preuve que ces défaillances peuvent affecter la personne faisant l'objet du MAE. La Cour s'est prononcée ainsi dans des arrêts concernant principalement la Pologne, où il existe des éléments objectifs permettant de conclure que l'État de droit ne fonctionne pas de manière adéquate.¹⁰ Il s'agissait manifestement d'un seuil assez élevé à atteindre.

Dans l'affaire Lluís Puig Gordi, concernant un ancien ministre catalan exilé en Belgique, les tribunaux belges ont estimé que le fait que l'extradition soit jugée par la Cour suprême espagnole violerait les droits des individus concernés, car un tel tribunal n'est pas prédéterminé par la loi, en violation de la Convention européenne des droits de l'homme, et n'est donc pas habilité à émettre un MAE.¹¹ La Cour suprême espagnole s'est alors tournée vers la CJUE via une demande de décision préjudicielle. La CJUE a déclaré qu'il n'appartenait pas à l'État requis d'évaluer si les tribunaux de l'État requérant étaient habilités en soi, mais seulement si cette absence de compétence entraînait un risque sérieux de violation des droits fondamentaux du défendeur. Bien que la CJUE ait finalement pris le parti de l'avocat général en soulignant l'importance primordiale de la coopération, elle a également laissé entendre la possibilité que les États membres de l'UE puissent, à titre exceptionnel, refuser d'exécuter un MAE pour garantir le respect des droits fondamentaux.

Toutefois, dans ce qui est largement considéré comme une évolution subtile de sa jurisprudence, la Cour a également estimé que les défaillances affectant un système, même si elles sont « systémiques ou généralisées », pourraient simplement « affecter [...] un groupe de personnes objectivement identifiables auquel appartient l'intéressé. »¹² En d'autres termes, plutôt que d'évoquer les conditions prévalant généralement dans le pays requérant (bien que de toute évidence, de telles conditions généralisées puissent parfois prévaloir), on peut se préoccuper des conditions affectant uniquement un groupe

10 Cour de justice de l'Union européenne, COMMUNIQUÉ DE PRESSE No 32/22, Refus d'exécution d'un mandat d'arrêt européen : la Cour précise les critères permettant à une autorité judiciaire d'exécution d'apprécier le risque éventuel de violation du droit fondamental de la personne recherchée à un procès équitable, 22 février 2022.

11 Kamer van Inbeschuldigingstelling (Cour d'appel de Bruxelles) 2021/79.

12 Arrêt de la Cour, 31 janvier 2023, paragraphe 102.

particulier. La question est donc de savoir dans quelles circonstances on peut établir des « lacunes affectant la protection juridictionnelle d'un groupe de personnes objectivement identifiables auquel cette personne appartient », notamment à la suite d'une surveillance.

2. Le cas de la surveillance en Catalogne

La surveillance en Catalogne peut bien sûr être pertinente pour évaluer les défaillances d'un système juridique qui affectent des « groupes objectivement identifiables » et constituent ainsi une entrave à l'exécution d'un MAE. Elle constitue également un problème de droits de l'homme à part entière. Je donne ici un bref aperçu des faits de la situation catalane, en soulignant le type, le champ d'application et l'intensité de la surveillance exercée et en la replaçant dans le contexte plus large de l'effort de répression des autorités espagnoles. Bien que toutes les allégations ne soient pas aussi graves ou qu'elles ne soient pas toutes prouvées de manière concluante (certaines ont d'ailleurs été fortement critiquées en Espagne), elles viennent toutes se rajouter à un modèle systématique de surveillance des dirigeants indépendantistes catalans, qui n'est pas toujours contemplé par la loi.

L'affaire la plus connue est celle du Catalangate, révélée par le Citizen Lab, basé à Toronto, au sujet de laquelle il est allégué que le logiciel espion Pegasus a été largement utilisé contre les dirigeants du mouvement indépendantiste catalan.¹³ Cette révélation de 2022 suggère que divers élus, mais aussi des militants et des avocats, ont été ciblés, ainsi que leurs familles dans certains cas. Au moins 65 personnes auraient vu leur téléphone piraté entre 2017 et 2020, la plupart d'entre elles associées aux partis indépendantistes catalans, soit un plus grand nombre de cibles que celles identifiées dans les précédents rapports du Citizen Lab. La responsabilité n'a pas été attribuée de manière concluante, bien que de fortes preuves circonstancielles désignaient le gouvernement espagnol. Une partie de la surveillance a été justifiée par le fait qu'elle avait été mandatée par la justice, bien qu'aucune preuve n'ait été fournie à cet effet pour bon nombre des personnes concernées.

L'opération Catalogne, une opération policière secrète ciblant le processus d'indépendance de la Catalogne sans autorisation judiciaire, est un fait nouveau lié. Cette opération visait les politiciens indépendantistes et consistait à tenter d'obtenir des informations

13 John Scott-Railton et al., *Catalangate: Extensive Mercenary Spyware Operation against Catalans Using Pegasus and Candiru*, (2022), <https://citizenlab.ca/2022/04/catalangate-extensive-mercenary-spyware-operation-against-catalans-using-pegasus-candiru/> (dernière consultation le 22 février 2024).

4. Frédéric Mégret, La surveillance et la notion de « groupe de personnes objectivement identifiables » dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur le mandat d'arrêt européen

bancaires en Andorre sous la menace de la police espagnole.¹⁴ Elle a conduit à l'ouverture d'une commission d'enquête par le Parlement catalan.¹⁵ De même, Tsunami Democràtic, un groupe de désobéissance civile prônant un référendum d'autodétermination et à l'origine de l'occupation de l'aéroport de Barcelone en 2019, a fait l'objet d'une enquête par le gouvernement espagnol sur la base d'accusations de terrorisme non fondées, ce qui a conduit à l'exil d'au moins un député.¹⁶ Enfin, l'association catalane Òmnium Cultural a fait l'objet d'efforts d'infiltration et de surveillance électronique.¹⁷

L'utilisation du logiciel Pegasus est une source de préoccupation constante en Espagne mais aussi dans le monde entier. Dans le cas de l'Espagne, le Conseil de l'Europe et Amnesty International¹⁸ ont exprimé leur préoccupation. Une commission d'enquête parlementaire européenne a également été ouverte pour traiter les violations du droit de l'Union à la suite de l'utilisation de Pegasus et d'autres logiciels espions.¹⁹

14 José Precado, *El Gobierno de Rajoy investigó al margen de la ley a partidos independentistas durante al menos cinco años*, El Diario, 15 janvier 2024, https://www.eldiario.es/politica/gobierno-rajoy-investigado-margen-ley-partidos-independentistas-durante-cinco-anos_1_10827474.html (dernière consultation le 10 mars 2024) ; José Precado, *Las notas policiales que recibía Fernández Díaz en su despacho para montar campañas contra el independentismo*, El Diario, 15 janvier 2024, https://www.eldiario.es/politica/notas-policiales-recibia-fernandez-diaz-despacho-montar-campanas-independentismo_1_10832806.html (dernière consultation le 10 mars 2024)

15 Parlament de Catalunya, *Dictamen de la Comissió d'Investigació sobre l'Operació Catalunya*, BOPC 498, 1er septembre 2017, <https://www.parlament.cat/document/bopc/232188.pdf> (dernière consultation le 10 mars 2024) ; *Aprobadas conclusiones de la comisión investigación de «operación Cataluña»*, La Vanguardia, 9 septembre 2027, <https://www.lavanguardia.com/politica/20170907/431110548296/aprobadas-conclusiones-de-la-comision-investigacion-de-operacion-cataluna.html> (dernière consultation le 10 mars 2024).

16 Claudia Chiappa, *Spain opens terrorism probe into Puigdemont*, Politico, 29 février 2024, <https://www.politico.eu/article/spain-open-terrorism-probe-carles-puigdemont-catalonia/> (dernière consultation le 10 mars 2024) ; Vicenç Pagès, *Catalan MP Ruben Wagensberg moves to Switzerland over judicial persecution in Tsunami case*, El Nacional, 31 janvier 2024, https://www.elnacional.cat/en/politics/catalan-mp-ruben-wagensberg-moves-switzerland-persecution-tsunami_1152791_102.html (dernière consultation le 10 mars 2024).

17 Camille Pagella, *L'indépendantisme catalan sous cybersurveillance*, Le Temps, 9 avril 2022, <https://www.letemps.ch/monde/europe/lindependantisme-catalan-cybersurveillance> (dernière consultation le 10 mars 2024).

18 Spain: EU must act to end spyware abuse after prominent Catalans targeted with Pegasus, Amnesty International (2022), <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2022/04/spain-pegasus-spyware-catalans-targeted/> (dernière consultation le 22 février 2024).

19 Haut-Commissariat des Nations Unies, *Spain: UN experts demand investigation into alleged spying programme targeting Catalan leaders*, Feb. 2, 2023, <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/02/spain-un-experts-demand-investigation-alleged-spying-programme-targeting> (dernière consultation le 10 mars 2024); European Parliament, 'Investigation of the use of Pegasus and equivalent surveillance spyware', Recommendation of 15 June 2023, P9_TA(2023)024, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0244_EN.pdf (une recommandation a été adoptée)

III. Surveillance de groupe

Il est important de comprendre la nature de la surveillance et la place de la surveillance des milieux indépendantistes catalans dans ce paradigme plus large. Bien que l'on puisse penser que la surveillance est une caractéristique des sociétés autoritaires, voire totalitaires, toute « exception démocratique » à la surveillance doit être relativisée. En effet, l'une des caractéristiques du phénomène de surveillance contemporain est sa tendance à enjamber les clivages faciles entre l'autoritaire et le démocratique, le national et l'international, le public et le privé. C'est l'extension de la surveillance au-delà d'une série de cibles habituelles - ce qui a été décrit, notamment à la suite de la pandémie de COVID, comme la « normalisation » de la surveillance²⁰ - qui a alerté la société civile sur sa prévalence et son omniprésence, même lorsque les groupes vulnérables ont continué à bien des égards d'être les cibles privilégiées de la surveillance. Cela requiert une historicisation des modèles de surveillance en soulignant comment la surveillance de groupes particuliers est amplifiée par des modèles généraux de surveillance pour tous.²¹

1. Surveillance générale et surveillance spécifique à un groupe

La jurisprudence de la CJUE indique des « défaillances systémiques ou généralisées » qui néanmoins « affectent un groupe objectivement identifiable. »²² La surveillance peut en effet être générale dans les sociétés autoritaires mais la question est de savoir si elle peut également cibler un « groupe objectivement identifiable » dans un système par ailleurs démocratique. Ce point est intéressant car, du point de vue des droits de l'homme, il peut sembler à première vue contre-intuitif. Il est communément admis qu'un État est soit autoritaire, soit il ne l'est pas, et si c'est le cas, on s'attend à ce qu'il diffuse largement son autoritarisme. Bien entendu, il ne s'agit pas exclusivement d'une attitude plus autoritaire envers les dissidents ou les opposants, mais certains États semblent certainement déterminés à surveiller leur population *en général*. En revanche, on suppose souvent que les États démocratiques ne s'engagent pas dans des formes d'ingérence au moins illégales et généralisées.

20 Christian Powell Sundquist, *Surveillance Normalization*, 58 Harv. CR-CLL Rev. 117 (2023); Evan Selinger & Hyo Joo (Judy) Rhee, *Normalizing Surveillance*, 22 SATS 49 (2021).

21 Mary Anne Franks, *Democratic Surveillance*, 30 Harv. J. L. & Tech. 425 (2016).

22 Ce jugement révèle une certaine ambiguïté. Parfois, il semble être suggéré qu'il doit y avoir de telles défaillances et qu'elles doivent affecter le groupe, mais au paragraphe 114, la Cour parle de « défaillances systémiques ou généralisées dans le fonctionnement du système judiciaire de l'État membre d'émission ou de défaillances affectant la protection judiciaire d'un groupe de personnes objectivement identifiable », ce qui semble suggérer que les défaillances ne doivent être systémiques ou généralisées que lorsqu'il s'agit de ce groupe. (Emphase de l'auteur).

Toutefois, l'hypothèse qui nous intéresse ici est qu'un État peut être spécifiquement autoritaire envers un groupe particulier et qu'il s'agit en fait du scénario le plus ancien et le plus plausible lorsqu'il s'agit de systèmes par ailleurs respectueux de la loi et démocratiques. Cette possibilité n'est pas si invraisemblable dans les sociétés divisées. La surveillance de groupes spécifiques est belle et bien endémique dans de nombreuses sociétés et elle peut même nécessiter une analyse intersectionnelle soulignant le fait que certaines personnes sont plus susceptibles d'être ciblées.²³ Même dans des sociétés par ailleurs généralement autoritaires, la surveillance peut être particulièrement approfondie et systématique lorsqu'il s'agit de certaines minorités ethniques ou nationales, par exemple les Ouïghours dans le Xinjiang.²⁴ L'idée est que la surveillance a un « impact disparate » sur des groupes particuliers et qu'en fait, la tendance des défenseurs des libertés civiles à formuler la question de la surveillance comme une question générale de vie privée « infligeant des préjudices à tous » et « débordant sur le public en général », conduit à des « arguments universalistes [qui] obscurcissent la topographie du pouvoir ».²⁵ Dans la pratique, il arrive presque toujours que certains groupes (dissidents, minorités, etc.) fassent l'objet d'une plus grande surveillance que d'autres. Il va sans dire que cette surveillance n'en est pas moins problématique.

En effet, les démocraties ont leur propre histoire en matière de déploiement de surveillance de groupes jugés subversifs, même si elles évitent plus généralement d'avoir recours à de telles méthodes. Cela peut au moins indiquer des « défaillances systémiques ou généralisées » de fond (par exemple, en termes de surveillance et de recours), même si ces défaillances « affectent » de manière plus significative un groupe objectivement identifiable. Le lien historique entre les pratiques de surveillance et la discrimination ou du moins le contrôle policier disproportionné de certains groupes est fort et ancien.²⁶ À la fin des années 1960, le FBI a notoirement surveillé les militants noirs des droits civils dans le cadre du programme COINTELPRO (Counterintelligence Program), dont Martin Luther King. Cela peut facilement s'étendre à des groupes raciaux ou ethniques entiers, en particulier dans les sociétés confrontées à des héritages et à la réalité permanente d'une discrimination systémique. La surveillance a particulièrement caractérisé l'expérience

23 Sundquist, *supra* note 20 at V.

24 Paul Mozur, *One Month, 500,000 Face Scans: How China Is Using A.I. to Profile a Minority*, The New York Times, Apr. 14, 2019, <https://www.nytimes.com/2019/04/14/technology/china-surveillance-artificial-intelligence-racial-profiling.html> (dernière consultation le 13 décembre 2023).

25 Barton Gellman & Sam Adler-Bell, *The Disparate Impact of Surveillance*, The Century Foundation (21 décembre 2017), <https://tcf.org/content/report/disparate-impact-surveillance/> (dernière consultation le 13 décembre 2023).

26 Dahaba Ali Hussien, *'Dystopian' Surveillance 'Disproportionately Targets Young, Female and Minority Workers'*, The Guardian, 26 mars 2023, <https://www.theguardian.com/global-development/2023/mar/26/dystopian-surveillance-disproportionately-targets-young-female-minority-workers-ipp-report> (dernière consultation le 13 décembre 2023).

historique des Afro-Américains, depuis les informateurs gâchant les rébellions d'esclaves jusqu'au ciblage des « agitateurs raciaux » à partir du début du 20^e siècle.²⁷

Privacy International note que « [l]es minorités ethniques sont davantage confrontées au risque de surveillance excessive après les manifestations. »²⁸ En effet, en ce qui concerne les États-Unis, il a été souligné que « la surveillance est une tactique gouvernementale pour opprimer, intimider et criminaliser des groupes entiers d'Américains, et qu'elle est souvent pratiquée au nom de la « sécurité nationale. »²⁹ Ces dernières années, cela a été notamment le cas pour les groupes musulmans de la région de New York, où la police de New York a « infiltré des groupes d'étudiants musulmans, surveillé des entreprises, des restaurants et des organisations communautaires appartenant à des musulmans, allant même jusqu'à créer des équipes de football et de cricket pour les jeunes, parrainées par la police de New York, dans l'intention d'espionner les jeunes qui jouaient dans ces équipes ». ³⁰ De telles tactiques ont été étendues à de nombreuses villes américaines. La « couleur de la surveillance »³¹ englobe une multitude de communautés, y compris les minorités religieuses et les immigrants. La surveillance est renforcée par la « police prédictive » dont les algorithmes renforcent constamment le sentiment de groupes suspects.

De plus, le fait même que ces groupes soient dissidents les destine encore plus à une surveillance spécifique et renouvelée. Il existe donc un lien étroit entre le statut de minorité ethnique, l'activisme politique et la surveillance. Par exemple, il a été souligné que « les Noirs et les autres personnes de couleur ont vécu pendant des siècles avec des pratiques de surveillance visant à maintenir une hiérarchie raciale ». ³² Commentant le mouvement Black Lives Matter, le rapport note que :

[...] la participation à une manifestation entraîne une surveillance injustifiée et continue de certains manifestants longtemps après la fin de la manifestation

27 Mass Surveillance and Black Legal History | ACS, (Feb. 18, 2020), <https://www.acslaw.org/expertforum/mass-surveillance-and-black-legal-history/> (dernière consultation le 13 décembre 2023).

28 Ethnic minorities at greater risk of oversurveillance after protests | Privacy International, <http://privacyinternational.org/news-analysis/3926/ethnic-minorities-greater-risk-oversurveillance-after-protests> (dernière consultation le 22 février 2024).

29 October 4 & 2016, *Impact of Government Surveillance on Muslim Americans and Communities of Color* | Friends Committee On National Legislation, Friends Committee on National Legislation, <https://www.fcnl.org/updates/2016-10/impact-government-surveillance-muslim-americans-and-communities-color> (dernière consultation le 13 décembre 2023).

30 *Id.*

31 Alvaro M. Bedoya, *Privacy as Civil Right*, 50 NML Rev. 301 (2020).

32 Malkia Amala Cyril, *Black America's State of Surveillance*, Progressive.org, Mar. 2015, <https://progressive.org/%3Fq%3Dnode/188074/> (dernière consultation le 13 décembre 2023).

4. Frédéric Mégret, La surveillance et la notion de « groupe de personnes objectivement identifiables » dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur le mandat d'arrêt européen

et, plus important encore, [...] ces activités de surveillance post-manifestation affectent généralement le plus les Noirs et les autres minorités raciales [...] Dans la pratique, il s'agit d'une forme de police prédictive qui se nourrit d'un contrôle policier excessif, dans ce cas des personnes issues de minorités et de communautés ethniques qui organisent ou participent à des manifestations.³³

En d'autres termes, il existe souvent un lien entre la discrimination au sein d'un groupe large et la surveillance de la communauté militante du groupe intérieur.

La spécificité de la surveillance dans le cas des dirigeants indépendantistes catalans ne fait guère de doute. Il s'agissait d'une opération extrêmement ciblée. Il n'est pas allégué que l'Espagne surveille systématiquement ou massivement sa population. L'opération d'espionnage via Pegasus et Candiru a affecté environ 65 personnes, toutes étroitement liées au mouvement indépendantiste catalan, notamment des membres du Parlement européen et de groupes de la société civile tels que l'Assemblea Nacional Catalana (ANC) et Òmnium Cultural. La nature des opérations d'hameçonnage menées, notamment par SMS, suggère un degré élevé de volontarisme, préparation et intentionnalité.

En fait, un groupe de Rapporteurs spéciaux des Nations unies ayant écrit au gouvernement espagnol au sujet de la surveillance liée à Pegasus en Espagne a exprimé ses préoccupations quant au fait que le ciblage de ce groupe visait et affectait la « minorité » catalane :

Nous sommes également particulièrement préoccupés par le fait que les personnes affectées mentionnées ci-dessus sont toutes membres de la minorité catalane et que l'attaque à leur égard semble être liée à leurs activités pacifiques en faveur de la minorité catalane. Ce ciblage spécifique semble interférer avec le droit des groupes minoritaires d'affirmer et de promouvoir librement leur identité, leur culture et leurs opinions. En outre, ce ciblage sélectif semble être un profil de minorité, et cette pratique est interdite par les normes internationales et régionales en matière de droits de l'homme.³⁴

Dans ce contexte, il convient de noter que la CEDH n'exige nullement qu'une population entière soit la cible d'une surveillance pour conclure que le droit à la vie privée de certains individus a été violé. En effet, elle a spécifiquement noté que l'une des façons de prouver

33 Ethnic minorities at greater risk of oversurveillance after protests | Privacy International, *supra* note 28.

34 Mandatos del Relator Especial sobre cuestiones de las minorías; de la Relatora Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión; y del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Ref.: AL ESP 8/2022v 24 octubre 2022, p. 5

une surveillance potentielle (je reviendrai plus tard sur la raison pour laquelle la norme est en fait simplement la possibilité d'une surveillance) est que le requérant « appartient à un groupe de personnes visées par la législation contestée. »³⁵

2. La constitution de groupes « objectivement » identifiables à travers la surveillance

La surveillance peut donc certainement s'appliquer spécifiquement et particulièrement à des groupes objectivement identifiables, mais qu'en est-il de cette notion de manière plus générale ? Il convient de souligner que l'expression « groupes objectivement identifiables » est une notion d'origine encore récente dans le cadre de MAE et qui n'a pas de signification évidente autre que celle des mots eux-mêmes. La délimitation des groupes est depuis longtemps un exercice complexe, que ce soit aux fins du droit international relatif aux droits de l'homme, de la protection des minorités ou du droit pénal international. Dans le cas de la Catalogne, on peut se demander si les Catalans en général, les nationalistes catalans (« le camp de l'indépendance ») ou précisément les personnes ciblées par le logiciel espion répondent aux conditions requises pour constituer un groupe objectivement identifiable.

Il convient de souligner que la norme d'un groupe objectivement identifiable ne doit pas nécessairement être particulièrement contraignante. En particulier, le groupe pourrait être objectivement constitué non pas sur la base d'une caractéristique « culturelle » inhérente mais plutôt sur la base de son traitement de la part de l'État. Par exemple, les ONG de défense des droits de l'homme déplorent régulièrement la surveillance des « défenseurs des droits de l'homme », notamment des journalistes et des membres de la société civile,³⁶ sans qu'il soit suggéré que ces personnes appartiennent à une minorité facilement identifiable (elles sont parfois décrites comme des « communautés cibles menant des activités protégées »).³⁷ Ils existent en tant que groupe objectivement identifiable, en un sens, simplement parce qu'ils ont la caractéristique commune d'être surveillés. Dans le cas de la Catalogne et de la surveillance, le groupe est constitué par les individus qui sont la cible de la surveillance, et il n'y a pas grand-chose à ajouter à cela.

35 Roman Zakharov c. Russie, Requête n° 47143/06, Arrêt, 4 décembre 2015, para. 171.

36 Demand an end to the targeted surveillance of Human Rights Defenders, Amnesty International, <https://www.amnesty.org/en/petition/targeted-surveillance-human-rights-defenders/> (dernière consultation le 20 janvier 2024).

37 The Geneva Declaration on Targeted Surveillance & Human Rights, Access Now, <https://www.accessnow.org/press-release/geneva-declaration-on-targeted-surveillance-and-human-rights/> (dernière consultation le 20 janvier 2024).

Cela dit, il ne semble pas hors de propos que le groupe faisant l'objet d'une surveillance soit non seulement défini fonctionnellement par cette surveillance (en ce sens que n'importe quel groupe aléatoire de « criminels » pourrait être défini comme un groupe objectivement identifiable, même s'il n'avait aucune relation entre eux et aucune caractéristique commune), mais soit aussi un groupe de personnes appartenant à une minorité nationale ou ethnique et engagées dans une série d'activités politiques communes. Au contraire, cela renforce le sentiment que le groupe est bien un groupe et pas simplement une « catégorie » interchangeable. La protection des minorités est manifestement un motif ancien dans le droit international et, bien qu'elle soit sans doute moins centrale que dans l'entre-deux-guerres, elle est devenue partie intégrante du droit international relatif aux droits de l'homme, notamment à travers l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de la Déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques.³⁸ La protection des minorités n'est certainement pas étrangère au contexte européen puisque l'article 2 du traité de Lisbonne lui donne l'imprimatur.

La définition des minorités ou des groupes protégés est toujours difficile pour le droit international, en effet, les instruments internationaux en matière de droits de l'homme semblent souvent s'écarter des hypothèses sur l'existence de ces groupes pour identifier les droits de leurs membres individuels. Cela a permis à certains États de nier fermement que des groupes objectivement identifiables, du moins considérés comme des minorités, existaient sur leur territoire. Encore une fois, pour être clair, la jurisprudence de la CJUE n'est pas liée en tant que telle à la nécessité de démontrer que les militants catalans, par exemple, constituent une minorité au sens national ou ethnique du terme. Je suggère simplement que ce dernier point renforce le sentiment qu'ils constituent un groupe objectivement identifiable, défini non seulement par leur traitement de la part de l'État, mais aussi par une série de caractéristiques communes (ethniques, culturelles, religieuses ou linguistiques) qui peuvent alors les désigner, et de manière problématique, pour une surveillance accrue.

Au fil du temps, la loi a clairement évolué quant à la manière dont il définit l'objectivité lorsqu'il s'agit d'identifier des groupes. Au niveau le plus intuitif, l'approche classique est que les groupes minoritaires sont définis par des caractéristiques ethniques, religieuses ou linguistiques qui les distinguent clairement du reste de la population.³⁹ Par exemple, la Cour permanente de justice internationale a estimé qu'une minorité est une forme de « communauté » et qu'une communauté est un « groupe de personnes vivant dans un pays ou une localité donnés et unies par [leur] identité de race, religion, langue et traditions. »⁴⁰

38 Joshua Castellino, *The Protection of Minorities and Indigenous Peoples in International Law: A Comparative Temporal Analysis*, 17 *International Journal on Minority and Group Rights* 393 (2010).

39 Rapport annuel 2019 à l'Assemblée générale, A/74/160, paragraphe 53.

40 « Communautés » gréco-bulgares (1930) CPJI Ser B n° 17, 19.

Parallèlement, la tendance a été de mettre simultanément l'accent sur la construction sociale de ces groupes, et en particulier sur les perceptions subjectives. La CPJI avait déjà évoqué la caractéristique déterminante des minorités comme étant « unies par cette identité de race, religion, langue et traditions dans un sentiment de solidarité, en vue de préserver leurs traditions, de maintenir leur forme de culte, d'assurer l'instruction et l'éducation de leurs enfants conformément à l'esprit et aux traditions de leur race et de se prêter une assistance mutuelle ». En d'autres termes, c'est au moins autant le sentiment de solidarité que les caractéristiques inhérentes qui constituent une minorité. Pour notre propos, la construction sociale via l'identification de soi et l'identification intersubjective est toujours susceptible d'être validée objectivement (le processus subjectif existe, objectivement) mais ce n'est pas tout à fait la même chose que l'objectivité dans le sens où un groupe a des caractéristiques inhérentes et indéniables. Elle met l'accent non pas sur une qualité intrinsèque des membres du groupe mais sur un certain degré d'identification à soi et aux autres.

Une évolution parallèle est évidente dans le domaine connexe, bien que très différent, du droit pénal international. Prenons par exemple le cas des Tutsis aux fins de la convention sur le génocide devant le TPIR.⁴¹ Il existe un large consensus sur le fait que les Tutsis ne constituent pas objectivement une race ou même un groupe ethnique. Néanmoins, ils ont été traités par les colonisateurs, puis par le Rwanda une fois indépendant, comme s'il s'agissait d'une race ou d'un groupe ethnique. C'est en tout cas la discrimination dont ils ont souffert qui a forgé leur spécificité en tant que groupe. C'est en effet la raison pour laquelle le gouvernement rwandais suivant le génocide a cherché à interdire l'« ethnicisme », c'est-à-dire l'idéologie même selon laquelle les Rwandais appartiennent à des ethnies différentes. En d'autres termes, c'est la discrimination ethnique qui crée les groupes ethniques, et non les groupes ethniques qui créent l'ethnicisme. De plus, ce que la définition des Tutsis en tant que groupe d'après la Convention sur le génocide suggère, c'est, outre des sentiments de fatalité partagés, une certaine communauté de traitement, notamment de la part de l'État.

Cela signifie que bien que la surveillance puisse très bien découler de l'existence d'un groupe de dissidents catalans qui s'identifient de manière plus ou moins diffuse comme tels, c'est aussi la surveillance de ce groupe lui-même qui contribue à créer le groupe (un groupe de « victimes » qui peuvent de plus partager des liens communs). En effet,

41 William A. Schabas, *Groups Protected by the Genocide Convention: Conflicting Interpretations from the International Criminal Tribunals for Rwanda*, 6 ILSA J. Int'l & Comp. L. 375 (1999); Carola Lingaas, *Defining the Protected Groups of Genocide through the Case Law of International Courts* (2015), https://www.academia.edu/download/44863281/ICD_Brief_Defining_the_Protected_Groups_of_Genocide.pdf (dernière consultation le 22 janvier 2024); Alison Hopkins, *Defining the Protected Groups in the Law of Genocide: Learning from the Experience of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, 19 Dalhousie Journal of Legal Studies 2 (2010); Andreas Henriksson, *The Interpretation of the Genocide Convention's Protected Groups Definition* (2004), <https://lup.lub.lu.se/student-papers/record/1558257/file/1564593.pdf> (dernière consultation le 22 janvier 2024).

c'est souvent la négation même de l'identité distincte et des programmes politiques de groupes (par exemple, les Afro-Américains, les peuples indigènes, etc.) qui les a amenés à revendiquer a fortiori cette identité. Il est clair que rien d'aussi dramatique ne dépend d'une telle détermination dans le contexte strict d'un MAE. La question n'est pas de savoir si les Catalans (et encore moins les nationalistes catalans ou certains dirigeants catalans) constituent un groupe ethnique distinct ou même une minorité.

Ce qui importe en revanche, c'est que c'est bien plus la façon dont un groupe est traité qui constitue les contours objectivement vérifiables d'un tel groupe qu'une quelconque caractéristique antérieure à ce traitement. En d'autres termes, ce qui constitue un groupe objectivement identifiable est son traitement en tant que tel, y compris dans la mesure où il peut façonner l'existence continue de ce groupe dans son interaction avec l'État. Il se peut même que ce groupe ne s'identifie pas toujours comme tel. Dans ce contexte, la surveillance n'est peut-être pas le seul processus de constitution des groupes (qui peut inclure, par exemple, des cas plus simples de persécution), mais elle est probablement un acte continu, plus systématique et préliminaire à toute persécution. Par exemple, en Chine, les outils de surveillance numérique ne servent pas seulement à surveiller les Ouïghours mais aussi à les « identifier » grâce à leurs traits de visage, notamment lorsqu'ils se rendent dans les grandes villes de l'est du pays.⁴² Il convient de noter que, comme le soulignent les Principes internationaux sur l'application des droits de l'homme à la surveillance des communications, « [a]ucune mesure de surveillance ne doit donner lieu à une discrimination basée sur l'origine, la couleur de peau, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, la nationalité, l'appartenance à un groupe social, la richesse, la naissance ou toute autre situation sociale. »⁴³ La surveillance devrait être analysée en combinaison avec d'autres marqueurs de discrimination tels que le manque relatif de protection des langues minoritaires en Espagne ou les campagnes de « diffamation » de la minorité catalane et la persécution de certaines de ses personnalités politiques.⁴⁴

42 Mozur, *supra* note 24.

43 Electronic Frontier Foundation, International Principles on the Application of Human Rights to Communications Surveillance (2013), <https://www.eff.org/files/necessaryandproportionatefinal.pdf> (dernière consultation le 9 mars 2024)

44 Rapport du Rapporteur spécial sur les questions relatives aux minorités, Visite en Espagne, A/HRC/43/47/Add.1, 9 mars 2020.

IV. Incidence de la surveillance sur les droits de l'homme individuels, collectifs et généraux

Quelle est alors l'importance plus générale de la surveillance pour évaluer le type de traitement auquel un groupe objectivement identifiable peut s'attendre à recevoir dans le système judiciaire ? La surveillance est examinée à la loupe au moins depuis que les révélations d'Edward Snowden ont suggéré que l'Agence nationale de sécurité des États-Unis s'était engagée dans une surveillance généralisée des communications à l'échelle mondiale. Cela a donné lieu à un certain nombre de réponses qui vont bien au-delà du cas des séparatistes catalans en Espagne. Par exemple, le Rapporteur spécial des Nations unies sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste a présenté une « Compilation de bonnes pratiques en matière de cadres et de mesures juridiques et institutionnels et les mesures qui garantissent le respect des droits de l'homme de la part des services de renseignement dans la lutte contre le terrorisme, y compris en matière de surveillance ».⁴⁵ Par la suite, le Rapporteur spécial des Nations unies sur la protection et la promotion du droit à la liberté d'opinion et d'expression et le Rapporteur spécial pour la liberté d'expression de la Commission interaméricaine des droits de l'homme ont adopté une « Déclaration conjointe sur les programmes de surveillance et leur impact sur la liberté d'expression ».⁴⁶ Ces sources ont progressivement contribué à cristalliser un sens clair de l'incidence indésirable des mesures de surveillance et du régime strict auquel elles doivent se conformer afin d'être légales.

1. La surveillance en tant que violation des droits de l'homme

Les effets néfastes de la surveillance sur les droits de l'homme sont bien documentés et intuitivement compréhensibles. Ils ont été soulignés par une série d'instruments internationaux, notamment la résolution 68/167 de l'Assemblée générale des Nations unies sur le « Droit à la vie privée à l'ère numérique » (18 décembre 2013). L'accent a été

⁴⁵ « Compilation de bonnes pratiques en matière de cadres et de mesures juridiques et institutionnels et les mesures qui garantissent le respect des droits de l'homme de la part des services de renseignement dans la lutte contre le terrorisme, y compris en matière de surveillance. » 17 mai 2010 (A/HRC/14/46).

⁴⁶ Rapporteur spécial des Nations unies sur la protection et la promotion du droit à la liberté d'opinion et d'expression, Rapporteur spécial pour la liberté d'expression de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, Déclaration conjointe sur les programmes de surveillance et leur impact sur la liberté d'expression, 21 juin 2013.

mis sur le caractère problématique de la « surveillance de masse », qui est différente mais liée à la situation catalane.

La surveillance de masse, y compris, par exemple, via la collecte et la conservation systématiques des données de communication, mais aussi via la vidéosurveillance, peut avoir un impact profondément corrosif sur le droit au respect de la vie privée. Cela s'explique en partie par le fait que sa justification, étant extrêmement générale, est donc également particulièrement frêle, et en partie par le risque de glissement de cibles potentiellement légitimes vers des cibles illégales. Comme indiqué par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) dans l'affaire Szabó et Vissy c. Hongrie, « le champ d'application des mesures pourrait inclure pratiquement n'importe qui [et] les nouvelles technologies permettent au gouvernement d'intercepter facilement des masses de données concernant même des personnes qui se trouvent en dehors du champ d'application initial ». ⁴⁷

Par ricochet, les implications sur les droits sont à la fois plus larges et plus profondes, entraînant des violations potentielles de libertés fondamentales telles que la liberté d'expression et d'opinion. Ceci a un effet dissuasif plus général. Comme l'a suggéré le Haut-Commissaire des Nations Unies, au-delà du droit à la vie privée, la surveillance de masse peut avoir un impact sur la liberté d'opinion et d'expression, le droit de rechercher, de recevoir et de transmettre des informations, ou le droit à la liberté de réunion et d'association pacifiques et à la vie de famille. ⁴⁸ Certains ont même fait allusion au fait que la surveillance de masse était en soi illégale. Selon le Rapporteur spécial de l'époque sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste :

[L]es États qui se sont lancés dans la surveillance de masse n'ont pas fourni de justification complète et fondée sur des preuves de sa nécessité [...]. Vu sous l'angle de l'article 17 du Pacte, ceci se rapproche d'une dérogation pure et simple du droit au secret des communications numériques. Pour toutes ces raisons, la surveillance de masse du contenu et des données de communications numériques remet sérieusement en cause une norme bien établie du Droit international. [...] [L]'existence même de programmes de surveillance de masse constitue une immixtion potentiellement disproportionnée dans le droit à la vie privée. ⁴⁹

Il a même été avancé que le caractère endémique et systématique de la surveillance de masse pouvait même constituer un crime contre l'humanité. ⁵⁰

47 Affaire Szabó et Vissy c. Hongrie (Requête n° 37138/14), 12 janvier 2016, para. 89.

48 A/HRC/27/37, paragraphes 24-27.

49 UN Doc. No. A/69/397 paragraphe 18.

50 Michael Bohlander, "The Global Panopticon": Mass Surveillance and Data Privacy Intrusion as a Crime against Humanity?, in Justice Without Borders 73 (2018).

La Catalogne n'est pas un cas de surveillance de masse mais plutôt un type de surveillance très ciblée, ce qui rend la situation encore plus problématique. La surveillance visant des groupes relativement restreints a essentiellement les mêmes effets, toutes choses étant égales par ailleurs, mais cette fois avec une dimension accablante supplémentaire de persécution spécifique à un groupe. Dans le cadre du droit international relatif aux droits de l'homme par exemple, un accent particulier a été mis sur les effets néfastes de la surveillance des défenseurs des droits de l'homme en tant que forme spécifique de surveillance ciblée.

Dans le cas des indépendantistes catalans, les Rapporteurs spéciaux de l'ONU ont souligné particulièrement que la surveillance semble être :

[...] une ingérence dans leur droit d'avoir et d'exprimer librement leurs opinions, d'échanger et de diffuser des informations et des idées, de se réunir pacifiquement et de participer à des associations, d'avoir une vie privée et une correspondance privée, d'être égaux devant la loi et d'être également protégés par la loi sans discrimination.⁵¹

Parmi ses conséquences les plus notables figure un effet dissuasif conduisant à l'« autocensure » et entraînant un « effet inhibiteur sur la jouissance du droit à la liberté d'opinion et d'expression en Catalogne en général ».

Un domaine intéressant où la question de la surveillance de groupe a fait surface est celui du droit d'asile. La question, relativement hypothétique à ce stade, est de savoir si la surveillance et sa violation inhérente au droit à la vie privée sont susceptibles de constituer une forme de persécution donnant droit à l'asile. Comme l'a avancé Liane M. Jarvis Cooper, les violations de la vie privée peuvent aider à identifier des persécutions antérieures ou à prédire des persécutions futures mais elles peuvent aussi « être qualifiées de persécution même si elles ne sont pas accompagnées d'autres préjudices, menaces, actes ou événements ».⁵² C'est du moins le cas si certains « préjudices liés à l'absence de contrôle, à l'effet dissuasif et à la manipulation [sont] suffisamment graves en eux-mêmes pour atteindre le niveau de la persécution ».⁵³ Bien qu'il soit trop tôt pour savoir jusqu'où ira cette tendance, les violations systématiques du droit à la vie privée tendent clairement à être prises de plus en plus au sérieux en tant que violations des droits de l'homme et donc en tant que persécutions.

51 Mandatos del Relator Especial, *supra* note 29, p. 5.

52 Liane M. Jarvis Cooper, *Privacy Harms and Persecution*, 31 S. Cal. Interdisc. L.J. 469, 470 (2021).

53 *Id.* at 491.

2. Régime juridique de la surveillance

Il est essentiel de prouver que la surveillance est illégale pour pouvoir prétendre qu'un MAE ne doit pas être honoré en raison de défaillances dans l'État requérant. Il convient de noter que la surveillance n'est pas illégale en soi et qu'elle peut être justifiée dans une société démocratique. Selon les déclarations du Haut-Commissaire aux droits de l'homme :

dans la mesure où les technologies des communications numériques peuvent être utilisées - et l'ont été - par des individus à des fins criminelles (notamment pour recruter des tiers et obtenir des financements en vue de la commission d'actes de terrorisme), la surveillance ciblée légale des communications numériques peut constituer une mesure nécessaire et efficace pour les services responsables de l'application des lois et les services du renseignement.⁵⁴

De même, cette reconnaissance de base ne donne pas carte blanche à toute mesure de surveillance. Le risque est que des préoccupations très générales soient systématiquement invoquées pour justifier des ingérences dans les droits qui vont bien au-delà de ce qui était considéré comme acceptable il y a seulement quelques années. La CEDH et le Conseil de l'Europe ont établi les circonstances qui permettraient la surveillance, essentiellement selon le régime déjà prévu à l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance). Le principe de base est le suivant :

Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Les Principes internationaux sur l'application des droits de l'homme à la surveillance des communications, qui ont été signés par plus de 400 groupes de la société civile, sont également un bon exemple d'une initiative ascendante de droit non contraignant visant à façonner le régime de surveillance à l'échelle mondiale en soulignant l'applicabilité du « droit international relatif aux droits de l'homme. » Ils prévoient que la surveillance doit être prévue par la loi, poursuivre un but légitime, être « strictement et manifestement nécessaire », adéquate et proportionnelle.⁵⁵ Le Comité des droits de l'homme a également

⁵⁴ A/HRC/27/37, paragraphe 24.

⁵⁵ Principes internationaux sur l'application des droits de l'homme à la surveillance des communications.

souligné l'importance de l'ingérence dans le droit à la vie privée conformément aux principes de légalité, de proportionnalité et de nécessité.⁵⁶

Il convient de noter que certains cas de surveillance présumée ont été rejetés comme irrecevables au motif qu'ils étaient « manifestement non fondés » étant donné l'existence de garanties adéquates et efficaces contre les abus dans les lois contestées.⁵⁷ Il en va de même sur le fond où, dans l'ensemble, la Cour européenne s'est parfois rangée du côté des États. Dans l'affaire *Breyer c. Allemagne*, par exemple, la Cour a estimé que les modifications de la loi allemande sur les télécommunications, qui requiert que les entreprises collectent et conservent les données personnelles de tous leurs clients, y compris celles des utilisateurs de cartes SIM prépayées, ne signifiaient pas que l'Allemagne avait violé l'article 8. La Cour s'en est particulièrement remise à la « marge d'appréciation » de l'Allemagne dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, estimant que la mesure était « nécessaire dans une société démocratique » et que des garanties adéquates étaient en place.⁵⁸

En d'autres termes, l'illégalité de la surveillance n'est pas une fatalité, même si cette pratique suscite à juste titre des préoccupations en matière de droits de l'homme. Néanmoins, plusieurs plaintes très médiatisées concernant l'ingérence illicite ont déjà conduit à des conclusions selon lesquelles les États concernés avaient violé leurs obligations en matière de droits de l'homme, dont certaines sont examinées ci-dessous. Dans l'affaire *Kennedy*, la Cour a fini par conclure que la loi comportait suffisamment de garanties pour justifier la surveillance.⁵⁹ En règle générale, la Cour a estimé, conformément au texte de l'article 8 et à son approche générale des limitations des droits, que les enquêtes pénales ou les motifs de sécurité nationale peuvent justifier des mesures de surveillance mais elle a insisté sur un certain nombre de garanties minimales afin d'éviter les abus de pouvoir. Plusieurs facteurs peuvent toutefois, chacun à leur manière, conduire à la conclusion qu'une violation du droit à la vie privée a été commise.

Premièrement, toute limitation de l'article 8 doit être prévue par la loi et l'ingérence qui en résulte doit être « conforme à la loi. » Cette loi doit indiquer avec suffisamment de clarté comment le pouvoir discrétionnaire des autorités sera exercé. Selon la Cour :

[...] la prévisibilité dans le contexte particulier des mesures secrètes de surveillance, telles que l'interception des communications, ne saurait signifier qu'un individu doit se trouver à même de prévoir quand les autorités sont

56 Comité des droits de l'homme, Observations finales concernant le quatrième rapport périodique des États-Unis d'Amérique en vertu du PIDCP, 26 mars 2014.

57 Voir, par exemple : CEDH, *Weber et Saravia c. Allemagne*, 29 juin 2006.

58 CEDH, *Breyer c. Allemagne*, requête n° 50001/12, 30 janvier 2020.

59 CEDH, *Kennedy c. Royaume-Uni*, requête n° 26839/05, 18 mai 2010.

4. Frédéric Mégret, La surveillance et la notion de « groupe de personnes objectivement identifiables » dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur le mandat d'arrêt européen

susceptibles de recourir à ce type de mesures de manière à ce qu'il puisse adapter sa conduite en conséquence [...]. Cependant, puisque le risque d'arbitraire apparaît avec netteté là où un pouvoir de l'exécutif s'exerce en secret [...]. Par conséquent, il est indispensable que des règles claires et détaillées encadrent les mesures de surveillance secrète, d'autant que les procédés techniques utilisables ne cessent de se perfectionner [...]. Le droit interne doit être suffisamment clair pour indiquer à tous, de manière adéquate, en quelles circonstances et sous quelles conditions la puissance publique est habilitée à recourir à pareilles mesures.⁶⁰

En outre :

[...] étant donné que la mise en œuvre pratique des mesures de surveillance secrète des communications ne fait pas l'objet de contrôle de la part des personnes concernées ou du public en général, il serait contraire à l'État de droit que le pouvoir juridique discrétionnaire accordé à l'exécutif soit exprimé en termes de pouvoir illimité. Par conséquent, la loi doit définir le champ d'application et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation accordé aux autorités compétentes avec une clarté suffisante pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire [...]⁶¹

Certains arrêts sont parvenus à la conclusion que l'article 8 avait été violé uniquement à ce premier stade de l'analyse. Dans l'affaire Liberty et autres c. Royaume-Uni, par exemple, la Cour a estimé que :

le droit interne à l'époque pertinente [n'indiquait pas] avec suffisamment de clarté, de manière à assurer une protection adéquate contre les abus de pouvoir, le champ d'application ou les conditions de mise en œuvre du pouvoir discrétionnaire très large dont disposait l'Etat pour intercepter et d'examiner les communications extérieures. En particulier, il n'a pas, comme l'exige la jurisprudence de la Cour, donné, sous une forme accessible au public, d'indications sur la procédure à suivre pour sélectionner le matériel intercepté en vue de son examen, partage, stockage et destruction.⁶²

Dans l'affaire Ekimdzhiiev et autres c. Bulgarie, la Cour a également estimé que la loi ne répond pas pleinement à l'exigence de « qualité de la loi ».⁶³

60 Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimzhiev, paragraphe 93.

61 Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimzhiev, paragraphe 94.

62 Affaire Liberty et autres c. Royaume-Uni, requête n° 58243/00, 1er juillet 2008.

63 Affaire Ekimdzhiiev et autres c. Bulgarie, 11 janvier 2022.

Deuxièmement, la surveillance doit avoir un but légitime, être « nécessaire dans une société démocratique » et être proportionnelle. Dans l'affaire *Roman Zakharov c. Russie*, le requérant, rédacteur en chef d'une maison d'édition, se plaignait que le système russe d'interception des communications téléphoniques mobiles n'était pas conforme aux exigences de l'article 8 de la Convention. La Cour a estimé à l'unanimité que la loi sur la surveillance était publiée et accessible mais qu'elle était excessivement large, qu'elle couvrait une série d'infractions et qu'elle affectait des personnes autres que les suspects ou les accusés. En outre, la loi ne « donnait aucune indication sur les circonstances dans lesquelles les communications pourraient être interceptées en raison d'événements ou d'activités mettant en danger la sécurité nationale, militaire, économique ou écologique de la Russie ».

Au contraire, elle a laissé aux autorités un pouvoir discrétionnaire presque illimité pour déterminer quels événements ou actes constituaient une telle menace et si celle-ci était suffisamment grave pour justifier une surveillance secrète. Cela a créé des possibilités d'abus. En outre, la durée possible des mesures n'offrait pas de garanties suffisantes contre les ingérences arbitraires et le contrôle judiciaire restait trop limité. En conséquence, la Cour a estimé que le droit au respect de la vie privée du requérant avait été violé car la procédure d'autorisation prévue par la législation russe n'était « pas en mesure de garantir que les mesures de surveillance secrète n'étaient pas ordonnées de façon aléatoire, irrégulière ou sans examen dûment et dûment réfléchi ». ⁶⁴ D'autres affaires, en particulier celles portant sur la surveillance de masse, ont souligné le pouvoir quasi illimité conduisant à des ingérences arbitraires en violation de l'État de droit ⁶⁵ ou des problèmes liés à la conservation des données et des risques permanents qu'elle engendre pour la vie privée. ⁶⁶

Dans le cas de la Catalogne, le problème réside à la fois dans le fait que la surveillance a eu lieu en dehors de la loi et qu'elle est fondée sur une interprétation problématique de la loi. L'Espagne a avancé que la surveillance d'au moins 18 personnes avait été autorisée judiciairement par la Cour suprême de justice et que de tels cas pouvaient bénéficier d'un plus grand respect en termes de droits de l'homme, même s'il convient de noter que les mandats judiciaires n'ont jamais été rendus publics. Mais cela laisse encore de nombreux (près de 50) cas de piratage liés à Pegasus inexpliqués dans un cadre judiciaire. En outre, il n'est pas clair et probablement pas plausible qu'un piratage aussi large ait été effectué avec une autorisation judiciaire. Le caractère non discriminatoire de la méthode de surveillance, à savoir l'utilisation du logiciel espion Pegasus, peut en effet laisser penser à une opération qui n'a pas été étroitement surveillée judiciairement ou menée strictement à des fins d'enquête. Elle indique qu'il s'agit d'une opération de renseignement plutôt

64 Affaire *Roman Zakharov c. Russie*, Requête n° 47143/06, 5 décembre 2015.

65 Affaire *Haščák c. Slovaquie*, 23 juin 2022.

66 Affaire *Ekimdzhiiev et autres c. Bulgarie*, 11 janvier 2022.

4. Frédéric Mégret, La surveillance et la notion de « groupe de personnes objectivement identifiables » dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur le mandat d'arrêt européen

que d'une opération de police encadrée par la justice, une opération qui pourrait être « incontrôlée » par nature et par conséquent ni nécessaire ni proportionnelle.⁶⁷

En outre, même dans la mesure où la surveillance a été effectuée dans un cadre judiciaire ou, du moins, dans un cadre juridique large, elle peut encore être abusive. L'une des préoccupations dans le cas de la Catalogne est que bien que la surveillance ait effectivement été ordonnée par la justice, elle était basée sur des allégations larges de « sédition » et de « rébellion »,⁶⁸ elles-mêmes vagues et datées, ainsi que sur des accusations de délits liés au « terrorisme » définis de manière très large.⁶⁹ Les autorités espagnoles ont invoqué à plusieurs reprises le secret et la sécurité nationale pour refuser d'expliquer l'existence de cette surveillance mais il est fort possible que les hommes politiques et les militants aient été ciblés moins pour avoir commis des délits qu'en raison de leurs activités politiques. Le fait que la Cour suprême ait rejeté les plaintes visant à obtenir l'accès aux mandats judiciaires sur la base desquels la surveillance était censée être effectuée n'aide pas.⁷⁰ Les enquêtes Ex officio menées par le médiateur espagnol suggèrent qu'il était convaincu que la justification requise avait été fournie pour que la surveillance soit autorisée mais il n'a pas révélé sur quelle base il était parvenu à cette conclusion.⁷¹ Même si une autorisation judiciaire a pu être accordée dans de tels cas, elle pourrait toutefois ne pas répondre au critère du droit, par exemple parce qu'elle n'était pas proportionnée.

3. Allégation de surveillance illégale et droits de l'homme

La difficulté de prouver la surveillance réside dans le fait qu'elle est souvent secrète par définition et que les requérants peuvent n'avoir que des soupçons d'être surveillés. Prouver que leurs droits ont été violés peut donc être très difficile, en particulier dans les États qui exigent qu'ils prouvent la nature exacte de l'ingérence dont ils ont fait l'objet. En Espagne, les plaignants d'une surveillance illégale tels que les membres d'Omnium Cultural ont eu du mal à prouver que leur téléphone était infecté, notamment parce que les informations des services de renseignement étaient classées. Dans le même temps,

67 John Scott-Railton et al., *Catalangate: Extensive Mercenary Spyware Operation against Catalans Using Pegasus and Candiru*, 2023 24 (2022), <https://joan.domenechmilan.com/wp-content/uploads/2022/04/citizenlab.ca-CatalanGate-Extensive-Mercenary-Spyware-Operation-against-Catalans-Using-Pegasus-and-Candiru.pdf> (dernière consultation le 18 janvier 2024).

68 Arrêt n° 459/2019 du 14 octobre, rendu par la Chambre pénale de la Cour suprême dans la procédure spéciale n° 20907/2017.

69 Amnesty International, *Tweet... If You Dare. How Counter-Terrorism Law Restrict Freedom of Expression in Spain*, (2018).

70 Pieter Omtzigt, *Pegasus and Similar Spyware and Secret State Surveillance*, 41 (2023).

71 Antonio M. Díaz-Fernández, *Reining in Pegasus: The Oversight of the Spanish Intelligence Service in the Catalangate*, 1 *Études françaises de renseignement et de cyber 101* (2023).

et normalement, la Cour n'autorise pas les contestations de lois *in abstracto*. Cela crée a priori une véritable contrainte pour les requérants et, potentiellement, une situation délicate pour la protection des droits. En l'absence de toute preuve que Kennedy avait été spécifiquement visé, la CEDH a néanmoins estimé qu'elle pouvait examiner de manière générale s'il existait une « probabilité raisonnable » que des communications aient été interceptées.⁷²

Selon la Cour, cela confère à la Convention son « effet utile » puisque, dans le cas contraire, les protections de la Convention seraient « matériellement affaiblies » et les protections de l'article 8 seraient « dans une large mesure réduites à la nullité. »⁷³ Comme a déclaré la Cour dans l'affaire Klass :

La Cour admet donc qu'un individu peut, sous certaines conditions, prétendre être victime d'une violation occasionnée par la simple existence de mesures secrètes ou d'une législation autorisant des mesures secrètes, sans avoir à alléguer que de telles mesures lui ont été effectivement appliquées. Les conditions pertinentes doivent être déterminées dans chaque cas en fonction du ou des droits de la Convention qui auraient été violés, du caractère secret des mesures contestées et du lien entre le requérant et ces mesures.⁷⁴

Cela garantit que les mesures de surveillance ne deviennent pas pratiquement « incontestables » et échappent à toute supervision nationale ou internationale concevable. Exceptionnellement, un requérant peut donc alléguer qu'il est victime de la simple existence d'un régime de surveillance ou d'une législation autorisant de telles mesures même s'il ne peut pas fournir de preuve concluante qu'il a été individuellement surveillé. De plus, selon le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, « Il incombe aux autorités souhaitant restreindre le droit de montrer que cette restriction est liée à un objectif légitime. »⁷⁵ La Cour tiendra compte du champ d'application de la législation et de si le requérant pourrait être affecté par celle-ci, notamment en tenant compte du fait que le requérant appartient à un groupe risquant d'être soumis à de telles mesures.⁷⁶

En outre, la Cour évaluera l'existence de recours au niveau national. Si de tels recours ne sont pas largement disponibles, alors « les soupçons et les inquiétudes généralisés au sein du grand public quant à l'abus des pouvoirs secrets de surveillance ne peuvent pas être considérés comme injustifiés ». Une simple menace de surveillance suffit. En revanche, si des recours sont disponibles, il sera difficile d'invoquer une suspicion généralisée. En

72 Kennedy c. Royaume-Uni, Requête n° 26839/04, 18 mai 2010.

73 Klass et autres c. Allemagne, paragraphe 34.

74 Klass et autres c. Allemagne, paragraphe 34.

75 A/HRC/27/37, paragraphe 23.

76 Marie Ringler c. Autriche, Requête n° 2309/10, 12/05/2020, paragraphe 49.

4. Frédéric Mégret, La surveillance et la notion de « groupe de personnes objectivement identifiables » dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur le mandat d'arrêt européen

effet, le régime permettant aux individus de faire valoir des violations de leurs droits à la vie privée in abstracto ne va pas jusqu'à modifier la règle normale de l'épuisement des voies de recours internes. Dans l'affaire *Privacy International et autres c. Royaume-Uni*, la Cour a estimé que plusieurs ONG se plaignant de piratage informatique de la part des services de renseignement britanniques étaient irrecevables parce que l'État contractant n'avait pas eu la possibilité d'examiner les violations alléguées ou d'y remédier.⁷⁷ Toutefois, l'efficacité des recours sera également évaluée quant à la question de fond et, par exemple, le fait que les recours ne soient accessibles qu'aux personnes capables d'apporter la preuve qu'elles ont fait l'objet d'une interception jouera certainement en défaveur de leur efficacité.⁷⁸

4. Surveillance et droit à un procès équitable

La surveillance peut avoir un effet particulièrement dévastateur, plus spécifiquement dans le contexte judiciaire, et notamment en ce qui concerne le droit à un procès équitable, par exemple en révélant des informations protégées. Ceci est évidemment pertinent dans le contexte spécifique du respect des MAE. Le principal problème de la surveillance est qu'elle interfère avec la confidentialité des communications entre un client et son avocat. Selon la CEDH :

Le droit, pour l'accusé, de communiquer avec son avocat hors de portée d'ouïe d'un tiers figure parmi les exigences élémentaires du procès équitable dans une société démocratique et découle de l'article 6 par. 3 c) (art. 6-3-c) de la Convention. Si un avocat ne pouvait s'entretenir avec son client sans une telle surveillance et en recevoir des instructions confidentielles, son assistance perdrait beaucoup de son utilité, alors que le but de la Convention consiste à protéger des droits concrets et effectifs.⁷⁹

Il est clair que cela ne signifie pas qu'un avocat ne peut jamais être surveillé mais que la surveillance doit s'inscrire dans le cadre spécifique d'enquêtes judiciaires de nature pénale. De toute évidence, le « statut d'avocat ne les exempte pas des responsabilités et des devoirs de tous les autres citoyens ni ne devrait les protéger du contrôle des forces de l'ordre ». ⁸⁰ Il est toutefois évident que la surveillance a régulièrement dépassé les limites

77 *Privacy International et autres c. Royaume-Uni*, 7 juillet 2020. Voir aussi *Marie Ringler c. Autriche*, Requête n° 2309/10, 12/05/2020.

78 *Affaire Roman Zakharov c. Russie*, Requête n° 47143/06, 5 décembre 2015, paragraphes 286-301.

79 *S c. Suisse*, n° 12629/87 ; 13965/88 (28 novembre 1991), paragraphe 48.

80 Ronald Goldstock & Steven Chanania, *Criminal Lawyers: The Use of Electronic Surveillance and Search Warrants In the Investigation and Prosecution of Attorneys Suspected of Criminal Wrongdoing*, 136 U. Pa. L. Rev. [1878], 1858 (1987).

des enquêtes pénales, du moins en raison du caractère fourre-tout d'une grande partie de la surveillance contemporaine et de sa nature omniprésente, par exemple dans le contexte sensible des prisons, ainsi que de la vulnérabilité de toutes les conversations numériques.⁸¹

En fait, le problème aujourd'hui réside moins dans les abus du cadre pénal existant en matière de surveillance, relativement limité par des procédures, que dans son contournement total par la collecte ordinaire de données et l'espionnage généralisé. Ce phénomène a plutôt été accentué par les discours sur la sécurité nationale qui mettent l'accent sur l'importance de prévenir la criminalité. Les fuites ou les piratages de données de masse ont également augmenté le risque que des conversations confidentielles soient révélées.⁸² Les conversations de certains individus ou groupes d'individus avec leurs avocats ont fait particulièrement l'objet de surveillance, notamment les détenus de Guantanamo.⁸³ Les avocats sont également de plus en plus souvent pris pour cible, que ce soit en Inde⁸⁴ ou en Jordanie.⁸⁵ Il convient de s'inquiéter du fait que le logiciel Pegasus n'aurait eu aucun moyen d'exclure les conversations protégées des activistes catalans avec les avocats et qu'il semble donc être intrinsèquement problématique. Il est fort probable que des conversations privilégiées aient fait l'objet de surveillance.

En fait, l'existence d'une surveillance massive et routinière fait craindre que, dans la pratique, le privilège client-avocat ne subsiste que très peu, ce qui fait peser sur les avocats un poids considérable en termes d'obligations éthiques vis-à-vis de leurs clients.⁸⁶ Par exemple, la National Association of Criminal Defense Lawyers, dans un mémoire d'amicus curiae, s'est plainte que « [l]orsque toutes les méthodes modernes et raisonnables de communication sont apparemment soumises à des perquisitions et saisies massives de routine par le gouvernement, le droit de consulter un avocat, en vertu de la protection

81 Jonathan Stribling-Uss, *Legal Cybersecurity in the Digital Age*, (2020).

82 Jordan Smith & Micah Lee, *Massive Hack of 70 Million Prisoner Phone Calls Indicates Violations of Attorney-Client Privilege*, *The Intercept* (11 novembre 2015), <https://archive.ph/MHC2m> (dernière consultation le 14 décembre 2023); Paul H. Beach, *Viewing Privilege through a Prism: Attorney-Client Privilege in Light of Bulk Data Collection Note*, 90 *Notre Dame L. Rev.* 1663 (2014).

83 Ian Kysel, *Guantanamo Dispatch: New Revelations of Attorney-Client Surveillance, American Civil Liberties Union* (14 juin 2013), <https://www.aclu.org/news/national-security/guantanamo-dispatch-new-revelations-attorney-client-surveillance> (dernière consultation le 14 décembre 2023).

84 Siddhart Varadarajan, *Supreme Court Registrars, Lawyers of Key Clients, Justice Arun Mishra's Old Number on Pegasus Radar*, *The Wire*, août 2021, <https://thewire.in/law/supreme-court-registrars-lawyers-of-key-clients-and-old-number-of-an-sc-judge-on-pegasus-radar> (dernière consultation le 22 février 2024).

85 Journalists and Lawyers Hacked With Pegasus Spyware in Jordan—Probe, *Time*, février. 2024, <https://time.com/6590855/jordan-pegasus-spyware-hack/> (dernière consultation le 22 février 2024).

86 Sadikov Ruslan, *Challenges and Opportunities for Legal Practice and the Legal Profession in the Cyber Age*, 1 *International Journal of Law and Policy* (2023), <https://irshadjournals.com/index.php/ijlp/article/view/59> (dernière consultation le 14 décembre 2023).

du secret professionnel de l'avocat, disparaît tout simplement. »⁸⁷ En effet, les avocats de certains pays ont dû recourir à des méthodes extrêmes pour garantir la confidentialité de leurs communications, notamment « en se tournant vers des technologies telles que le cryptage, les ordinateurs isolés d'Internet et les téléphones jetables ». ⁸⁸ Le manque de garantie de la confidentialité peut entraver le travail des avocats, « rendre [...] beaucoup plus difficile l'instauration d'une relation de confiance avec leurs clients et rendre [...] les clients moins disposés à s'exprimer pleinement et franchement, compliquant ainsi les efforts visant à élaborer une stratégie juridique efficace ». ⁸⁹

Cette sensibilité aux dangers de la surveillance des droits de l'homme dans le contexte du procès a suscité une inquiétude particulière quant au régime autorisant cette surveillance. La surveillance des communications entre l'avocat et son client peut être autorisée mais uniquement lorsqu'elle est « strictement nécessaire » dans une société démocratique et dans des circonstances exceptionnelles. Dans l'affaire *Klass et autres c. République fédérale d'Allemagne* (6 septembre 1978), les requérants étaient quatre avocats et un juge qui contestaient l'application de la loi du 13 août 1968 sur les restrictions au secret du courrier, de la poste et des télécommunications (*Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses*), en violation de l'article 10 de la Loi fondamentale allemande qui garantissait le secret comme étant « inviolable ».

La loi permettait, conformément à la possibilité de limitations prévues par la Loi fondamentale, d'imposer des restrictions afin de se prémunir contre des « dangers imminents » menaçant « l'ordre constitutionnel libre et démocratique », « l'existence ou la sécurité de la Fédération ou d'un Land », ou encore « la sécurité des forces armées [alliées] » stationnées sur le territoire de la République. De plus, ces mesures ne pouvaient être adoptées que s'il existait des indications factuelles (*tatsächliche Anhaltspunkte*) selon lesquelles une personne préparait, commettait ou avait commis certains actes criminels punissables en vertu du code pénal, tels que des atteintes à la paix ou à la sécurité de l'État, à l'ordre démocratique, à la sécurité extérieure et à la sécurité des forces armées alliées. En outre, ces mesures ne pouvaient être utilisées que si l'établissement des faits par une autre méthode était sans perspective de succès ou s'il était considérablement plus difficile. Les mesures devaient être immédiatement interrompues dès que les conditions requises avaient cessé d'exister ou que les mesures elles-mêmes n'étaient plus nécessaires.

87 Government Surveillance Undermines Attorney-Client Privilege | Brennan Center for Justice, <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/government-surveillance-undermines-attorney-client-privilege> (dernière consultation le 22 février 2024).

88 Alex Sinha, *How US Government Surveillance Threatens Attorney-Client Privilege*, (15 août 2014), <https://www.jurist.org/commentary/2014/08/alex-sinha-attorney-client-privilege/> (dernière consultation le 14 décembre 2023). Also Peter Micek Stribling-Uss Esq , Jonathan, *Why Encryption Is Vital to Attorney-Client Privilege*, Access Now (Jan. 11, 2021), <https://www.accessnow.org/encryption-attorney-client-privilege/> (dernière consultation le 14 décembre 2023).

89 Sinha, *supra* note 88.

La Cour a conclu à la non-violation de l'article 8 de la Convention dans ce cas particulier, étant donné des menaces auxquelles l'Allemagne était confrontée, notamment d'espionnage et de terrorisme par des éléments subversifs, mais a souligné que la question de la confidentialité des communications entre un avocat et son client lorsque de telles circonstances pourraient ne pas prévaloir restait une préoccupation majeure. Comme a déclaré dit le juge Pinto de Albuquerque dans l'affaire Big Brother :

Le droit interne devrait prévoir un régime spécifique de protection des communications professionnelles privilégiées des parlementaires, des médecins, des avocats et des journalistes. Dans la mesure où la collecte de masse de communications sans discrimination et sans suspicion nuirait à la protection des informations confidentielles et légalement protégées, celle-ci ne peut être efficacement garantie que par une autorisation judiciaire d'interception de ces communications lorsque des preuves sont présentées qui étayent une suspicion raisonnable d'infractions ou de comportements graves préjudiciables à la sécurité nationale commis par ces professionnels. Par ailleurs, si des communications de ces catégories de professionnels couvertes par leur secret professionnel étaient interceptées par erreur, elles devraient être immédiatement détruites.⁹⁰

De plus, le recours actuel devant la Cour européenne des droits de l'homme contre la loi française sur le renseignement insiste particulièrement sur le fait que la loi ne comporte pas de garanties suffisantes pour protéger le secret des conversations entre un avocat et son client.⁹¹ Une préoccupation similaire ressort clairement d'un arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande.⁹² Ces préoccupations sont susceptibles d'être amplifiées si les personnes dont les conversations avec leurs avocats sont interceptées sont également membres d'un groupe identifiable qui est la cible d'une surveillance plus générale. En effet, les logiciels espions Pegasus et Candiru pourraient avoir ciblé, parmi d'autres personnes, les avocats représentant les dirigeants catalans détenus. Les Rapporteurs spéciaux des Nations unies ont déploré ce fait en particulier, notant que si une telle pratique était confirmée, elle « constituerait une atteinte à l'indépendance des avocats et des défenseurs des droits de l'homme ».⁹³

90 Opinion partiellement concordante et partiellement dissidente du juge Pinto de Albuquerque, paragraphe 25.

91 Requête n° 49526/15, Association confraternelle de la presse judiciaire v. France, 26 avril 2017.

92 Arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 19 mai 2020 (1 BvR 2835/17).

93 Mandatos del Relator Especial, supra note 29.

V. Facteurs susceptibles de compliquer l'évaluation de l'impact de la surveillance sur les droits humains

Dans cette dernière partie, j'examine brièvement quelques facteurs compliquant l'évaluation de l'incidence de la surveillance sur les droits de l'homme.

1. La validité douteuse de la surveillance de groupe

La question qui se pose est de savoir si la surveillance d'un groupe peut être largement légale. La surveillance de groupe peut simplement résulter du fait que de nombreux membres individuels d'un groupe sont en tant que tels la cible d'une surveillance, ce qui, globalement, signifie que l'on peut dire qu'un groupe est surveillé ; mais elle peut également reposer sur la surveillance du groupe en tant que tel, les individus étant surveillés du seul fait de leur appartenance au groupe. Plus on s'éloigne d'un modèle de surveillance individuelle, plus cela entraîne des préoccupations en matière de droits de l'homme, par exemple parce qu'une certaine forme de « pêche aux données » exploratoire est impliquée. Ces préoccupations augmentent proportionnellement au sentiment qu'un groupe est surveillé en tant que tel, en particulier d'une manière qui épouse étroitement les caractéristiques particulières d'une minorité.

La surveillance de groupe est devenue une préoccupation fondée sur l'idée que « les individus ne sont pas des sujets autonomes de surveillance »⁹⁴ et que, dans la pratique, la surveillance individuelle est de plus en plus liée à la surveillance des collectifs. Dans certains cas, la surveillance de groupe, par son caractère non discriminatoire, est plus proche de la « surveillance de masse » au sujet de laquelle la CEDH a exprimé une grande méfiance. Dans l'affaire Szabó et Vissy c. Hongrie, par exemple, la Cour a estimé que « l'ordonnance relève entièrement du domaine de l'exécutif et sans évaluation de la stricte nécessité, [...] et compte tenu de l'absence de mesures correctives efficaces, encore moins judiciaires, » il y avait violation de l'article 8.⁹⁵ En revanche, dans l'affaire Kennedy, c'était précisément parce que la loi britannique ne permettait pas « la capture indiscriminée de vastes quantités de communications » que la Cour a conclu à la non-violation de l'article 8. Dans l'affaire Big Brother, la Cour a insisté sur le fait que la surveillance de masse devait

94 Kirstie Ball et al., *Regulating Surveillance. The Importance of Principles*, in *Routledge Handbook of Surveillance Studies*, 377 (2012).

95 Affaire Szabó et Vissy c. Hongrie (Requête n° 37138/14), 12 janvier 2016, para. 89.

faire l'objet d'un régime spécifique comprenant des « garanties de bout en bout » allant de l'adoption de mesures d'interception de masse jusqu'à l'autorisation d'interceptions particulières en passant par la garantie d'un contrôle a posteriori, mesures n'ayant pas été jugées satisfaisantes dans cette affaire.⁹⁶

Le problème de la surveillance fondée sur des groupes larges, à cheval entre la surveillance de masse et la surveillance individualisée, est potentiellement triple : premièrement, elle peut en fait être plus proche de la surveillance de masse que de la surveillance individuelle et donc importer toutes les caractéristiques problématiques et les préoccupations juridiques majeures de la première ; deuxièmement, elle peut suggérer une motivation discriminatoire dans la mesure où seuls certains groupes sont probablement surveillés dans un contexte où, comme nous l'avons vu, les groupes vulnérables ont souvent été historiquement ciblés ; troisièmement, en regroupant ce qui sera invariablement un ensemble diversifié d'individus, elle ne fait pas de distinction entre les membres de ces groupes et augmente les risques que des personnes soient surveillées à leur insu. L'accent mis sur la surveillance de groupe suggère donc les limites du modèle de protection de la vie privée individuelle, par ailleurs influent, dans un contexte où il déclenche un éventail beaucoup plus large de violations des droits.⁹⁷ Certes, si tous les membres d'un groupe sont soupçonnés d'avoir commis des infractions pénales (par exemple, une bande criminelle), ils peuvent dans certaines circonstances faire l'objet d'interceptions en tant que telles. En termes de sécurité nationale, les groupes préparant des attentats terroristes peuvent faire l'objet d'une surveillance, mais le doute est plus grand lorsque les groupes ne sont pas impliqués dans des menaces violentes envers l'État.

En outre, la méfiance à l'égard de la surveillance de groupe est renforcée lorsqu'il s'agit de certaines catégories de personnes. En France, par exemple, une loi prévoit que les parlementaires, les magistrats, les avocats ou les journalistes ne peuvent faire l'objet de mesures de surveillance par les services de renseignement concernant leurs communications électroniques dans l'exercice de leurs fonctions, sauf sous un contrôle étroit de la version plénière de la *Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement*, chargée, sous le contrôle juridictionnel du Conseil d'État, de veiller à la proportionnalité de ces mesures.⁹⁸ Dans le même temps, le Conseil constitutionnel français a déduit qu'un tel régime ne constituait pas en soi « une atteinte manifestement disproportionnée au droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances ».⁹⁹ La loi est néanmoins actuellement contestée devant la Cour européenne des droits de l'homme au motif qu'elle manque de sanctions adéquates et qu'elle n'est pas strictement nécessaire pour préserver les institutions démocratiques.

96 Voir également l'affaire *Centrum För Rättvisa c. Suède* (Requête n° 35252/08), 25 mai 2021.

97 Ball et al., *supra* note 94 at 378.

98 Article L. 821-7.

99 Conseil constitutionnel, Décision n° 2015-713-DC du 23 juillet 2015.

2. Pertinence des nouvelles technologies

Un nouveau facteur qui complique le calibrage des réponses à la surveillance est le fait que la surveillance est de plus en plus facilitée par les technologies mêmes qui permettent les communications numériques. Dans l'affaire dite du « CatalanGate », l'utilisation du logiciel espion Pegasus aurait été au cœur de la surveillance secrète. De nombreuses affaires récentes portées devant la CEDH témoignent du rôle central de ces nouveaux modes de surveillance qui repoussent les limites de la surveillance, ainsi que du malaise occasionnel des tribunaux internationaux face à certaines questions qui se posent. Selon la CEDH :

Alors que les capacités technologiques ont considérablement augmenté le volume des communications transitant par Internet à l'échelle mondiale, les menaces auxquelles sont confrontés les États contractants et leurs citoyens ont également proliféré : le terrorisme mondial, le trafic de drogue, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants pour n'en citer que quelques-unes. Un bon nombre de ces menaces proviennent de réseaux internationaux d'acteurs hostiles ayant accès à des technologies de plus en plus sophistiquées leur permettant de communiquer sans être détectés. L'accès à ces technologies permet également à des acteurs hostiles, étatiques ou non, de perturber l'infrastructure numérique et même le bon fonctionnement des processus démocratiques via des cyberattaques, une menace grave pour la sécurité nationale qui, par définition, n'existe que dans le domaine numérique et qui, en tant que telle, ne peut être détectée et étudiée que dans ce domaine. Par conséquent, la Cour est tenue de procéder à une évaluation des régimes d'interception de masse des États contractants, une capacité technologique précieuse pour identifier les nouvelles menaces dans le domaine numérique, pour déterminer s'ils sont conformes à la Convention en se référant à l'existence de garanties contre l'arbitraire et les abus, sur la base d'informations limitées sur la manière dont ces régimes fonctionnent.¹⁰⁰

Cela a conduit la Cour à insister sur le fait que « les garanties sont donc essentielles et pourtant insaisissables ».¹⁰¹

En principe, la CEDH, dans l'un de ses premiers arrêts sur la surveillance numérique « moderne », a estimé que « c'est une conséquence naturelle des formes prises par le terrorisme actuel que les gouvernements recourent à des technologies de pointe pour anticiper de telles attaques, y compris la surveillance de masse des communications susceptibles de contenir des indications d'incidents imminents ». Il n'y a donc en principe rien de fâcheux à ce que les États adaptent leurs pratiques de surveillance à

100 Affaire Big Brother Watch et autres c. Royaume-Uni, requêtes n° 58170/13, 62322/14 et 24960/15, 25 mai 2021, paragraphe 323.

101 Ibid, paragraphe 322.

l'évolution des technologies ; prétendre le contraire irait à l'encontre de l'objectif de la surveillance (légale).

De même, la Cour a estimé qu'elle devait « examiner la question de savoir si le développement de méthodes de surveillance entraînant la collecte de masses de données s'est accompagné d'un développement simultané de garanties juridiques assurant le respect des droits des citoyens au titre de la Convention ». En effet :

il serait contraire à l'objectif des efforts gouvernementaux pour prévenir le terrorisme et restaurer ainsi la confiance des citoyens dans leur capacité à maintenir la sécurité publique, si la menace terroriste était paradoxalement remplacée par la menace perçue d'un pouvoir exécutif illimité s'immisçant dans la sphère privée des citoyens, en vertu de techniques et de prérogatives de surveillance incontrôlées mais de grande portée.¹⁰²

La crainte que le droit ne parvienne pas à suivre les évolutions technologiques est une constante au sein des instances internationales. Par exemple, le bureau du Rapporteur spécial pour la liberté d'expression de la Commission interaméricaine des droits de l'homme a fait part de son inquiétude sur le fait que « la législation sur la collecte de renseignements et d'informations relatives à la sécurité nationale est restée inadaptée aux progrès de la technologie, qui permettent un accès sans discrimination et sans précédent aux informations relatives aux communications entre les individus. »¹⁰³

L'une des préoccupations est que les gouvernements exigent de plus en plus que les fournisseurs d'accès à Internet stockent et éventuellement divulguent des métadonnées sur les communications de leurs clients. Ces métadonnées peuvent ensuite être exploitées aussi bien par les forces de l'ordre et par les services de renseignement, même si « les mesures de surveillance qui peuvent être nécessaires et proportionnées pour un objectif légitime peuvent ne pas l'être pour un autre objectif. » En d'autres termes, il ne faut pas présumer que la surveillance justifiée par l'ensemble limité de motifs disponibles dans le cadre d'une enquête pénale l'est également pour le travail de renseignement général, malgré le fait qu'en raison de l'absence de « limites à l'utilisation » des données de masse et de leur partage « la frontière entre la justice pénale et la protection de la sécurité nationale s'[est] considérablement brouillée ». ¹⁰⁴

102 Affaire Szabó et Vissy c. Hongrie (Requête n° 37138/14), 12 janvier 2016, paragraphe 68.

103 Le Bureau du rapporteur spécial pour la liberté d'expression de la Commission interaméricaine des droits de l'homme appelle les États-Unis à introduire des réformes importantes dans le programme de collecte de métadonnées téléphoniques de la NSA, R50/15, 14 mai 2015.

104 HCDH, Le droit à la vie privée à l'ère numérique, A/HRC/27/37, 30 juin 2014, paragraphe 27.

3. Surveillance ou médiation importante par des acteurs privés

Une complication importante dans de nombreux cas de surveillance réside dans le fait qu'il n'est pas clair que la surveillance soit le résultat d'une activité de l'État lui-même. Au moins, il peut être difficile de prouver de manière concluante que l'État était impliqué sans établir que des agents de l'État ou des groupes agissant au nom de l'État ou avec son consentement étaient impliqués. Il se peut que ce soit plutôt un État étranger ou une entreprise qui soit impliqué(e) dans la surveillance, parfois même sur une base extraterritoriale. En fait, les États ne sont peut-être que trop heureux de sous-traiter la surveillance à des acteurs privés avec lesquels il est ensuite difficile d'établir un lien. Pour compliquer encore les choses, « [m]ême des groupes non étatiques seraient en train de mettre en place des capacités de surveillance numérique très poussées », avec le risque que « la surveillance numérique échappe au contrôle des pouvoirs publics ». ¹⁰⁵ Comme le souligne Mary Ann Franks, l'une des limites du « discours dominant sur la protection de la vie privée » est qu'il « se centre étroitement sur le gouvernement comme étant la principale menace pour la vie privée et principale source de surveillance », alors que les « formidables » pouvoirs de surveillance du gouvernement « sont désormais inextricablement liés au secteur privé ». ¹⁰⁶ Rien de tout cela ne doit détourner les entreprises de leurs propres obligations en matière de surveillance illégale ou de complicité dans les violations des droits de l'homme. ¹⁰⁷

La difficulté d'identifier l'origine de la surveillance peut être vraie dans le cas de la surveillance des séparatistes catalans, malgré des indices qui suggèrent que le cadre étatique est le plus pertinent. Le gouvernement espagnol a admis qu'il est à l'origine de la surveillance légale d'au moins 18 personnes, mais cela laisse une zone d'ombre quant à une surveillance similaire qui n'a cependant pas été attribuée. Cette sorte de brouillage des frontières entre le privé et le public a rendu plus difficile l'attribution des responsabilités. Néanmoins, un État peut toujours violer ses obligations en matière de droits de l'homme, y compris à l'encontre d'un « groupe objectivement identifiable », même s'il ne peut être prouvé qu'il a ordonné directement cette surveillance par l'intermédiaire de ses agents. En vertu du droit international relatif aux droits de l'homme, les États ont l'obligation de protéger les personnes au sein de leur juridiction contre les violations qu'elles pourraient subir de la part de tiers. ¹⁰⁸ En effet, il est de plus en plus souvent revendiqué que les États ont des obligations de protection contre la surveillance transnationale, notamment de la diaspora, par leur État d'origine. A fortiori, les États ont donc l'obligation de mettre un terme à la surveillance illégale ayant lieu entièrement sur leur territoire.

105 A/HRC/27/37, paragraphe 3.

106 Franks, *supra* note 21 at 429.

107 Voir NSO Group, NSO, Pegasus and Human Rights, document de synthèse, mai 2022 par NSO.

108 Siena Anstis, *Regulating Transnational Dissident Cyber Espionage*, 73 *International & Comparative Law Quarterly* 259 (2024).

Quoi qu'il en soit, bien que le rapport « Catalangate » de Citizen Lab n'attribue pas de manière concluante l'opération de piratage à un gouvernement en particulier, il suggère que de forts soupçons pèsent sur l'État espagnol, qui devrait certainement être informé de telles opérations lorsqu'elles sont menées sous ses auspices. Dans certains cas de surveillance, la CEDH a souligné l'importance des devoirs de surveillance. Dans l'affaire Zakharov, par exemple, la Cour exprimé son inquiétude quant au fait que la loi russe ne permettait même pas aux autorités de contrôle de découvrir les interceptions effectuées sans une autorisation judiciaire appropriée. Le contrôle du pouvoir judiciaire était trop superficiel : elle consistait essentiellement en une autorisation initiale puis confiait la supervision du contrôle au pouvoir exécutif dans des conditions très floues. Même les procureurs ne pouvaient pas faire grand-chose étant donné leur faible indépendance, le peu d'informations dont ils disposaient sur les spécificités de la surveillance ou le manque de pouvoir pour détruire le matériel intercepté illégalement. Les inquiétudes suscitées par la privatisation éfrénée de la surveillance et la tendance des États à se mettre dans une situation où ils ne peuvent pas « surveiller la surveillance » ont conduit Michelle Bachelet, alors Haut-Commissaire des Nations unies aux droits de l'homme, à demander un « moratoire sur la vente et le transfert de technologies de surveillance, [...] un régime d'exportation et de contrôle [et] à renforcer les cadres juridiques garantissant la protection de la vie privée ».¹⁰⁹

VI. Conclusion

L'arrêt de la Cour du 31 janvier 2023 laisse encore de nombreuses questions en suspens. Il se centre principalement sur les conditions de la demande de décision préjudicielle de la Cour suprême espagnole et en particulier sur la question de savoir si la Cour a compétence pour engager des poursuites et solliciter un MAE. Néanmoins, à la lumière de la jurisprudence plus large de la Cour en termes d'exceptions à la « confiance mutuelle » lorsque des questions fondamentales relatives aux droits de l'homme se posent, cela suggère la possibilité d'un motif plus large pour refuser l'extradition lorsque le droit à un procès équitable est en jeu en raison de « défaillances systémiques ou généralisées », en particulier lorsque ces défaillances affectent un « groupe objectivement identifiable ».

109 Committee on Legal Affairs and Human Rights, Parliamentary assembly Council of Europe - Hearing on the implications of the Pegasus spyware, OHCHR, <https://www.ohchr.org/en/statements/2021/09/committee-legal-affairs-and-human-rights-parliamentary-assembly-council-europe> (dernière consultation le 14 décembre 2023).

Dans ce chapitre, j'ai suggéré que la surveillance visant un tel groupe, qui peut résulter de « défaillances systémiques ou généralisées » plus larges dans la surveillance, notamment, des services de renseignement, est susceptible d'éroder le droit à un procès équitable, en particulier à la confidentialité des communications avec les avocats. Elle peut également suggérer un élément discriminatoire plus large, voire de persécution, qui en soi peut soulever des doutes quant à la possibilité même d'un procès équitable, bien que cela doive être étayé par des allégations spécifiques concernant l'indépendance et/ou l'impartialité des juges par exemple.

En résumé, les modèles de surveillance de certains groupes qui se trouvent également être étroitement associés à certaines minorités qui constituent elles-mêmes ces groupes peuvent constituer un test intéressant sur l'évolution de la jurisprudence de la CJUE en matière de MAE. Compte tenu de l'omniprésence et du caractère néfaste de la surveillance, cela soulève d'autres questions importantes quant à la possibilité d'une confiance mutuelle dans le contexte de l'extradition, même entre des États par ailleurs démocratiques.

Chapitre 5

Violations des droits politiques et le mouvement indépendantiste catalan en tant que « groupe objectivement identifiable »

Nico Krisch

Professeur de droit international et directeur du département de droit international, Institut de hautes études internationales et du développement, Genève.

I. Introduction

À l'ère du déclin démocratique, les droits politiques sont particulièrement menacés. Afin de rester au pouvoir, les dirigeants autoritaires modifient les règles électorales, cherchent à disqualifier les candidats de l'opposition et tentent souvent d'influencer les médias et la presse. Les atteintes aux droits politiques vont de mesures subtiles - règles sur le financement des organisations non gouvernementales, par exemple - à des attaques pures et simples, telles que l'interdiction de certains partis. En général, les autocrates contemporains ne se livrent pas à des coups d'État ou n'abolissent pas les élections mais ils modifient les conditions et le déroulement des élections de manière à s'assurer qu'ils en sortiront vainqueurs.¹

Les groupes vulnérables font face à des risques particuliers en matière de droits politiques. Même dans les pays dits démocratiques, ils sont depuis longtemps confrontés à des mesures discriminatoires. Dans de nombreux pays, les femmes ont été privées du droit de vote pendant une bonne partie du XXe siècle. Dans l'un des berceaux de la démocratie, les États-Unis, les Noirs ont longtemps été confrontés à des obstacles formels ou factuels à leur participation effective à la politique et aux élections. Les groupes autochtones ont souvent été exclus des processus politiques, et d'autres minorités ethniques, religieuses et linguistiques luttent depuis longtemps pour une représentation effective dans le monde entier.

Dans ce contexte, ce chapitre s'interroge sur les façons particulières dont les droits politiques des « groupes objectivement identifiables » sont menacés. Si nous nous intéressons aux « défaillances affectant un groupe de personnes objectivement identifiable », l'objet du présent volume, les droits politiques méritent une attention particulière car ils sont essentiels pour permettre à ces groupes de faire entendre leur voix dans le processus politique, d'influencer la prise de décision publique et, par conséquent, d'éviter la discrimination dans d'autres domaines également. Dans la partie II, le chapitre s'interroge sur ces défaillances dans la jurisprudence internationale en matière de droits de l'homme afin de clarifier les types de difficultés auxquelles les groupes vulnérables sont confrontés.

Dans la partie III, le chapitre s'intéresse au cas particulier du mouvement indépendantiste catalan et donne un aperçu des différents types d'ingérences dans les droits politiques des membres du mouvement depuis le référendum sur l'indépendance en 2017. Ces ingérences vont de la limitation des référendums et de la dissolution du Parlement catalan à des obstacles factuels à l'expression politique et à la déchéance de dirigeants politiques.

1 Voir Nancy Bermeo, « On Democratic Backsliding » (2016) 27 *Journal of Democracy* 5 ; Kim Lane Scheppele, « Autocratic Legalism » (2018) 85 *University of Chicago Law Review* 545.

La partie IV analyse ensuite ces difficultés du point de vue du droit international et européen des droits de l'homme afin d'évaluer dans quelle mesure nous pouvons, dans ce domaine, parler de défaillances en matière de droits de l'homme affectant le mouvement indépendantiste catalan en tant que « groupe objectivement identifiable ». L'image qui ressort ici est en effet celle d'une violation systématique et discriminatoire des droits politiques de nombreux membres (et en particulier des membres dirigeants) du groupe. Par conséquent, les violations individuelles ne devraient pas être considérées de façon isolée mais au contraire générer une plus grande suspicion et un examen plus approfondi en ce qui concerne les restrictions imposées aux membres du mouvement de manière plus générale.

II. Les droits politiques et les groupes vulnérables dans la jurisprudence internationale

Dans le droit international relatif aux droits de l'homme, les « droits politiques » sont classés en deux groupes.² Le premier concerne les droits politiques au sens strict : le droit de voter, de se présenter aux élections et d'occuper une fonction publique. Ils sont liés aux garanties démocratiques fondamentales : selon les termes de la Déclaration universelle des droits de l'homme, « la volonté du peuple [comme] fondement de l'autorité des pouvoirs publics » et « des élections honnêtes qui doivent avoir lieu périodiquement, au suffrage universel égal et au vote secret ou suivant une procédure équivalente assurant la liberté du vote ». La protection de ces droits en vertu des différents instruments internationaux varie quelque peu : le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, par exemple, garantit le droit de participer à la direction des affaires publiques et d'accéder à la fonction publique au sens large, tandis que la Convention européenne des droits de l'homme se limite au droit de voter et d'être élu au sein du pouvoir législatif. La Charte des droits fondamentaux de l'UE protège lesdits droits en vue des élections municipales et des élections au Parlement européen, un cadre limité en raison de la nature particulière de la Charte puisqu'elle concerne principalement les activités de l'Union européenne elle-même.

2 Voir, en général, Walter Kälin et Jörg Künzli, *The Law of International Human Rights Protection* (Deuxième édition, Oxford University Press 2019) ch 17.

Ces droits fondamentaux ne prennent toutefois tout leur sens que si d'autres droits sont également garantis, à savoir les droits politiques au sens large, notamment la liberté d'opinion et d'expression, la liberté de réunion et la liberté d'association. Ils sont protégés de la même manière par les instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme, avec quelques variations dans le champ d'application précis de la protection et les exigences en matière de limitations. Cependant, dans la plupart des contextes, de telles limitations ne sont admissibles que si elles répondent à des exigences strictes de nécessité et de proportionnalité, en particulier lorsqu'il s'agit du discours politique.³ Dans ce qui suit, l'accent sera mis sur les droits politiques au sens strict mais la liberté d'expression et de réunion sera également prise en compte.

Dans la jurisprudence des cours internationales des droits de l'homme et des organes quasi-judiciaires - tels que le Comité des droits de l'homme des Nations unies - les questions relatives aux droits politiques représentent une part relativement faible en termes quantitatifs mais les affaires dans lesquelles elles sont soulevées sont souvent retentissantes. Ceci est particulièrement prononcé dans le contexte d'un déclin démocratique plus large - en Europe, aux États-Unis et dans d'autres régions du monde - dans lequel les violations des droits politiques deviennent des indicateurs de préoccupations graves en matière de processus démocratiques. La décision de 2022 du Comité des droits de l'homme des Nations unies concernant l'ancien (et désormais nouveau) président brésilien Lula da Silva en est probablement le meilleur exemple : le Comité a estimé que la condamnation pénale de Lula et son exclusion consécutive des élections présidentielles de 2018 étaient arbitraires et constituaient une violation de ses droits civils et politiques, soulevant des questions plus larges sur le rôle des procureurs et du pouvoir judiciaire dans le système politique brésilien.⁴

Si la jurisprudence sur les droits politiques concerne en partie des problèmes affectant des individus particuliers - par exemple, des restrictions du droit de vote en raison de procédures pénales ou d'exigences en matière de résidence⁵ - de nombreuses affaires concernent des problèmes qui se posent à des groupes particuliers. Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, une ligne de décision importante concerne le droit de vote des prisonniers, une question devenue particulièrement significative à la suite de l'affaire *Hirst au Royaume-Uni*.⁶ Il en est de même pour un certain nombre d'arrêts

3 Voir David Banisar, chapitre 3 de ce volume.

4 Comité des droits de l'homme des Nations unies, Constatations du 17 mars 2022, Communication n° 2841/2016, *Lula da Silva c. Brésil*.

5 Voir, par exemple, Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), Arrêt du 1er juillet 2004, Requête n° 36681/97, *Vito Sante Santoro c. Italie*; Arrêt du 7 mai 2013, Requête n° 19840/09, *Shindler c. Royaume-Uni*.

6 Cour européenne des droits de l'homme [GC], Arrêt du 6 octobre 2005, Requête n° 74025/01, *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2). Voir également Cour européenne des droits de l'homme [GC], Arrêt du 22 mai 2012, Requête n° 126/05, *Scoppola c. Italie* (n° 3).

importants concernent la perte du droit de vote pour les citoyens handicapés mentaux, en particulier ceux placés sous tutelle.⁷

Cependant, la jurisprudence la plus pertinente dans notre contexte concerne les droits politiques des membres de groupes particuliers qui, en raison de certaines caractéristiques sociales, ethniques, religieuses ou politiques, se distinguent de la société majoritaire ou sont distingués par elle. Dans cet ordre d'idées, à la Cour européenne des droits de l'homme, de nombreuses affaires de violation des droits politiques sont liées à l'appartenance à de tels groupes, tant en ce qui concerne le droit de vote que le droit d'être élu. L'affaire la plus retentissante dans ce contexte est l'affaire *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine* (2009), au cours de laquelle les citoyens qui n'avaient pas déclaré leur affiliation à l'un des trois peuples constitutifs de la Bosnie-Herzégovine n'avaient pas pu être élus au sein d'une chambre parlementaire. La Cour a estimé qu'il s'agissait d'une violation du droit d'être élu et a souligné que la marge d'appréciation des États membres, habituellement relativement large pour un tel droit, était beaucoup plus stricte dans le cas de groupes particuliers : « lorsqu'une différence de traitement est fondée sur la race, la couleur ou l'appartenance ethnique, la notion de justification objective et raisonnable doit être interprétée de la manière la plus stricte possible ».⁸

Ce niveau d'examen accru devient également visible dans les cas de régimes de vote spéciaux pour les minorités. Par exemple, dans l'affaire *Bakirdzi c. Hongrie* (2022), la Cour a conclu à une violation du droit de vote, conjointement avec le droit à la protection contre la discrimination, en raison d'un régime de vote en Hongrie qui limitait les électeurs minoritaires inscrits à certains partis et établissait un seuil excessivement élevé pour l'obtention d'un siège parlementaire par ces partis.⁹ En revanche, dans l'affaire *Die Friesen c. Allemagne* (2016), un seuil minimum de voix pour entrer au parlement n'a pas été considéré comme discriminatoire car il plaçait les partis minoritaires sur un pied d'égalité avec les autres. Selon la Cour, la Convention européenne des droits de l'homme - même lue conjointement avec la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales - ne contient pas d'obligation d'adopter des mesures de discrimination positive en faveur des groupes minoritaires.¹⁰

De nombreuses affaires de violation des droits individuels sont également, bien que de manière moins explicite, liées à l'appartenance à un groupe particulier (ethnique,

7 Voir, par exemple, Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt du 20 mai 2010, (Requête n° 38832/06), *Alajos Kiss c. Hongrie*.

8 Cour européenne des droits de l'homme [GC], Arrêt du 22 décembre 2009, Requête n° 27996/06 et 34836/06 *Sejdić Finci c. Bosnie-Herzégovine*, paragraphe 44.

9 Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt du 10 novembre 2022, Requête n° 49636/14 et 65678/14, *Bakirdzi c. Hongrie*.

10 Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt du 28 janvier 2016, Requête n° 65480/10, *Partei Die Friesen c. Allemagne*.

religieux ou linguistique), tel que l'indique l'affaire *Selahattin Demirtas c. Turquie* (n° 2), jugée par la Grande Chambre de la Cour en 2020. Le requérant était membre du Parlement turc pour le parti pro-kurde, HDK, et avait été détenu pour suspicion d'appartenance à une organisation terroriste. La Cour a estimé qu'il s'agissait d'une violation de son droit d'éligibilité, de sa liberté d'expression et de son droit à une procédure régulière. Elle a souligné le lien étroit entre la liberté d'expression et les droits politiques au sens strict, et a réitéré le seuil élevé devant être atteint par l'État pour sanctionner l'expression des représentants politiques :

« Bien que la liberté d'expression des représentants du peuple n'ait pas un caractère absolu, il est de la plus haute importance de protéger les propos tenus par ces personnes, en particulier s'il s'agit de membres de l'opposition. À cet égard, la Cour admet toutefois qu'il puisse y avoir des limitations, notamment pour prévenir des appels directs ou indirects à la violence. Cela étant, elle opérera en tout état de cause un contrôle rigoureux afin de vérifier que la liberté d'expression est préservée. »¹¹

La Cour a également souligné la nécessité pour les tribunaux nationaux de peser soigneusement les intérêts en jeu et, concernant la privation de liberté des représentants élus, d'examiner en particulier « si les accusations ont un fondement politique ». ¹²

Des principes similaires s'appliquent aux restrictions, voire aux interdictions, des partis politiques. La Cour européenne des droits de l'homme les analyse généralement comme des restrictions de la liberté d'association et seulement secondairement comme des restrictions du droit d'éligibilité mais elle tend à souligner le caractère étroitement lié des deux. Des restrictions sévères à l'encontre d'un parti ne sont acceptées que si le parti utilise ou cherche à utiliser des moyens illégaux et violents ou s'il poursuit un programme qui vise à conduire à une société non démocratique. Dans plusieurs affaires, la Cour a conclu à une violation de la Convention lorsque le programme d'un parti était considéré par les autorités comme portant atteinte à l'intégrité territoriale de l'État et encourageant le séparatisme d'un groupe de population. Selon la Cour, rien ne peut justifier la restriction du travail d'un groupe politique qui respecte les principes démocratiques fondamentaux au seul motif qu'il a critiqué l'ordre constitutionnel et juridique du pays et qu'il a généré un débat public dans l'arène politique. ¹³ Selon la Cour,

« Il est de l'essence même de la démocratie de permettre que des programmes politiques divers soient proposés et débattus, y compris ceux qui remettent en

11 Cour européenne des droits de l'homme [GC], Arrêt du 22 décembre 2020, Requête n° 14305/17, *Selahattin Demirtas c. Turquie* (n° 2), paragraphe 384.

12 Ibid, paragraphe 389.

13 Cour européenne des droits de l'homme [GC], Arrêt du 30 janvier 1998, Requête n° 133/1996/752/951, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, paragraphe 57.

cause l'organisation actuelle de l'État, à condition qu'ils ne nuisent pas à la démocratie elle-même. »¹⁴

La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations unies est plus limitée en termes quantitatifs mais suit des lignes similaires sur le fond. Le droit à la participation politique prévu par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations-Unies (PIDCP) – que le Comité est appelé à interpréter et à contrôler – est plus large que celui de la Convention européenne, en partie parce qu'il inclut le droit de participer aux affaires publiques et parce que le droit de vote et d'éligibilité ne se limite pas au pouvoir législatif mais s'étend à d'autres fonctions. Le Comité a défini les grandes lignes d'interprétation dès 1996 dans son Observation générale n° 25.¹⁵

De nombreuses affaires portées devant le Comité des droits de l'homme concernent des mesures prises à l'encontre de politiciens ou de partis de l'opposition pour les empêcher de contester les autorités de l'État ou les détenteurs de charge publique en exercice. En raison de l'étendue géographique de sa juridiction – qui couvre les 174 États parties au PIDCP dont 116 pour les communications individuelles – les instances dont elle est saisie présentent un éventail de méthodes répressives beaucoup plus large que celui de la Cour européenne des droits de l'homme. L'affaire impliquant Mohamed Nasheed, ancien président des Maldives, en est un bon exemple. Ce dernier avait été contraint de démissionner et empêché de se présenter à nouveau aux élections après avoir été reconnu coupable pour terrorisme au cours d'un bref procès sans garanties adéquates, ce que le Comité a estimé être une violation des droits politiques du requérant.¹⁶ D'autres affaires récentes concernent la dissolution de partis de l'opposition, par exemple en Corée du Sud et à Djibouti, ou l'emprisonnement de politiciens dissidents au Belarus.¹⁷

L'une des particularités des droits politiques prévus par le Pacte réside dans le fait qu'ils sont considérés comme « liés au droit des peuples de disposer d'eux-mêmes [...] mais ils en sont distincts »¹⁸ – le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ou autodétermination est

14 Voir Cour européenne des droits de l'homme [GC], Arrêt du 25 mai 1998, Requête n° 20/1997/804/1007, *Parti socialiste et autres c. Turquie*, paragraphe 47. Voir également Cour européenne des droits de l'homme [GC], Arrêt du 8 décembre 1999, Requête n° 23885/94, *Parti de la liberté et de la démocratie (ÖZDEP) c. Turquie*; Arrêt du 20 octobre 2005, Requête n° 59489/00, *Organisation macédonienne unie Ilinden - PIRIN et autres c. Bulgarie*.

15 Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 25*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, 27 août 1996.

16 Comité des droits de l'homme, Constatations du 4 mai 2018, Communications n° 2270/2013 et 2851/2016, *Nasheed c. Maldives*.

17 Voir, par exemple, Comité des droits de l'homme, Constatations du 17 juin 2021, Communication n° 2809/2016, *Lee et autres c. Corée*; Constatations du 4 novembre 2020, Communication n° 3593/2019, *Farah c. Djibouti*; Constatations du 26 octobre 2021, Communication n° 2619/2015, *Adamovich c. Biélorussie*. Le Belarus a depuis retiré son acceptation des communications individuelles.

18 Observation générale n° 25, n° 14 ci-dessus, paragraphe 2.

lui-même garanti par l'article 1 du Pacte. Alors que l'autodétermination est interprétée comme un droit collectif des « peuples », les droits politiques prévus par le Pacte sont des droits individuels, et ce n'est que sur la base de ces droits individuels que des plaintes peuvent être déposées auprès du Comité des droits de l'homme. Pourtant, les deux droits concernent en grande partie les mêmes questions, et leur relation étroite est devenue visible dans des affaires récentes concernant les Sâmes en Finlande. Le Comité a établi un lien entre les deux droits en estimant que les décisions judiciaires en question - définissant le champ d'application de la communauté sâme - affectaient les droits des requérants, « et de la communauté sâme à laquelle ils appartiennent de prendre part à l'élection d'une institution établie par l'État partie pour garantir le droit des Sâmes à l'autodétermination et leur droit d'employer leur propre langue et d'avoir leur propre vie culturelle. »¹⁹ Par principe, le Comité a observé que

« l'article 27 du Pacte, interprété à la lumière de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et de l'article premier du Pacte, consacre le droit inaliénable des peuples autochtones de définir librement leur statut politique et d'assurer librement leur développement économique, social et culturel ». ²⁰

Concernant les peuples autochtones, le Comité a également dérivé les droits politiques des membres de communautés particulières des protections des minorités prévues dans le Pacte, lues conjointement avec le droit à l'autodétermination, plus orienté vers la collectivité, et la Déclaration des Nations unies. Il a déclaré à cet égard qu' « [i]l importe tout particulièrement que les mesures qui ont une incidence sur les activités économiques culturellement importantes d'une communauté autochtone aient fait l'objet du consentement préalable, libre et éclairé des membres de la communauté ». ²¹

Dans l'ensemble, et malgré les différences de détail, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des droits de l'homme des Nations unies a ajouté de nombreuses précisions aux droits politiques protégés par le droit international relatif aux droits de l'homme et sont de plus en plus sensibles à la variété des moyens, formels et informels, par lesquels ces droits peuvent être menacés. Ils se sont également montrés davantage disposés à examiner de façon plus stricte les affaires où

¹⁹ Comité des droits de l'homme, Constatations du 2 novembre 2018, Communication n° 2950/2017, *Klemetti Käkkäläjärvi et al. c. Finlande*, 2018, paragraphe 9.11. Voir également Comité des droits de l'homme, Constatations du 1er novembre 2018, Communication n° 2668/2015, *Sanila-Aikio c. Finlande*.

²⁰ *Klemetti Käkkäläjärvi et al. c. Finlande*, ibid. paragraphe 9.8 ; *Sanila-Aikio c. Finlande*, ibid. paragraphe 6.8.

²¹ Comité des droits de l'homme, Constatations du 21 septembre 2022, Communication n° 2552/2015, *Pereira et les autres membres de la communauté autochtone Campo Agua'ê c. Paraguay*, paragraphe 8.7. Voir également Comité des droits de l'homme, Constatations du 27 mars 2009, Communication n° 1457/06, *Poma Poma c. Pérou*.

les restrictions des droits politiques semblent être dirigées de manière discriminatoire contre des groupes religieux, linguistiques ou ethniques particuliers. De manière plus générale, ces organismes internationaux ont accordé une attention particulière aux affaires impliquant l'opposition politique et les mesures prises pour restreindre sa capacité à fonctionner efficacement, également conjointement avec des ingérences dans la liberté d'expression, de réunion ou d'association.

III. Les restrictions des droits politiques et le mouvement indépendantiste catalan

Dans le contexte du mouvement indépendantiste catalan, les droits politiques ont fait l'objet d'une pression particulière en raison des efforts déployés par l'État espagnol pour déjouer la tenue d'un référendum sur l'indépendance. De manière générale, les États peuvent ne pas être obligés d'autoriser la tenue de référendums sur des questions d'intérêt public, bien que l'on puisse faire valoir qu'une telle obligation découle du droit à la participation politique, lu conjointement avec le droit des peuples à l'autodétermination lorsque ce dernier est en jeu.²² Cependant, au cours de la dernière décennie, de nombreux autres aspects des droits politiques sont apparus dans le contexte catalan, n'allant pas jusqu'à l'interdiction formelle des partis politiques, mais, conjointement, s'en rapprochant. Fin 2017, le vice-président du gouvernement espagnol a proclamé que l'objectif du gouvernement était de « décapiter » et de « liquider » le mouvement indépendantiste catalan²³ et les nombreuses mesures répressives prises par l'État espagnol ont effectivement imposé de sévères restrictions sur la capacité des individus, des partis politiques et des associations de la société civile à s'engager dans le militantisme politique en faveur de l'indépendance de la Catalogne.²⁴

22 Pour un aperçu du débat, voir Daniel Moeckli et Nils Reimann, « Independence Referendums in International Law », *Research Handbook on Secession* (Edward Elgar Publishing 2022).

23 « Saénz de Santamaría dice que Rajoy ha dejado a ERC y JxCat 'descabezados' », *El País*, 16 décembre 2017.

24 Pour un aperçu des événements et des mesures répressives, voir Torbisco Casals, chapitre 1 de ce volume.

Je vais ci-après donner un aperçu des différentes restrictions des droits politiques avant de procéder dans la partie suivante à une évaluation de ces droits en vertu du droit international relatif aux droits de l'homme. Pour des raisons d'espace, je me centrerai sur les événements les plus pertinents qui ont eu lieu après le référendum sur l'indépendance du 1er octobre 2017.²⁵ Je n'aborde pas les questions de surveillance, qui affectent également l'exercice des droits politiques, car elles sont traitées en détail dans d'autres chapitres de ce volume.²⁶

1. Dissolution du Parlement catalan

Le 27 octobre 2017, en réponse à la déclaration d'indépendance de la Catalogne, le gouvernement espagnol, avec l'approbation du Sénat, a fait usage de l'article 155 de la Constitution espagnole et a dissous le Parlement catalan. L'article 155 stipule que dans les cas où une communauté autonome « ne remplit pas les obligations que lui impose la Constitution [...] ou agit d'une manière qui porte gravement atteinte aux intérêts généraux de l'Espagne », le gouvernement peut « prendre les mesures nécessaires pour contraindre la [communauté autonome] à remplir lesdites obligations ou pour protéger l'intérêt général susmentionné ».²⁷ Le gouvernement a interprété cette disposition comme lui permettant d'assumer les pouvoirs du gouvernement régional et de dissoudre le parlement ; cette interprétation a été confirmée ultérieurement par la Cour constitutionnelle espagnole.²⁸ Avec cette dissolution, le gouvernement a interféré à la fois sur le droit de vote et le droit d'éligibilité au Parlement catalan, en rendant le résultat de l'élection nul.

2. Obstacles aux candidatures au Parlement catalan

En octobre et novembre 2017, peu après le référendum sur l'indépendance et la déclaration d'indépendance, plusieurs hommes politiques et dirigeants de la société civile ont été inculpés pour rébellion et placés en détention provisoire. Après la convocation de nouvelles

25 Pour une analyse des événements antérieurs, en particulier autour de la consultation de 2014, voir Jean-Paul Costa et autres, « Judicial Controls in the Context of the 1 October Referendum » (2017) <<https://www.parlament.cat/document/intrade/263211>>.

26 Voir Mégret, chapitre 4 de ce volume.

27 Constitution espagnole, article 155 : « 1. Si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general. »

28 Tribunal Constitucional, Arrêt du 2 juillet 2019, STC 89/2019.

élections au Parlement catalan fin décembre 2017, plusieurs détenus ont annoncé leur candidature et ont cherché à faire campagne afin d'être élus ou réélus. Cependant, leurs demandes d'autorisation de sortie de prison pour participer à des meetings électoraux ont été rejetées, et même les demandes de participation à des campagnes via des outils en ligne ont été systématiquement refusées en raison d'un prétendu risque pour la sécurité, en particulier d'un risque de répétition des délits allégués. Ces décisions des autorités pénitentiaires, confirmées par les tribunaux compétents,²⁹ constituent une ingérence dans le droit d'éligibilité.

3. Obstacles à l'élection à la présidence du gouvernement catalan

Après les élections, remportées par les partis indépendantistes, le Parlement catalan nouvellement constitué a vu plusieurs tentatives d'élection d'un président du gouvernement régional, la Generalitat, déjouées par des mesures prises par divers organes de l'État espagnol.

Tout d'abord, à la demande du gouvernement espagnol, la Cour constitutionnelle a interdit au Parlement catalan de tenir une session pour réélire Carles Puigdemont, qui était président avant d'être destitué lorsque le gouvernement espagnol a instauré un régime direct à la fin du mois d'octobre 2017. Comme d'autres anciens membres du gouvernement catalan, il s'était exilé à Bruxelles, en Belgique, car il faisait l'objet d'accusations de rébellion et risquait une détention immédiate s'il revenait en Espagne. La Cour constitutionnelle a interdit la session parlementaire au cours de laquelle il devait être élu, avançant qu'une telle élection nécessitait la présence physique du candidat, même si une telle exigence n'était explicite ni dans la constitution régionale ni dans le règlement intérieur du Parlement.³⁰

Les autorités espagnoles ont également rendu impossible l'élection du candidat suivant présenté par la majorité parlementaire, Jordi Sánchez, ancien dirigeant de l'ONG Assemblea Nacional Catalana, qui avait été placé en détention en octobre 2017 pour son rôle dans une manifestation indépendantiste et qui était encore en détention provisoire. Ses demandes d'autorisation de sortie de prison pour assister à la session des élections législatives - afin de répondre à l'exigence de présence physique établie par la Cour constitutionnelle - ont été rejetées par les autorités pénitentiaires, rejet confirmé par les tribunaux compétents.³¹ Il en est resté ainsi, même après que le Comité des droits de

29 Par exemple, Tribunal Supremo, Ordonnance du 15 février 2018, Causa especial no. 20907/2017.

30 Tribunal Constitucional, Ordonnance du 27 janvier 2018, n° 5/2018. Voir Sam Jones et Stephen Burgen, « Catalan parliament delays vote on leader but backs Puigdemont », *The Guardian*, 30 janvier 2018.

31 Tribunal Supremo, Ordonnance du 9 mars 2018, Causa especial no. 20907/2017. Voir Sam Jones, « Catalan leader cannot leave jail to attend debate, court rules », *The Guardian*, 9 mars 2018.

l'homme des Nations unies ait indiqué des mesures provisoires exigeant que l'Espagne respecte les droits politiques du requérant en vertu du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.³²

La troisième tentative d'élection d'un président de la Generalitat a également échoué. Jordi Turull, ancien membre du gouvernement catalan, faisait partie des détenus après la déclaration d'indépendance mais avait ensuite été libéré de prison début décembre 2017. À la mi-mars 2018, lorsqu'il était clair que ni Carles Puigdemont ni Jordi Sànchez ne pourraient être élus, il s'est porté candidat. Au premier tour des élections, le 22 mars, il a échoué de peu à obtenir la majorité requise ; le second tour des élections était prévu pour le 24 mars. Cependant, le juge d'instruction de la Cour suprême espagnole lui a ordonné de comparaître devant le tribunal le 23 mars, date à laquelle Jordi Turull a été placé en détention provisoire.³³ Comme dans le cas de Jordi Sànchez, cette incarcération l'a empêché d'être physiquement présent à la session parlementaire suivante et par conséquent sa candidature à l'élection a également échoué.³⁴

Dans les trois cas, les mesures des institutions espagnoles ont constitué une ingérence grave dans le droit des candidats à participer à la direction des affaires publiques, tel que garanti par l'article 25(a) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

4. Suspension des fonctions parlementaires

En mars 2018, le juge d'instruction de la Cour suprême a décidé d'ouvrir des poursuites formelles pour rébellion et autres délits à l'encontre de treize accusés, en partie d'anciens membres de la Generalitat et en partie des militants de la société civile. Sur cette base, en juillet 2018, il a également ordonné au Parlement catalan de suspendre les six accusés qui étaient membres du Parlement de l'exercice de leurs fonctions.³⁵ Cette suspension de fonction était prévue dans le code de procédure pénale comme une conséquence automatique d'une accusation de rébellion dans les cas où une accusation formelle de

32 Comité des droits de l'homme, Décision du 23 mars 2018, Communication n° 3160/2018, *Jordi Sànchez c. Espagne*. Les mesures provisoires sont considérées comme largement non pertinentes dans la décision suivante du juge d'instruction : Tribunal Supremo, Ordonnance du 12 avril 2018, Causa especial no. 20907/2017.

33 Cour suprême, Ordonnance du 23 mars 2018, Causa especial no. 20907/2017.

34 Voir Sam Jones, « Spanish court remands Catalan presidential candidate in custody », *The Guardian*, 23 mars 2018.

35 Cour suprême, Ordonnance du 9 juillet 2018, Causa especial no. 20907/2017.

délict de rébellion était associée à la détention provisoire de l'accusé.³⁶ En conséquence, les accusés concernés se sont vu interdire d'exercer leurs fonctions, ce qui constitue une ingérence dans leur droit d'éligibilité (qui comprend l'exercice des fonctions pour lesquelles ils ont été élus) et dans les droits des électeurs qui les avaient élus.

5. Obstacles à l'exercice des fonctions parlementaires au Parlement européen

Concernant les élections au Parlement européen de mai 2019, plusieurs anciens membres de la Generalitat ont présenté leur candidature, notamment l'ancien président, Carles Puigdemont, l'ancien vice-président, Oriol Junqueras, et deux anciens ministres, Antoni Comín et Clara Ponsatí. Ils ont été élus lors du vote populaire mais l'organe d'administration des élections espagnoles, la Junta Electoral, a refusé de les inscrire sur la liste des candidats élus car ils ne s'étaient pas présentés devant la Junta pour prêter serment d'allégeance à la Constitution espagnole.³⁷ Une telle comparution était impossible dans le cas d'Oriol Junqueras qui était alors en détention provisoire et elle était impossible dans les cas de Carles Puigdemont et de Antoni Comín - tous deux en exil - car ils auraient été placés en détention lorsqu'ils se seraient rendus en Espagne. Le Parlement européen les a néanmoins traités comme des membres dès leur élection et Carles Puigdemont et Antoni Comín ont participé à ses travaux. Oriol Junqueras s'est toutefois vu refuser l'autorisation de quitter la prison pour assister aux sessions parlementaires.³⁸ En octobre 2019, la Cour suprême espagnole a condamné Oriol Junqueras à treize ans de prison et l'a exclu de toute fonction publique pour la même durée, lui interdisant ainsi de siéger au Parlement européen.³⁹

En ce qui concerne Carles Puigdemont et Antoni Comín, en janvier 2020, le juge d'instruction a demandé au Parlement européen de lever leur immunité pour leur permettre d'être jugés par les tribunaux espagnols. En mars 2021, le Parlement a accédé à cette demande.⁴⁰ Le recours contre la décision du Parlement a été rejeté par le Tribunal

36 Code de procédure pénale espagnol, article 384 bis : les droits des électeurs qui les avaient élus. « Firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la situación de prisión. »

37 Anabel Díez et Javier Casqueiro, « La Junta Electoral confirma que Puigdemont, Junqueras y Comín no pueden ser eurodiputados », *El País*, 21 juin 2019.

38 Sam Jones, « Spanish court blocks jailed Catalan leader from joining EU parliament », *The Guardian*, 14 juin 2019.

39 Tribunal Supremo, Arrêt du 14 octobre 2019, Arrêt n° 459/2019.

40 Parlement européen, Décision du 9 mars 2021, 2020/2024(IMM).

de l'Union européenne en juillet 2023 ;⁴¹ l'appel est toujours en cours devant la Cour de justice de l'UE.

À ces différents égards, l'action de la Junta Electoral espagnole ainsi que du Tribunal suprême - et du Parlement européen en levant l'immunité - a porté atteinte au droit d'éligibilité, qui inclut l'exercice d'un mandat parlementaire une fois élu. Comme l'a clarifié la Cour européenne des droits de l'homme, la garantie du droit de vote et d'éligibilité prévue en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme s'étend au Parlement européen dans la mesure où il exerce des fonctions législatives, conformément à l'article 3 du Protocole n° 1 de la Convention.⁴²

6. Déchéances des fonctions publiques liées au référendum

Par la sentence pénale d'octobre 2019, la Cour suprême espagnole a rendu son jugement contre douze hommes politiques catalans et militants de la société civile, avec des peines de prison allant jusqu'à treize ans. Onze d'entre eux ont été déchus de toute fonction publique pour une durée comprise entre un et treize ans.⁴³ Les condamnations étaient fondées sur le délit de sédition, détournement de fonds publics et délit de désobéissance. Dans toutes les affaires, les délits présumés découlaient de la participation des accusés à la campagne et à l'organisation du référendum sur l'indépendance et à la tentative d'obtenir l'indépendance de la Catalogne. Le tribunal a considéré que le développement et l'exécution conjointes d'un plan visant à créer une pression publique en faveur de l'indépendance et à modifier l'ordre constitutionnel espagnol constituaient une sédition. Il a considéré comme une désobéissance le fait que les fonctionnaires accusés ont continué à participer au référendum alors que celui-ci avait été déclaré illégal par la cour constitutionnelle et a également considéré comme un détournement de fonds publics les dépenses engagées pour l'organisation du référendum, alors que les fonds utilisés à cette fin provenaient - entièrement ou du moins majoritairement - de sources privées.

Ces condamnations ont porté atteinte aux droits des personnes condamnées de diverses manières : du droit à la liberté individuelle au droit à la liberté d'expression, d'association et de réunion en ce qui concerne les actes à l'origine de la sanction. Par ailleurs, les déchéances ont également constitué une ingérence dans les droits politiques des personnes affectées car elles les ont empêchées de se présenter comme candidats aux élections pendant une longue période.

41 Tribunal de l'Union européenne, Arrêts du 5 juillet 2023, Affaires T-115/20 et T-272/21, *Puigdemont i Casamajó et autres contre Parlement européen*.

42 Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt du 18 février 1999, Requête n° 24833/94, *Matthews c. Royaume-Uni*, paragraphe 44.

43 Tribunal Supremo, supra note 35.

Ces déchéances des fonctions publiques n'étaient pas incluses dans les grâces accordées par le gouvernement espagnol en 2021 à neuf dirigeants indépendantistes, qui ne concernaient que les peines d'emprisonnement restantes - après plus de trois ans d'emprisonnement - mais pas les autres mesures punitives.⁴⁴ De même, la révision du code pénal espagnol, qui a supprimé le délit de sédition (tout en augmentant les peines pour d'autres délits contre l'ordre public), n'a affecté que certaines des restrictions des droits politiques.⁴⁵ Pour quatre dirigeants indépendantistes, la Cour suprême espagnole a réaffirmé la condamnation pour un supposé détournement de fonds publics et a maintenu la déchéance de mandat pour la durée initiale, rendant certains d'entre eux inéligibles à des fonctions publiques jusqu'en 2031.⁴⁶

7. Déchéance des fonctions publiques pour des actes commis pendant les campagnes électorales

En décembre 2019, le président de la Generalitat de l'époque, Quim Torra, a été déchu de ses fonctions publiques pour désobéissance dans un autre contexte, par un jugement de la Cour supérieure de justice de Catalogne. Il est resté en fonction jusqu'en septembre 2020, date à laquelle la Cour suprême espagnole a rejeté son appel.⁴⁷ Cette déchéance d'une durée de 18 mois découlait du refus de Quim Torra de retirer des bâtiments de la Generalitat des symboles supposés violer la nécessaire neutralité de l'administration publique lors des campagnes électorales, symboles que l'organe électoral central de l'Espagne, la Junta Electoral Central, lui avait ordonné de retirer avant les élections législatives d'avril 2019. Parmi ces symboles figuraient des drapeaux catalans avec une étoile en signe d'indépendance, de grands rubans jaunes et des banderoles appelant à la libération des dirigeants indépendantistes catalans en tant que prisonniers politiques. L'opinion de Quim Torra, selon lequel ces symboles ne violaient pas la neutralité puisqu'ils appelaient simplement au respect des droits de l'homme, a été rejeté par les tribunaux.

Cette déchéance a porté atteinte au droit d'éligibilité et de participer aux affaires publiques de Quim Torra, ainsi qu'à son droit à la liberté d'expression.

44 La Moncloa, « Concesión de indultos a condenados en el juicio del proceso », 22 juin 2021, disponible à l'adresse suivante <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/220621-enlace-indultos.aspx>

45 Ley organica 14/2022, 22 décembre 2022, *Boletín Oficial del Estado* 2022, section I, p. 179570.

46 Tribunal Supremo, Ordonnance du 13 février 2023, Ordonnance n° 20107/2023.

47 Tribunal Supremo, Arrêt du 28 septembre 2020, Recurso de casación no 203/2020.

8. L'effet de la loi d'amnistie de 2023

La loi d'amnistie présentée au Congrès espagnol en novembre 2023, si elle est finalement adoptée, éliminera la responsabilité pénale pour les actes susmentionnés. Contrairement aux grâces et à la révision du code pénal, cette loi n'affectera pas seulement les peines de prison ou les amendes mais aussi la déchéance des fonctions publiques. La loi d'amnistie aura des effets à l'avenir mais ne peut remédier aux graves conséquences passées sur les droits politiques, pas plus qu'elle ne prévoit de réparations ou d'autres formes de compensation pour les violations passées.⁴⁸

IV. La violation des droits politiques dans l'affaire catalane : évaluation et jurisprudence

Dans l'ensemble, les restrictions imposées par l'État espagnol en réponse au référendum sur l'indépendance de la Catalogne constituent une ingérence très grave dans les droits politiques. Elle comprennent notamment la dissolution du parlement régional, la destitution de la Generalitat de Catalogne, l'empêchement de l'élection de trois candidats à la présidence de la Generalitat, la déchéance d'un autre président de la Generalitat, la déchéance des fonctions publiques d'une grande partie des dirigeants politiques catalans pour une décennie ou plus ainsi que de graves interférences avec la capacité des candidats catalans à se présenter et à exercer un mandat au sein du Parlement européen. Comme nous le verrons, la justification principale, à savoir l'atteinte supposée à l'ordre constitutionnel de l'Espagne, est insuffisante pour justifier ces ingérences en vertu du droit international relatif aux droits de l'homme. Cela se reflète également dans un grand nombre de décisions d'organismes internationaux de défense des droits de l'homme et de tribunaux d'autres pays européens.

48 Au moment de la rédaction du présent article, la loi d'amnistie a été adoptée par le Congrès espagnol et attend d'être délibérée au Sénat. Voir Congreso de los Diputados, « El Pleno aprueba la Ley Orgánica de amnistía para la normalización política, social e institucional en Cataluña y la remite al Senado », 14 mars 2024, disponible à l'adresse suivante https://www.congreso.es/es/notas-de-prensa?p_p_id=notasprensa&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view¬asprensa_mvcPath=detalle¬asprensa_notaid=46509

1. L'échec de la justification principale

Selon le Comité des droits de l'homme des Nations unies, l'exercice des droits politiques prévus par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques « peut être suspendu ou exclu uniquement pour des motifs établis par des lois objectives et raisonnables et selon des procédures équitables. »⁴⁹ La justification des restrictions aux droits visés à l'article 25 - notamment le droit de participer aux affaires publiques, de voter et de se présenter aux élections - doit être particulièrement solide lorsque les restrictions visent directement les vainqueurs d'une élection et faussent donc la « libre expression de la volonté des électeurs » protégée par le Pacte. Les restrictions doivent être particulièrement suspectes lorsqu'elles visent non pas un représentant unique mais la direction de groupes politiques en tant que tels.

La Convention européenne des droits de l'homme impose des exigences similaires pour les restrictions aux droits politiques qu'elle protège. La disposition en question de la Convention - l'article 3 du Protocole n° 1 - ne mentionne pas la possibilité de restrictions mais la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu que les droits politiques sont soumis à des « limitations implicites ». ⁵⁰ En examinant la conformité à l'article 3, la Cour s'est principalement centrée sur deux critères : s'il y a eu arbitraire ou manque de proportionnalité et si la restriction a entravé la libre expression de l'opinion du peuple. Concernant l'aspect passif - le droit d'éligibilité - la Cour a estimé que les États jouissaient d'une marge d'appréciation plus large que pour l'aspect actif - le droit de vote. ⁵¹ Toutefois, comme cela a déjà été mentionné dans la partie II, l'interdiction de la discrimination, en vertu de l'article 14 de la Convention, s'applique également. Même si la marge d'appréciation accordée aux États en matière de droit d'éligibilité est généralement large, lorsqu'une différence de traitement est fondée sur la race, la couleur ou l'appartenance ethnique, la notion de justification objective et raisonnable doit être interprétée de la manière la plus stricte possible. ⁵²

Pour les institutions de l'État espagnol, et en particulier les tribunaux, la principale justification de la restriction des droits politiques - ainsi que de la criminalisation de l'activisme indépendantiste en général - a été la contestation à l'ordre public émanant du mouvement indépendantiste catalan. Dans les premières décisions qui ont conduit à la suspension du mandat décrite ci-dessus au point III.4, les manifestations largement pacifiques et les actes de désobéissance civile avant, pendant et après le référendum

49 Voir l'Observation générale 25, n° 14 ci-dessus, paragraphe 15 ; et Comité des droits de l'homme, Communication n° 2155/2012, *Paksas c. Lituanie*, Constatations du 25 mars 2014, paragraphe 8.3.

50 Voir William Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary* (Oxford University Press 2015) 1023-1026.

51 Voir Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt du 30 juin 2009, Requêtes n° 35579/03, 35613/03, 35626/03 et 35634/03, *Etxebarria et autres c. Espagne*, paragraphe 50.

52 Voir texte supra au n° 7 ci-dessus.

sur l'indépendance ont donc été qualifiés d'actes de « rébellion ». L'élément de violence, nécessaire à cette qualification, résidait dans la pression exercée sur les autorités publiques à la suite de la mobilisation publique et aussi (assez paradoxalement) dans la violence utilisée par les autorités étatiques pour vaincre la désobéissance civile.⁵³ Dans des décisions ultérieures, la Cour suprême a abandonné cette approche et a procédé à une condamnation sur la base du délit de sédition, voyant dans la mobilisation autour du référendum un « soulèvement public et tumultueux ». Elle a affirmé que pour cela, la violence ou la force en tant que telles n'étaient pas nécessaires, et une action « en dehors des voies légales » était suffisante, action qui s'est traduit par la résistance (pacifique) d'une multitude à l'exécution par la police d'ordonnances judiciaires, telles que des perquisitions dans des ministères de la Generalitat ou l'empêchement du référendum, dans le but d'entraver le fonctionnement normal des institutions et l'exécution des lois et des décisions de l'État.⁵⁴

Si la mobilisation du peuple à travers des manifestations et la désobéissance civile dans le but de faire pression sur l'État pour qu'il modifie la constitution - comme le soutiennent les tribunaux espagnols - était suffisante pour entraîner de graves restrictions des droits politiques, les gouvernements seraient en mesure de vider de leur substance les garanties des droits politiques. Ils pourraient alors cibler tous les groupes qui recherchent un changement constitutionnel fondamental, même s'ils le font par des moyens tout à fait démocratiques, notamment par le débat politique et la mobilisation citoyenne. Cela irait à l'encontre de l'idée, au cœur de la jurisprudence internationale en matière de droits de l'homme, selon laquelle une démocratie se caractérise par le libre échange d'idées - y compris celles qui sont contraires à l'opinion majoritaire et qui peuvent apparaître comme problématiques, choquantes ou perturbantes pour certaines parties de la population.⁵⁵ Dans le cas catalan, ce reviendrait également à ignorer que le Pacte protège spécifiquement le droit à l'autodétermination des peuples qui, dans sa composante interne, permet l'expression de l'opinion d'un peuple sur le système politique dans lequel et par lequel il est gouverné.⁵⁶ Le simple fait de mobiliser les citoyens en faveur d'un changement pacifique et d'organiser l'expression politique d'un peuple autodéterminé ne peut constituer un motif de restriction des droits politiques ou d'imposition de sanctions pénales.

Par conséquent, les mesures restrictives doivent faire preuve de modération lorsqu'elles risquent d'interférer avec le processus politique. Dans la jurisprudence internationale

53 Tribunal Supremo, n° 31 ci-dessus.

54 Tribunal Supremo, n° 35 ci-dessus, pages 276-285.

55 Voir Cour européenne des droits de l'homme [GC], Arrêt du 8 juillet 1999, Requête n° 23556/94, *Ceylan c. Turquie* [GC], paragraphe 32 ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Perozo et al c. Venezuela*, Arrêt du 28 janvier 2009, paragraphe 116.

56 Même si le Comité ne peut pas recevoir de communications fondées uniquement sur l'article 1, il peut prendre en compte le droit à l'autodétermination lorsqu'il interprète d'autres dispositions du Pacte ; voir CDH, *Gillot et al. c. France*, Constatations du 15/07/2002, n° 932/2000, paragraphes 13.4 et 13.16.

en matière de droits de l'homme, le seuil élevé applicable à de telles mesures a été précisé, notamment en ce qui concerne la liberté de réunion et d'association dans le contexte des restrictions imposées aux partis politiques. Le Comité des droits de l'homme a clairement indiqué que « l'existence et le fonctionnement d'une pluralité d'associations, y compris d'associations qui défendent pacifiquement des idées qui ne sont pas accueillies favorablement par le gouvernement ou la majorité de la population, constituent l'un des fondements d'une société démocratique » et qu'« il n'est donc pas suffisant qu'il y ait une justification raisonnable et objective quelconque pour limiter la liberté d'association » mais qu'un gouvernement doit « démontrer aussi que l'interdiction de l'association [est] véritablement nécessaire[s] pour écarter un danger réel, et non pas seulement hypothétique, pour la sécurité nationale et l'ordre démocratique et que des mesures moins draconiennes seraient insuffisantes pour atteindre cet objectif ». ⁵⁷ Dans le même ordre d'idées, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que le champ d'application des restrictions imposées aux partis politiques s'ouvre principalement lorsqu'il y a eu « appel à la violence, au soulèvement ou à toute autre forme de rejet des principes démocratiques », ou une « incitation à l'usage de la violence à l'égard d'un individu, d'un représentant de l'Etat ou d'une partie de la population ». ⁵⁸

La restriction des droits politiques faisant l'objet de ce chapitre équivaut à celle des contraintes imposées au fonctionnement des partis politiques, puisqu'elle entraîne la suspension et la déchéances des fonctions publiques - ainsi que la création d'obstacles pratiques et juridiques à l'exercice de la fonction - d'une grande partie des dirigeants des groupes politiques en faveur de l'indépendance. ⁵⁹ Dans une telle situation, la suspension des fonctions constitue une menace comparable à une interdiction formelle pour la liberté d'association, et les mêmes normes strictes s'appliquent ici. En l'absence d'incitation à la violence réelle, la suspension de dirigeants de groupes politiques clés viole donc le droit à la liberté d'association, le droit à la liberté d'expression ainsi que les droits politiques de se présenter aux élections et d'exercer une fonction publique, protégés par le Pacte international et la Convention européenne des droits de l'homme.

⁵⁷ Comité des droits de l'homme, Constatations du 20 juillet 2005, Communication n° 1119/02, *Lee c. République de Corée*, paragraphe 7.2.

⁵⁸ Voir CEDH, Arrêt du 2 octobre 2001, Requêtes n° 29221/95 et 29225/95, *Stankov et l'Organisation macédonienne unie Ilinden c. Bulgarie*, paragraphe 90.

⁵⁹ Voir, par exemple, l'équation de la dissolution d'un parti et de la radiation de ses dirigeants par la CEDH [GC], Arrêt du 13 février 2003, Requêtes n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, *Refah Partisi et autres c. Turquie*, paragraphe 100 : « Des mesures sévères, telles que la dissolution de tout un parti politique et l'interdiction frappant ses responsables d'exercer pour une durée déterminée toute autre activité similaire, ne peuvent s'appliquer qu'aux cas les plus graves. »

2. Violations des droits de l'homme dans l'affaire catalane dans la jurisprudence internationale

Le manque de justification des mesures répressives employées par l'État espagnol a trouvé un écho croissant dans la jurisprudence des organismes internationaux de défense des droits de l'homme. Cette jurisprudence fait suite aux préoccupations exprimées par les ONG internationales de défense des droits de l'homme et les experts des Nations unies en droits de l'homme, notamment le Rapporteur spécial des Nations unies sur le droit à la liberté d'opinion et d'expression, qui a attiré l'attention sur le fait que les poursuites pénales concernent des actes qui « étaient directement liés aux appels à la mobilisation et à la participation publique lancés dans le contexte du référendum ». ⁶⁰ Il a également fait part de son inquiétude quant au fait que

« Les accusations de rébellion pour des actes n'engendrant pas de violence ou d'incitation à la violence peuvent interférer avec les droits de protestation publique et de dissidence. Le droit international relatif aux droits de l'homme avertit que, en particulier dans les situations de dissidence politique, des restrictions ne doivent être imposées que lorsqu'elles sont strictement nécessaires et proportionnées pour protéger les intérêts de l'État. » ⁶¹

Les premières décisions internationales importantes concernant les affaires catalanes ont été celles du groupe de travail des Nations unies sur la détention arbitraire concernant six dirigeants politiques et de la société civile en détention provisoire en 2019. Le groupe de travail a estimé que ces détentions étaient arbitraires et constituaient une violation d'un certain nombre de droits, y compris les droits politiques protégés par l'article 25 du Pacte. Dans ce contexte, il a déclaré que :

« L'absence de facteur de violence et d'informations crédibles concernant des actes attribuables [aux requérants] qui les lieraient au type de comportement qui constitue les infractions dont ils sont accusés a conduit le Groupe de travail à penser que les accusations pénales portées contre eux visent à les intimider en raison de leurs opinions politiques concernant l'indépendance de la Catalogne et de les empêcher de poursuivre cette cause dans la sphère politique ». ⁶²

60 Rapporteur spécial des Nations unies sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, AL ESP 1/2018.

61 Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme, « UN expert urges Spain not to pursue criminal charges of rebellion against political figures in Catalonia », 6 avril 2018, disponible à l'adresse suivante <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2018/04/un-expert-urges-spain-not-pursue-criminal-charges-rebellion-against>.

62 Groupe de travail des Nations unies sur la détention arbitraire, Avis n° 6/2019 concernant Jordi Cuixart I Navarro, Jordi Sánchez I Picanyol et Oriol Junqueras I Vies (Espagne), UN Doc. A/HRC/WGAD/2019/6, 13 juin 2019, paragraphe 119 ;

Selon le groupe de travail, cette détention était « arbitraire car elle découle de l'exercice du droit à la liberté d'opinion, d'expression, d'association, de réunion et de participation ». ⁶³

Cette approche reflétait celle de l'Oberlandesgericht Schleswig allemand qui, en 2018, avait dû se prononcer sur la remise du président catalan en exil, Carles Puigdemont, à la suite d'un mandat d'arrêt européen émis par la Cour suprême espagnole. Le tribunal allemand a souligné que « l'accusé a cherché à obtenir la sécession précisément par des moyens démocratiques » et qu'« il y avait un accord tacite de renonciation à la violence ». ⁶⁴ Par conséquent, selon l'arrêt, les actes reprochés au requérant ne constituaient pas une infraction pénale comparable en vertu du droit allemand, ⁶⁵ essentiellement en raison du fait que, contrairement à l'approche des tribunaux espagnols, le droit allemand fixe un seuil élevé pour considérer la mobilisation politique comme une violence punissable, et ce sous l'influence des droits constitutionnels et des droits de l'homme garantissant la liberté d'expression et de réunion. Comme l'a souligné la Cour allemande, « dans un ordre démocratique, pour des raisons de droit constitutionnel, le droit pénal est tenu de faire preuve de retenue lorsqu'il intervient dans les différends politiques ». ⁶⁶ En conséquence, le tribunal a décidé de rejeter l'extradition en ce qui concerne le délit de rébellion.

Le Comité des droits de l'homme des Nations unies a adopté une approche similaire. Comme indiqué plus haut, il avait déjà - à titre exceptionnel en mars 2018 - indiqué des mesures provisoires pour sauvegarder les droits politiques de Jordi Sànchez concernant son élection à la présidence de la Generalitat. ⁶⁷ Il est allé encore plus loin dans les décisions sur le fond adoptées en 2022 et 2023 concernant la suspension des fonctions parlementaires de cinq personnalités politiques indépendantistes, dont l'ancien président et vice-président de la Generalitat, Carles Puigdemont et Oriol Junqueras. ⁶⁸ Le Comité a souligné que les requérants avaient appelé les citoyens à rester strictement pacifiques et non violents, qu'il existait une présomption en faveur des manifestations pacifiques et que les actes violents isolés de certains participants ne pouvaient être attribués aux organisateurs ou à un rassemblement en tant que tel. Il a également souligné que le seuil des restrictions imposées avant les condamnations pénales finales, comme dans le cas des suspensions, était particulièrement élevé. Dans cette optique, il a conclu que :

« l'application d'une disposition du droit interne qui entraîne automatiquement la suspension des fonctions publiques avant toute déclaration de culpabilité et sur

⁶³ Ibid, paragraphe 130.

⁶⁴ Oberlandesgericht Schleswig, Ordonnance du 12 juillet 2018, 1 Ausl (A) 18/18 (20/18), p. 9.

⁶⁵ Ibid, paragraphes 9-17.

⁶⁶ Ibid, p. 10.

⁶⁷ Voir n° 31 ci-dessus. L'affaire a été retirée par la suite et n'a pas atteint le stade du bien-fondé.

⁶⁸ Comité des droits de l'homme, Constatations du 30 août 2022, Communication n° 3297/2019, *Junqueras et al c. Espagne*; Constatations du 26 octobre 2023, Communication n° 3165/2018, *Puigdemont c. Espagne*.

la base d'actions publiques pacifiques empêche qu'une évaluation individuelle de la proportionnalité de la mesure soit réalisée et ne saurait par conséquent être jugée conforme aux conditions de raisonabilité et d'objectivité requises ».⁶⁹

En conséquence, le Comité a estimé que la suspension avait violé l'article 25 du PIDCP.

Les droits politiques ont également été réaffirmés par la Cour de justice de l'Union européenne qui, dans une décision de la grande chambre rendue fin 2019, a été appelée à se prononcer sur l'immunité parlementaire, et donc sur le statut parlementaire, de l'ancien vice-président de la Generalitat, Oriol Junqueras. Ce dernier était resté en détention provisoire après son élection au Parlement européen et, comme indiqué ci-dessus, les autorités espagnoles ne l'avaient pas autorisé à exercer ses fonctions parlementaires en assistant aux sessions parlementaires. La CJUE a souligné que l'immunité « concourt également à assurer l'effectivité du droit d'éligibilité garanti à [...] de la charte des droits fondamentaux, qui constitue l'expression, dans cette dernière, du principe du suffrage universel direct, libre et secret ».⁷⁰ Pour respecter le principe de la démocratie représentative, la « composition [du Parlement] reflète de façon fidèle et complète la libre expression des choix effectués par les citoyens de l'Union, au moyen du suffrage universel direct, quant aux personnes par lesquelles ceux-ci entendent être représentés pendant une législature donnée » et elle souligne que « le Parlement européen [est] protégé, dans l'exercice de ses activités, contre les entraves ou les risques d'atteinte à son bon fonctionnement ».⁷¹ Par conséquent, la Cour a estimé qu'Oriol Junqueras jouissait d'une immunité depuis son élection et que - contrairement aux décisions prises par les autorités espagnoles - cette immunité « s'oppose [...] à ce qu'une mesure judiciaire telle qu'un placement en détention provisoire puisse entraver la liberté des membres du Parlement européen de se déplacer vers le lieu où doit se tenir la première réunion de la nouvelle législature ».⁷² Dans cette procédure, il n'appartenait pas à la CJUE de statuer si les autorités espagnoles avaient violé les droits politiques d'Oriol Junqueras mais la constatation d'une telle violation est implicite dans sa décision.⁷³

69 Ibid. (*Junqueras et al v Espagne*), paragraphe 8.8.

70 Cour de justice de l'Union européenne, Arrêt du 19 décembre 2019, C-502/19, *Junqueras Vies*, paragraphe 86.

71 Ibid, paragraphe 83.

72 Ibid, paragraphe 90.

73 Voir la discussion dans Cristina Fasone et Nicola Lupo, 'The Court of Justice on the Junqueras Saga : Interpreting the European Parliamentary Immunities in Light of the Democratic Principle' (2020) 57 *Common Market L. Rev.* 1527. Dans ses décisions ultérieures sur l'immunité de Carles Puigdemont, le Tribunal général de l'Union européenne s'est limité à délimiter les compétences des États membres et du Parlement européen sur les questions d'immunité. Il n'a pas examiné le fond de la question de savoir si le retrait de l'immunité avait violé les droits du requérant. CJUE, Arrêt du 5 juillet 2023, Affaire T-272/21, *Puigdemont et al v. Parlement européen*.

3. Catégories particulières

Bien que l'argumentation présentée ci-dessus - et les décisions des tribunaux internationaux et d'autres organismes - démontrent une violation grave des droits politiques des dirigeants indépendantistes catalans dans la plupart des affaires décrites dans la partie III, des considérations particulières s'appliquent à certains d'entre eux, notamment la dissolution du Parlement catalan en octobre 2017 et la déchéance du mandat du président Torra en décembre 2019. Dans ces deux cas, les décisions des autorités espagnoles ont clairement interféré avec les droits politiques des personnes concernées, dans le premier cas, non seulement les membres du parlement ont été dissous, mais leurs électeurs également. Cela s'applique même si, en général, un État n'est pas tenu d'établir des parlements régionaux ou un système fédéral, lorsque ceux-ci ont été créés et sont en outre garantis par la constitution, les restrictions à leur fonctionnement constituent des ingérences dans les droits politiques.

Dans le cas de la dissolution du Parlement catalan,⁷⁴ la question de la légalité est de savoir si cette dissolution avait une base légale et si elle était objectivement justifiée et non arbitraire. À cet égard, de sérieux doutes ont été soulevés quant à l'applicabilité de l'article 155 de la Constitution espagnole, bien que la Cour constitutionnelle espagnole ait confirmé la disponibilité de la norme dans ce cas.⁷⁵ Cependant, sur le fond, la dissolution se heurte aux mêmes problèmes que les autres mesures mentionnées ci-dessus. Si les droits politiques individuels des militants indépendantistes ou des dirigeants politiques ne peuvent être restreints en réponse à une action pacifique en faveur d'un changement constitutionnel, et si les partis politiques ne peuvent être dissous sans incitation à la violence, il doit en être de même pour une mesure collective aussi radicale que la dissolution d'un parlement. On pourrait imaginer qu'un État puisse prendre certaines mesures contre des décisions parlementaires violant les lois espagnoles et la constitution mais une dissolution serait disproportionnée.

Dans le cas de la déchéance des fonctions de Quim Torra,⁷⁶ il est incontestable qu'en principe, des sanctions pourraient être prévues en cas de violation des règles de la campagne électorale qui, dans des cas graves, pourraient conduire à une déchéance, même si de telles conséquences requièrent des garanties procédurales rigoureuses.⁷⁷ Cependant, il est déjà douteux que le simple fait d'afficher certaines banderoles et pancartes, sans prendre parti pour un candidat ou un parti particulier aux élections, puisse constituer un cas aussi grave. Une telle restriction est encore moins justifiable si, comme dans le cas présent, cet affichage représente une défense des droits de l'homme de certains citoyens

74 Voir rubrique III.1 ci-dessus.

75 Voir n° 25 ci-dessus.

76 Voir rubrique III.7 ci-dessus.

77 Voir également CEDH, Arrêt du 5 décembre 2019, Requête n° 8513/11, *Abil c. Azerbaïdjan*, paragraphe 70.

et donc un appel à l'application des protections constitutionnelles. Même si ces actions n'étaient pas considérées comme neutres, une réponse qui destitue de ses fonctions un président élu d'un gouvernement régional apparaît comme disproportionnée.

V. Violations des droits politiques en tant que « défaillances affectant un groupe objectivement identifiable »

Les ingérences dans les droits politiques concernant le référendum sur l'indépendance de la Catalogne violent, pour la plupart, le droit international relatif aux droits de l'homme et, comme nous l'avons vu dans la partie précédente, ce fait est de plus en plus reconnu dans la jurisprudence internationale émergente sur ces questions. Plusieurs autres affaires sont en cours devant la Cour européenne des droits de l'homme.

Dans le cadre de ce chapitre, nous ne pouvons pas aborder toutes les ingérences en détail. Dans l'ensemble, cependant, le tableau de la condamnation internationale est uniforme en ce qui concerne la justification fondamentale des mesures répressives. Il est d'ailleurs révélateur que la remise ou l'extradition d'hommes politiques catalans indépendantistes aient jusqu'à présent été rejetées dans toutes les affaires, soit explicitement pour des raisons de fond, comme dans le cas de l'Allemagne, soit par référence à des critères plus formels, comme dans les tribunaux belges et écossais, soit en classant les affaires comme « politiques » et donc en ne les instruisant pas, comme dans le cas de la Suisse.⁷⁸

Les défaillances en question résultent en partie de l'action de l'exécutif - notamment la dissolution du Parlement catalan en 2017 - mais surtout de procédures judiciaires. Le système judiciaire espagnol a toujours interprété les dispositions pénales et procédurales de manière beaucoup plus large que dans d'autres contextes, et certainement plus largement que ne le suggérerait une interprétation conforme au droit international relatif aux droits de l'homme. Il a aussi systématiquement subverti les efforts des autres branches pour trouver des solutions politiques au problème. Il a utilisé des délits aux termes vagues tels que la rébellion et la sédition pour criminaliser les référendums,

⁷⁸ Voir Torbisco Casals et Krisch, chapitre 2 de ce volume.

contrastant ainsi clairement avec la décision du pouvoir législatif en 2005 de retirer la tenue de référendums illégaux de la liste des délits du code pénal, en soutenant précisément que les référendums organisés par des autorités sans compétence pour le faire pouvaient être traités « par d'autres moyens que le droit pénal ».⁷⁹

De même, le pouvoir judiciaire s'est explicitement opposé aux grâces accordées par le gouvernement espagnol en 2021.⁸⁰ Il a compromis l'élimination de la sédition du code pénal en 2022 en maintenant les déchéances extrêmement longues de plusieurs dirigeants indépendantistes sur la base d'un supposé détournement de fonds publics pour la tenue du référendum.⁸¹ Dans un acte exceptionnel de militantisme judiciaire, l'organe suprême d'auto-organisation judiciaire a également condamné les propositions d'amnistie pour les actes liés au référendum - avant même qu'aucun texte ne soit rendu public - comme violant l'État de droit.⁸² Les défaillances en matière de droits politiques reflètent donc, tout comme celles dans d'autres domaines, une orientation politique particulière - et particulièrement conservatrice⁸³ - d'un système judiciaire qui a également largement ignoré les condamnations, même claires, des organismes internationaux de défense des droits de l'homme dans le cadre du conflit catalan.

Ces violations des droits politiques constituent-elles alors des « défaillances affectant un groupe objectivement identifiable » ? Le tableau général brossé ci-dessus suggère clairement que c'est le cas. Les ingérences avec les droits politiques des hommes politiques et militants indépendantistes concernés (et de leurs électeurs) ne peuvent être comprises en dehors du contexte d'une campagne concertée de l'État espagnol - à la fois du gouvernement et des tribunaux - contre un mouvement pacifique à des fins politiques. Le fait que ces objectifs incluent un changement constitutionnel n'est pas pertinent à cet égard, comme nous l'avons vu dans l'étude de la jurisprudence internationale : les États ne peuvent pas criminaliser la quête d'un tel changement, y compris les objectifs sécessionnistes, si les moyens utilisés pour cette quête sont démocratiques et pacifiques. Le fait que l'État espagnol ait utilisé une pléiade d'outils répressifs contre le groupe de militants indépendantistes dans l'objectif déclaré de « décapiter » le mouvement constitue donc une discrimination injustifiée. Des actes qui auraient pu être qualifiés de désobéissance ont été traités comme des actes de rébellion,

79 Ley Orgánica 2/2005, 22 juin 2005.

80 RTVE, « El Tribunal Supremo se opone a la concesión de los indultos a los presos del 'procés' y destaca la "falta de arrepentimiento" », 26 mai 2021, disponible à l'adresse suivante <https://www.rtve.es/noticias/20210526/tribunal-supremo-se-opone-a-concesion-indultos-a-presos-del-proces/2093763.shtml>.

81 Voir supra note 42.

82 Consejo General del Poder Judicial, « Declaración institucional del Pleno del CGPJ », 6 novembre 2023, disponible à l'adresse suivante <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Declaracion-institucional-del-Pleno-del-CGPJ--6-noviembre-de-2023->.

83 Urías, Joaquín, « Spain has a Problem with its Judiciary », *VerfassungsBlog*, 15 janvier 2020, disponible à l'adresse suivante <https://verfassungsblog.de/spain-has-a-problem-with-its-judiciary/>.

de sédition ou de détournement de fonds publics, souvent passibles de longues peines de prison et de déchéance des fonctions publiques, qui ont servies à empêcher plusieurs candidats d'être élus à la présidence du gouvernement catalan. Les violations des droits politiques commises dans ce contexte reflètent donc des défaillances concernant ce groupe particulier « objectivement identifiable ».

Chapitre 6

Le droit à la vérité et le « procès » catalan

Alejandro Chehtman

Doyen et professeur de droit, Universidad Torcuato Di Tella/Fellow, Conseil national de recherche argentin (CONICET). Je remercie Lara Jarsun pour son aide précieuse à la recherches et Victor Santos Mariottini De Oliveira pour les documents pertinents. Nico Krisch et Neus Torbisco-Casals ont fourni des commentaires et remarques détaillés. La clause de non-responsabilité habituelle s'applique. Tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 20 décembre 2023.

I. Introduction

Le « processus » catalan - impliquant des revendications d'autodétermination - a soulevé des questions structurelles non résolues au cœur de l'État démocratique espagnol et généré des revendications conflictuelles d'autodétermination nationale, d'intégrité territoriale, de violations passées des droits de l'homme et d'inégalités contemporaines.¹ Il a conduit l'Espagne dans une crise constitutionnelle, exprimé de profondes divisions politiques et culturelles et favorisé l'articulation d'un projet politique perturbateur. Ce chapitre explore deux épisodes distincts qui ont eu lieu dans ce contexte. Le premier traite des violences déclenchées le 1er octobre 2017, lorsque les forces de police et de sécurité ont empêché la célébration d'un référendum qui avait été déclaré illégal par le tribunal constitutionnel. Le second concerne un attentat djihadiste qui a eu lieu à Barcelone et à Cambrils quelques mois plus tôt. Il évalue de manière critique les efforts déployés par les autorités espagnoles pour faire toute la lumière sur ces événements dans un contexte de profondes divisions et de troubles politiques. Pour ce faire, il clarifie la source et le champ d'application des obligations juridiques internationales des autorités espagnoles et examine attentivement si le seuil pertinent pour les enquêtes a été atteint.

En particulier, ce chapitre évalue les droits des victimes et de la communauté politique concernée à une enquête exhaustive sur tous les faits pertinents entourant ces événements, dans le cadre du droit à la vérité en vertu du droit international relatif aux droits de l'homme (DIDH). Il affirme que, bien qu'il existe un contraste frappant entre les poursuites engagées contre les dirigeants catalans et les citoyens catalans et les poursuites engagées contre les policiers et les autres forces de sécurité pour les actes de violence commis lors des événements du 1er octobre 2017, les actions des victimes et de la société civile ont incité les autorités à lutter non seulement contre les actes de violence individuels mais aussi à examiner les allégations d'aspects systémiques de la violence et de la responsabilité potentielle des fonctionnaires de niveau intermédiaire. Dans ce contexte, il n'y a pas d'arguments suffisamment solides démontrant que l'Espagne n'a pas respecté ses obligations internationales en vertu du droit à la vérité concernant ces événements. En revanche, certains aspects importants des attentats terroristes de Barcelone et de Cambrils sont restés en dehors du champ des enquêtes publiques, malgré des tentatives répétées d'enquêter de manière plus approfondie. Ce fait, dans le contexte des animosités politiques existantes, et en particulier à la lumière des allégations de négligence de l'Espagne dans l'adoption de mesures raisonnables et nécessaires qui auraient pu empêcher les attaques, et des demandes des membres des familles des victimes directes et des membres du peuple catalan des attaques, constitue un argument plus solide selon lequel les autorités espagnoles n'ont pas encore respecté l'ensemble de leurs obligations en vertu du droit à la vérité (à la fois individuel et collectif).

1 Voir Neus Torbisco Casals, Introduction à ce volume.

Dans l'ensemble, les faits examinés dans ce chapitre peuvent contribuer à étayer des allégations de « défaillances systématiques ou généralisées » qui « affectent un groupe objectivement identifiable », comme l'a indiqué la Cour de justice de l'Union européenne dans son dernier arrêt *Puig Gordi et autres*.²

Le chapitre est organisé comme suit. La partie 2 explore les origines, la cristallisation et le champ d'application du droit à la vérité en vertu du DIDH. La partie 3 évalue les violations potentielles du droit à la vérité dans la réponse à la violence déclenchée par les manifestations du 1er octobre (O-1). Quant à la partie 4, elle examine les violations potentielles du droit à la vérité dans le cadre de l'enquête et des poursuites relatives aux attentats terroristes de Barcelone et de Cambrils. La partie 5 conclut brièvement.

II. Le « droit à la vérité » en vertu du droit international relatif aux droits de l'homme

Les origines conceptuelles du droit à la vérité en vertu du droit international ont souvent été attribuées au droit des familles en vertu du droit international humanitaire (DIH) de connaître le sort de leurs proches dans les conflits armés, tel que reconnu dans les articles 32 et 33 du protocole additionnel I de 1977 aux conventions de Genève.³ Pourtant, ce droit, en tant que revendication distincte contre l'État en vertu du DIDH, était probablement le résultat direct de l'évolution des réponses apportées par l'Amérique latine aux atrocités commises lors des transitions vers la démocratie. La mise en place de commissions de vérité comme réponse standard aux violations graves des droits de l'homme a été un précurseur essentiel de ce droit dans un tel contexte. En effet, bien que des institutions similaires aient été créées en Ouganda en 1974, par Idi Amin, et en Bolivie en 1982, par Hernán Siles Suazo, la première commission opérationnelle de ce type a été la Commission Nationale argentine sur la Disparition des Personnes (Comisión Nacional sobre la Desaparición Forzada de Personas ou CONADEP).

2 Affaire C-158/21 ECLI:EU:C:2023:57, spécialement au paragraphe 114. Voir également les affaires jointes C-404/15 et C-659/15 PPU, *Aranyosi et Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:198 paragraphe 104.

3 Yasmin Naqvi, « The right to the truth in international law: fact or fiction? », *International Review of the Red Cross*, (2006) Vol. 88(862), 248.

La CONADEP a été créée en décembre 1983 par la nouvelle administration Alfonsín, peu après son investiture.⁴ Son influence et son héritage en ont clairement fait une institution pionnière. En seulement neuf mois de travail, la CONADEP est parvenue à identifier plus de 300 centres de détention clandestins et recueillir des preuves de la nature systématique de la répression, notamment d'environ 10 000 disparitions forcées.⁵ Le rapport a indigné l'opinion publique contre l'armée et a servi à remettre en question le discours défendu par cette dernière. En effet, le travail de la CONADEP a été décisif dans le procès des *Juntas* qui a suivi. Deux semaines seulement après la publication du rapport final de la CONADEP, un tribunal civil a repris les rênes de l'enquête des mains du Conseil suprême des forces armées, qui l'avait bloquée pendant des mois.⁶ Les 700 affaires identifiées et sélectionnées par le Bureau du Procureur pour poursuivre les membres des *Juntas* avaient initialement été enquêtées et documentées par la CONADEP.

L'idée d'une commission chargée de faire la lumière sur les violations récentes des droits de l'homme est peu après devenue la règle dans la plupart des transitions, en Amérique latine et ailleurs. En 1990, le Chili a créé la première commission comprenant le mot « vérité » dans son titre.⁷ La Commission de la vérité pour le Salvador a été officiellement approuvée à Mexico quelques mois plus tard comme moyen de sortir d'un conflit armé. Le Guatemala a créé sa propre Commission pour la clarification historique (1997-99) en réponse à l'une des répressions les plus sanglantes de la région. En 2001, le nouveau président péruvien Alejandro Toledo a créé une Commission de la vérité et de la réconciliation.⁸ En résumé, Priscilla Hayner a recensé plus de 25 commissions de vérité dans les Amériques, en Europe, en Afrique et en Asie en 2001, avec des configurations sans doute assez différentes mais avec pour objectif général de documenter les violations graves des droits de l'homme.⁹ Néanmoins, il n'était pas encore question d'un « droit » à la vérité mais seulement d'un mécanisme de justice transitionnelle.

4 Ses précurseurs, la commission créée en 1974 par Idi Amin en Ouganda et la *Comisión Nacional de Investigación de Desaparecidos* créée en 1982 par le président bolivien Hernán Siles Suazo, avaient toutes deux échoué.

5 Cependant, le rapport est notamment fondé sur une méthodologie et des connaissances acquises par les membres des organisations de victimes au fil des années, lorsqu'ils recherchaient leurs proches, déposaient des demandes d'habeas corpus devant le système judiciaire argentin et fournissaient des informations à la Cour interaméricaine des droits de l'homme en 1979. Concernant cette histoire, voir Alejandro Chehtman, « The Invention of Transitional Justice », manuscrit conservé par l'auteur.

6 La section 10 de la loi 23.049 habilitait les tribunaux civils à « prendre le relais » de l'enquête et du jugement, en cas de « retards injustifiés ou de négligence dans la conduite du procès. »

7 Le pays a toutefois résisté aux pressions visant à élargir le champ d'application des dispositions sur l'impunité prévues par la législation chilienne.

8 Eduardo González-Cueva, « The Contributions of the Peruvian Truth and Reconciliation Commission to Prosecutions », *Criminal Law Forum* (2004) 15(1-2), 55-66.

9 Voir Priscilla Hayner, *Unspeakable Truths. Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions* (Routledge 2002)

Le « droit à la vérité » en tant que revendication juridique distincte n'a été inventé en Argentine qu'au milieu des années 1990, au milieu d'un sentiment généralisé d'impunité concernant les graves violations des droits de l'homme perpétrées par la dictature militaire à la fin des années 1970. En 1985, lors du procès fondateur des *Juntas*, les chefs des trois premières *Juntas* ont été amenés à rendre des comptes et cinq d'entre eux ont été condamnés à des peines de prison. Cette condamnation a déclenché une vague de poursuites pénales contre d'anciens chefs militaires, qui s'est rapidement étendue à des membres de rang inférieur de l'armée argentine. Dans un climat d'instabilité économique, une résistance organisée s'en est d'abord suivie, puis une révolte des forces armées argentines. Cette série plus large de poursuites allait également à l'encontre du plan initial d'Alfonsín qui prévoyait une justice limitée ou restreinte visant uniquement les dirigeants et les personnes ayant perpétré des actes particulièrement atroces. En conséquence, son administration a adopté la loi du Point final (*Ley de punto final*) en décembre 1986 dans un premier temps. Après la tentative échouée de stopper la vague de poursuites massives, il a adopté en 1987 la loi sur le Devoir d'obéissance (*Ley de obediencia debida*), mettant ainsi un terme aux enquêtes pénales sur d'anciens militaires et sur des membres de groupes insurrectionnels non étatiques, à l'exception de ceux qui occupaient des postes de commandement. Quelques années plus tard, le nouveau gouvernement Menem a gracié (1989-1990) toutes les personnes condamnées (et celles qui étaient encore poursuivies), conduisant ainsi à une période d'impunité également connue sous le nom de « *el apagón* » (la panne de courant).¹⁰

Certes, dès 1990, le Comité des droits de l'homme des Nations unies (CDH) a commencé à faire référence au « droit de savoir » comme un moyen de mettre fin ou de prévenir la torture psychologique, en vertu de l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, précisément dans une communication contre l'Argentine.¹¹ Mais la formulation « droit à la vérité » en tant que revendication distincte est le fruit, là encore, d'efforts au niveau national. Dans un contexte d'impunité généralisée en Argentine (la panne de courant), Adolfo Scilingo - obscur officier de la marine argentine - a reconnu l'existence de vols de la mort à la télévision à une heure de grande écoute. Ses propos ont déclenché une tempête politique. Le chef des forces armées argentines, le général Martín Balza, a reconnu la répression illégale et a présenté des excuses publiques. Les organisations de victimes, telles que H.I.J.O.S et les Mères de la place de Mai, ont

10 Ces grâces ont été officialisées par les décrets 1002-1005 de 1989 et 2741-2746 de 1990. Le 13 juillet 2007, la Cour suprême argentine les a déclarés nuls et non avenue pour cause d'incompatibilité avec la Constitution argentine (voir Cour suprême argentine, *Mazzeo*, affaire n° M2333XLII).

11 Voir l'explication de M. Bertil Wennergren, membre du Comité des droits de l'homme, dans son avis individuel dans ces affaires : R. A. V. N. et al. (Argentine), communication n° 343, 344 et 345/1988, décision d'irrecevabilité du 26 mars 1990, UN Doc. CCPR/C/38/D/343/1988 (annexe) ; S. E. (Argentine), communication n° 275/1988, décision d'irrecevabilité du 26 mars 1990, UN Doc. CCPR/C/38/D/275/1988 (annexe).

commencé à recourir aux *escraches*¹² contre les membres de l'armée qui avaient bénéficié d'amnisties et de grâces.¹³ Cependant, et c'est le point qui nous intéresse, un petit groupe d'avocats spécialisés dans les droits de l'homme de l'influent *Centro de Estudios Legales y Sociales* (CELS), dont certains membres avaient participé à la CONADEP, a déposé une requête auprès de la Cour d'appel fédérale de Buenos Aires - la cour en charge du procès des *Juntas* - afin d'ouvrir de nouvelles enquêtes sur le sort des victimes de disparitions forcées pendant la dictature, même si les poursuites et les condamnations ont finalement été interdites par les lois d'amnistie et de grâce en vigueur.

Ces présentations invoquaient le droit international relatif aux droits de l'homme qui, à l'époque, commençait seulement à se consolider comme le langage de la vérité, de la responsabilité et des réparations après les atrocités commises en Amérique latine. Elles faisaient explicitement référence au rapport 28/92 de la Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) qui avait recommandé « que le gouvernement argentin adopte les mesures nécessaires pour établir les faits et identifier les responsables des violations des droits de l'homme survenues au cours de la dernière dictature militaire. »¹⁴ Elles citaient également le devoir d'enquêter sur les disparitions forcées tant que le sort de la personne disparue restait inconnu, comme établi par la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans sa toute première affaire *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, en 1988. Après quelques réunions internes, ces avocats ont décidé d'articuler ces pétitions sur la base de ce qu'ils considèrent comme un droit à la « vérité » et au « deuil ».¹⁵

Avec une faible majorité des juges, la Cour d'appel fédérale de Buenos Aires - le même tribunal en charge du procès des *Juntas*, avec une nouvelle composition - a d'abord ouvert cette procédure et a demandé aux autorités exécutives et militaires d'envoyer toute information pertinente concernant la liste des personnes qui avaient disparu par le biais de la mécanique racontée par Scilingo.¹⁶ Cette demande a ainsi conduit à la mise en place des premiers « procès de la vérité », un mécanisme de justice transitionnelle

12 Le mot « escrache » vient de l'argot de Buenos Aires et signifie « mettre en lumière ce qui est caché ».

13 Cette forme de protestation consistait en une démonstration de dénonciation artistique et publique des individus responsables de violations des droits de l'homme. L'un des premiers exemples a été la mise en place de pancartes indiquant les domiciles des responsables de tortures et de disparitions. Ce type de protestation a été conçu par un groupe collectif appelé *Grupo de Arte Callejero* (Groupe d'art de rue).

14 Chambre fédérale de cassation en matière pénale (CCCF), Causa ESMA, Res 1/95 (20/03/1995). Ils ont également invoqué la décision de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, bien-fondé, Arrêt (29 juillet 1988), et *Bamaca Velásquez c. Guatemala*, Arrêt (bien-fondé) (25 novembre 2000).

15 Entretien avec un participant à ces réunions dans les dossiers de l'auteur. Voir également Juan Mendez, « An Emerging "Right to Truth": Latin-American Contributions », in Susanne Karstedt, *Legal institutions and Collective memories* (Bloomsbury 2009), 40

16 CCCF, *Méndez Carreras Horacio, s/Presentación*, Reg. 1/95 (20/03/1995).

innovant mais finalement décevant. Ces procès se sont ensuite étendus à différents tribunaux argentins, avec l'organisation d'audiences principalement pour les victimes et le rassemblement de preuves, mais sans possibilité d'inculper ou de condamner les auteurs des faits.

Cette innovation s'est rapidement répandue. En 1997, Louis Joinet, expert indépendant nommé par la Commission des droits de l'homme des Nations unies, a reconnu l'existence d'un droit inaliénable à la vérité « sur les événements passés, ainsi que sur les circonstances et les raisons qui ont conduit, par la violation massive ou systématique des droits de l'homme, à la perpétration de crimes aberrants » afin d'« éviter qu'à l'avenir de tels actes ne se reproduisent ». ¹⁷ Il a avancé que la victime individuelle et sa famille détenaient ce droit mais qu'il s'agissait également d'un droit collectif plus large. Il a également reconnu que les États pouvaient remplir leurs devoirs en créant des commissions d'enquête extrajudiciaires ainsi qu'en préservant les archives relatives aux violations des droits de l'homme. ¹⁸ Ces principes ont été mis à jour en 2005, pour intégrer une distinction entre le contenu du droit des victimes, qui correspond au devoir de l'État de fournir des informations détaillées à la victime et à sa famille sur les circonstances spécifiques dans lesquelles le tort a été perpétré (et le sort de la victime dans les cas de disparition forcée), et le devoir envers la communauté politique au sens large de divulguer les informations qui ont conduit à des violations généralisées ou massives des droits de l'homme. ¹⁹ Diane Orentlicher, en tant qu'experte indépendante, a précisé que « les victimes et leurs représentants devraient avoir le droit de rechercher et d'obtenir des informations sur les causes de leur victimisation ». ²⁰

Dans le système interaméricain des droits de l'homme (SIDH), c'est la Commission interaméricaine qui a initialement préconisé la reconnaissance du droit à la vérité en tant que droit distinct dans le cadre de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (CADH). Cette revendication initiale était fondée sur l'article 13, qui prévoyait un droit à l'information et à la liberté d'expression. Mais lorsque la Cour interaméricaine des droits de l'homme a eu l'occasion de traiter cette question, elle a refusé d'admettre l'existence d'un tel droit distinct à la vérité, qui n'avait pas été explicitement prévu dans

17 cf. « Question de l'impunité des auteurs de violations des droits de l'homme (civils et politiques) », rapport final établi par M. Joinet en application de la décision 1996/119 de la Sous-Commission, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, Annexe I, Principe 1.

18 Ibid, paragraphe 18.

19 Voir « Rapport de l'expert indépendante chargée de mettre à jour l'Ensemble de principes pour la lutte contre l'impunité », Diane Orentlicher, Additif : « Ensemble de principes actualisé pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité », UN Doc E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 février 2005.

20 Ibid, principe X.

le texte de la CADH.²¹ Cette réticence initiale a été renversée quelques années plus tard dans l'affaire *Bámaca Velázquez c. Guatemala*. (2000). Dans cette nouvelle décision, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a reconnu un « droit à la vérité » et l'a intégré au « droit de la victime ou de ses proches d'obtenir des éclaircissements sur les faits relatifs aux violations et sur les responsabilités correspondantes des organes compétents de l'État, par le biais d'une enquête et de poursuites prévues aux articles 8 [Droit à un procès équitable] et 25 [Droit à la protection judiciaire] de la Convention ».²² Dans cette affaire, ainsi que dans la jurisprudence ultérieure, la Cour a précisé que ce droit est non seulement directement lié au devoir de l'État d'enquêter mais aussi de poursuivre et de punir toute violation grave des droits de l'homme.²³ En effet, dans l'affaire *Palma Mendoza c. Équateur* (2012), elle a soutenu que ces droits étaient « étroitement liés et avaient généralement un impact réciproque ».²⁴ En 2022, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a reconnu le droit à la vérité comme un droit collectif dans une société démocratique. Dans sa décision dans l'affaire *Integrantes y Militantes de Unión Patriótica c. Colombie*, ce droit a été considéré non seulement comme un droit des victimes individuelles à connaître le sort de leurs proches mais aussi comme le droit d'une communauté politique à être informée des graves violations des droits de l'homme qui ont été perpétrées en son sein.²⁵ En peu de temps, le droit à la vérité s'est cristallisé dans le système régional interaméricain.

Le système européen a sans doute été plus hésitant à reconnaître ce droit. Le premier pas dans cette direction a été identifié en 2005 avec la reconnaissance par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe des droits des familles de personnes disparues à recevoir des informations sur leurs proches, soulignant l'importance d'enquêter sur de tels crimes.²⁶ La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a par la suite reconnu explicitement le droit à la vérité, du moins depuis sa décision fondatrice dans l'affaire *Association « 21 décembre 1989 » c. Roumanie* (2011), qui condamnait les retards et les insuffisances de l'enquête sur les décès survenus lors d'une manifestation antigouvernementale. Toutefois, à la différence à son homologue interaméricain, elle a

21 Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Castillo Páez c. Pérou* (bien-fondé), 3 novembre 1997, paragraphe 86 indiquant que la Commission s'est référée à « un droit qui n'existe pas dans la Convention américaine ». Voir également Lawrence Bourgeois-Larsen & Amaya Úbeda de Torres, *The Inter-American Court of Human Rights - Case Law and commentary* (OUP 2011), paragraphes 27.07-27.08.

22 Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Castillo Páez c. Pérou*, 201.

23 Voir H. Bosdriesz, « Furthering the fight against impunity in Latin America ? The contributions of the Inter-American Court of Human Rights to domestic accountability processes » (thèse de doctorat, 2019, dossiers de l'auteur), 66.

24 Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Palma Mendoza c. Équateur* (Objection préliminaire et bien-fondé), 3 septembre 2012, paragraphe 85.

25 Voir notamment l'opinion concordante des juges Eduardo Ferrer Mac-Gregor et Ricardo Pérez Manrique (paragraphe 22).

26 A. M. Panepinto, « *The right to the truth in international law: The significance of Strasbourg's contribution* », *Legal Studies*, 37 (4), (2017) 739-764.

placé sa source dans le volet procédural des droits substantiels à la vie (article 2) ou à l'interdiction de la torture (article 3) en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH).²⁷ En particulier, la Cour a estimé que les retards dans les enquêtes sur les crimes concernés ou sur d'autres formes de violations des droits de l'homme affectaient de la même manière les droits des victimes individuelles et du public en général.²⁸ Elle a également précisé que, pour être efficaces, les enquêtes devaient être « rapides, complètes, impartiales et approfondies » et qu'elles devaient « identifier et punir les responsables ». Enfin, elle a indiqué qu'il était du ressort des États de veiller à ce que ces enquêtes soient menées par des personnes indépendantes non impliquées dans les événements en question.²⁹

Dans l'affaire *El Masri c. Macédoine*, la Cour européenne des droits de l'homme a établi une distinction entre le droit des victimes individuelles (le requérant et sa famille) et le droit du public en général, qui avait le droit de savoir ce qui s'était passé. Dans leur opinion séparée, les juges Tulkens, Spielmann, Sicilianos et Keller ont décrit ce droit comme une « réalité bien établie », qui n'est pas particulièrement innovante, ni un « nouveau droit ». De plus, la Cour européenne des droits de l'homme a souligné l'importance de la vérité pour la non-répétition de violations, en déclarant qu'« une réponse adéquate de la part des autorités dans les enquêtes sur les allégations de violations graves des droits de l'homme, comme dans la présente affaire, peut généralement être considérée comme essentielle pour maintenir la confiance du public dans leur adhésion à l'État de droit et pour prévenir toute apparence de collusion ou de tolérance envers des actes illégaux. »³⁰

La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a également défendu le droit à la vérité comme un aspect du droit à un recours effectif en cas de violation de la Convention africaine.³¹ L'Afrique du Sud et son influente Commission de la vérité et de la réconciliation ont sans doute joué un rôle clé dans la reconnaissance d'un droit tacite à la vérité.³² Pourtant, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples n'a pas encore émis d'avis sur l'existence d'un tel droit dans le système africain.

27 Voir, par exemple, James A. Sweeney, « The Elusive Right to Truth in Transitional Human Rights Jurisprudence », ICLQ 67 (2018), 374.

28 Affaire *Association « 21 décembre 1989 » c. Roumanie* Cour européenne des droits de l'homme, Requête n° 33810/07, 24 mai 2011.

29 Ibid, paragraphes 133-145.

30 Affaire *El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*, Cour européenne des droits de l'homme, Requête n° 39630/09, 13 décembre 2012, paragraphe 192.

31 Voir « Principles and guidelines on the right to a fair trial and legal assistance in Africa », DOC/OS(XXX) (mai 2003). Voir aussi, Conseil des droits de l'homme, Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, A/HRC/22/S2, 17 avril 2013.

32 Voir Patricia Naftali, « La fabrique d'un "droit à la vérité" en droit international : des mobilisations convergentes pour des agendas divergents ? » dans *Justice pénale internationale / Sexualité et institutions pénales*, Volume XIII (2016).

Dans tous les cas, en 2009, le droit à la vérité « se rapprochait déjà d'un droit coutumier », étant donné que « les organes et les tribunaux chargés des droits de l'homme avaient déduit à plusieurs reprises par rapport à d'autres droits de l'homme fondamentaux ». ³³ En effet, en 2010, l'Assemblée générale des Nations unies a institué la Journée internationale du droit à la vérité et un Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition a été nommé. ³⁴ Ce droit a été reconnu comme étant une obligation pour les autorités de l'État d'entendre les victimes et les membres de leur famille, ³⁵ de protéger les victimes, les témoins et même les auteurs qui peuvent craindre pour leur sécurité s'ils se manifestent, et de les aider à rompre le silence s'ils le souhaitent. ³⁶ En outre, il semble y avoir des preuves substantielles qu'un tel droit n'implique pas seulement que les autorités étatiques ont un devoir envers les victimes et, dans certaines circonstances, envers la communauté politique dans son ensemble, d'enquêter sur les violations des droits de l'homme et de déterminer les circonstances spécifiques dans lesquelles ces droits ont été violés. Dans de nombreux contextes, cela nécessite également un processus substantiel de reddition de compte, souvent sous la forme de poursuites pénales et de procès - ce droit peut être violé dans les cas où les enquêtes sont inadéquates, incomplètes ou indûment retardées. Le devoir d'enquêter est essentielle pour garantir la confiance du public dans le respect de l'État de droit par les autorités de l'État, ainsi que pour garantir la non-répétition de ces violations. Dans les parties suivantes, j'examinerai si l'Espagne a rempli ses obligations internationales concernant le droit à la vérité en vertu du Droit international relatif aux droits de l'homme.

33 Hayner, *Unspeakable Truths* (n 6), 267. Voir également « Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire », Résolution 60/147 de l'Assemblée générale des Nations unies, 21 mars 2006, A/RES/60/147, 22. Le bureau du commissaire des Nations unies aux droits de l'homme a également publié une étude sur le droit à la vérité en 2006. HCDH, *Étude sur le droit à la vérité* (8 février 2006), E/CN.4/2006/91.

34 Alice M. Panepinto, « The right to the truth in international law: The significance of Strasbourg's contribution », *Legal Studies* (2017) 37(4), 739-764.

35 Juan Méndez, « The Right to Truth », in C.C. Joyner (ed), *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights* (Erès Toulouse 1998), 265.

36 Groupe de travail sur les disparitions forcées et involontaires, Observation générale sur le droit à la vérité concernant les disparitions forcées (2010), A/HRC/16/48, 5.

III. La poursuite des violences policières dans les événements du 1er octobre 2017

Comme indiqué précédemment, le 1er octobre 2017, plus de deux millions de Catalans se sont rendus aux urnes.³⁷ Bien que la Cour constitutionnelle ait suspendu le référendum, les autorités locales de la Catalogne ont considéré cette décision comme *ultra vires* et ont procédé à la consultation. Face aux efforts des forces de police et de sécurité pour empêcher la tenue de ce référendum, elles ont résisté physiquement en protégeant les bulletins de vote. Il s'en est suivi d'importants affrontements et de nombreux actes de violence de la part des agents de police et de sécurité à l'encontre des manifestants, qui ont été rapidement véhiculés dans les médias du monde entier. Selon le Conseil consultatif de la santé de la *Generalitat*, 893 personnes ont été admis dans des centres médicaux et hospitaliers à la suite de l'action de la police. Dans le même temps, environ 19 agents de la police nationale et 14 agents de la garde civile ont été admis pour des blessures subies lors de ces événements. Le lendemain des événements, Amnesty International (Espagne) et d'autres organisations ont affirmé que l'Unité d'intervention de la police nationale (UIP) et des agents de la garde civile avaient fait un usage disproportionné de la force contre des personnes qui résistaient « passivement » dans les rues et à l'entrée des bureaux de vote.³⁸

La justice s'est rapidement penchée sur certains des événements qui sont survenus ce jour-là. Le 14 octobre 2019, la Cour suprême d'Espagne a condamné neuf dirigeants catalans pour crime de sédition, dont l'ancien vice-président Oriol Junqueras, à des peines allant de 13 à 9 ans d'emprisonnement.³⁹ Le président du gouvernement espagnol, Pedro Sánchez, a déclaré à l'époque que son gouvernement respecterait la décision

37 France 24, *Cataluña: a dos años del referendo y en vísperas de la sentencia del 'procés'*, 1er octobre 2019, p. 2.

38 Amnesty International, « 1-O: Amnistía Internacional denuncia uso excesivo de la fuerza por parte de Policía Nacional y Guardia Civil en Cataluña » (2 octobre 2017), disponible à l'adresse suivante <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/1-o-amnistia-internacional-denuncia-uso-excesivo-de-la-fuerza-por-parte-de-policia-nacional-y-guar/>. La BBC fait état d'au moins 800 victimes. Voir <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-41453357>.

39 *El País*, « Sentencia del 'procés': penas de 9 a 13 años para Junqueras y los otros líderes por sedición y malversación », 14 octobre 2019, disponible à l'adresse suivante https://elpais.com/politica/2019/10/14/actualidad/1571033446_440448.html.

de la Cour suprême.⁴⁰ Jusqu'en 2021, 44 fonctionnaires ont été condamnés pour leurs actions liées aux événements du 1er octobre et 56 autres faisaient encore l'objet d'une enquête.⁴¹ Le 20 janvier 2021, Bernat Solé a été le premier maire reconnu coupable de désobéissance par le Tribunal supérieur de justice de Catalogne (*Tribunal Superior de Justicia de Catalunya or TSJC*) et condamné à un an d'interdiction d'exercer toute fonction publique et à une amende.⁴² Deux autres personnes ont été condamnées par la suite - sur les 712 maires accusés, seuls 78 ont été inculpés, dont trois seulement ont été condamnés, deux acquittés et huit attendent encore d'être jugés au moment de la rédaction du présent article.⁴³ En novembre 2023, Oleksandr S a été reconnu coupable et condamné à 7 ans de prison, la peine la plus lourde infligée pour des actes de violence commis par des individus dans le contexte des violences du 1er octobre.⁴⁴ Il fait partie des « dizaines » d'individus déjà condamnés pour ce type d'acte.⁴⁵ Beaucoup d'autres ont déjà été acquittés, principalement en raison des doutes des tribunaux compétents concernant les revendications des agents de police.⁴⁶

40 *The Guardian*, « Violent clashes over Catalan separatist leaders' prison terms », 14 octobre 2019, disponible à l'adresse suivante <https://www.theguardian.com/world/2019/oct/14/catalan-separatist-leaders-given-lengthy-prison-sentences>. En novembre 2023, Sanchez a cependant envoyé un projet de loi visant à amnistier toutes les personnes poursuivies pour leur participation à des actions indépendantistes catalanes. *Politico*, « Catalan amnesty law 'in line' with EU values, Spain's justice minister says », 4 décembre 2023, disponible à l'adresse suivante <https://www.politico.eu/article/catalan-amnesty-law-definitive-step-to-end-independence-row-spains-justice-minister-felix-bolanos-says/>.

41 *Público*, « Unas 3.000 personas encausadas por el 'proceso' se quedan fuera del alcance de los indultos », 21 juin 2021, disponible à l'adresse suivante <https://www.publico.es/politica/3000-personas-encausadas-proces-quedan-fuera-alcance-indultos.html>.

42 *Ara*, « El TSJC inhabilita a Bernat Solé por facilitar el 1-O cuando era alcalde de Agramunt », 21 janvier 2021, disponible à l'adresse suivante https://es.ara.cat/politica/tsjc-inhabilita-bernat-sole-1-octubre-alcalde-agramunt-conseller-exterores_1_3106001.html.

43 *El Confidencial*, « A quién beneficia la amnistía: estos son los privilegiados que sacan provecho de la ley », 13 novembre 2023, disponible à l'adresse suivante https://www.elconfidencial.com/espana/cataluna/2023-11-13/quien-se-beneficia-ley-amnistia-privilegios_3766401/.

44 Voir, respectivement, *Noticias de Navarra*, « Más de tres años de cárcel para Adrián Sas por agredir a dos mossos », 24 novembre 2021, disponible à l'adresse suivante <https://www.noticiasdenavarra.com/politica/2021/11/24/tres-anos-carcel-adrian-sas-2108969.html>; *El Triangle*, « Condenado a un año y diez meses de cárcel por agredir a un mosso en la acampada contra la sentencia del 'procés' », 17 novembre 2021, disponible à l'adresse suivante <https://www.eltriangle.eu/es/2021/11/17/condenado-a-un-ano-y-diez-meses-de-carcel-por-agredir-a-un-mosso-en-la-acampada-contra-la-sentencia-del-proces/>; *La Vanguardia*, « Nueva condena contra un activista independentista », 28 novembre 2020, disponible à l'adresse suivante <https://www.lavanguardia.com/politica/20201128/49777845941/adrian-sas-condena-audiencia-mossos.html>.

45 *elDiario*, « Los jueces condenan a un joven a 7 años de cárcel, la pena más alta por los disturbios del procés », 24 novembre 2023, disponible à l'adresse suivante https://www.eldiario.es/catalunya/jueces-condenan-joven-7-anos-carcel-pena-alta-disturbios-proces_1_10714628.html.

46 *elDiario*, « Los jueces rebajan las altas penas que pide Fiscalía por los disturbios del procés », 13 avril 2022, disponible à l'adresse suivante https://www.eldiario.es/catalunya/jueces-rebajan-altas-penas-pide-fiscalia-disturbios-proces_1_8892080.html.

Contrairement à ces procédures judiciaires, peu de progrès ont été réalisés au début pour enquêter de manière adéquate sur les actes de violence commis par la police et d'autres agences de sécurité. Du moins, aucune enquête n'a pris au sérieux la possibilité que ces actes aient été orchestrés de manière centralisée. Dans ce contexte, le 20 janvier 2023, le juge Francisco Miralles (du 7^e tribunal de première instance de Barcelone) a conclu les enquêtes sur les accusations portées contre la police lors des événements du 1^{er} octobre et a ouvert la voie à des accusations pénales officielles contre 45 agents de police concernant des incidents survenus dans une vingtaine d'écoles et de bureaux publics différents contre près de 128 victimes individuelles.⁴⁷ Dans sa décision, le juge Miralles a conclu que « les faits qui seront mentionnés ci-dessous pour lesquels il sera nécessaire de poursuivre la procédure dans le cadre d'une procédure accélérée peuvent constituer non seulement des infractions ou délits mineurs [agression] mais aussi des délits en vertu des articles 174 et 175 du code pénal, nonobstant leur qualification finale, qui ne peut être limitée ou conditionnée par la présente résolution. »⁴⁸ Ces dispositions font référence aux actes de torture et aux agressions comme une forme d'abus de pouvoir de la part des autorités compétentes.

Il a également souligné que le même groupe était responsable de l'action de la police dans différentes écoles, « dans lesquelles il convient de souligner la disproportion particulière de l'action et l'agressivité des agents », et il a estimé que les blessures pouvaient être imputées au chef de l'unité, étant donné le comportement « généralisé et violent » de ses membres.⁴⁹ Le juge Miralles a donné au Bureau du Procureur 40 jours pour déposer des actes d'accusation, accuser les officiers ou classer l'affaire.⁵⁰ Cependant, au moment de la rédaction du présent article, il n'existe aucune trace publique du respect de ce délai par le Bureau du Procureur.

Par conséquent, l'ordre d'instruction du juge Miralles a décidé d'ouvrir des enquêtes à l'encontre de 45 officiers pour des violences commises dans différentes écoles et institutions. Elle a également souligné que plus de cinq ans après le référendum, aucun policier n'avait encore été condamné pour avoir blessé un électeur. Pourtant, il a décidé

47 Elles comprennent notamment une liste des incidents et du nombre de victimes individuelles : Escuela Ramon Lull de Barcelona (19 personnes), Colegio Mediterránea (16), CEIP Àgora (10), Ambulatorio El Guinardo (10), IES Pau Claris (9), Estel (9), IES Joan Fuster (8), IES Pau Romeva (7), Servicios Centrales del Departamento de Enseñanza de la Generalitat (6), Colegio Prosperitat (5), IES Jaume Balmes (4), Escuela Oficial de Idiomas (4), Colegio Infant Jesús (4), Centre Educatiu Projecte (4), Escoles Pies de Sant Antoni (4), CEIP Tibidabo (2), CEIP Els Horts (2), IES Joan Boscà (2), Centre de Formació d'Adults Freire (1), CEIP Aiguamarina (1), CEIP Victor Catalá (1), Colegio Trinitat Vella (1) et CEIP Mas Casanovas (1).

48 Ordre d'instruction, 20 janvier 2013, p. 5.

49 Ibid, p. 2.

50 Ordre d'instruction, 20 janvier 2013, p. 68. Voir également RTVE, « El juez procesa a 45 policías por las cargas del 1-O », 25 janvier 2023, disponible à l'adresse suivante <https://www.rtve.es/noticias/20230125/juez-procesa-agentes-policia-nacional-cargas-1-barcelona/2417648.shtml>.

de ne pas poursuivre l'enquête sur des délits potentiels de dommages matériels, dans certains cas en raison du manque de preuves concrètes, tandis que dans d'autres, il a estimé que la police avait agi dans le cadre de son mandat et des contraintes juridiques pertinentes établies conformément au droit espagnol. Pour ces raisons, il a décidé de clore l'enquête à l'encontre de 20 agents de police.⁵¹

Plusieurs victimes, ainsi que leurs avocats, se sont plaintes du rôle du Bureau du Procureur, qui, selon eux, était entièrement fonctionnel pour protéger la police.⁵² En réalité, trois ans plus tôt, le Bureau du Procureur avait demandé au juge de clore l'enquête, à l'exception des accusations portées contre six officiers de police pour faute grave. Le juge Miralles avait alors rejeté cette demande. L'Audiencia of Barcelona a ordonné, à la demande du Conseil municipal (*Ayuntamiento*), que l'enquête n'examine pas des cas individuels de violence mais plutôt la réponse en tant que phénomène global. Elle a notamment établi que l'enquête devait également examiner les ordres « concrets » qui ont été donnés aux officiers de police sur le terrain. Le 18 septembre 2019, le juge Miralles a cité à comparaître huit autres inspecteurs en chef du corps de police (*jefes de núcleo*), responsables des dispositifs policiers dans ces centres, et a demandé au ministère de l'Intérieur des informations sur la « chaîne de commandement » de l'opération de ce jour-là et des réunions au cours desquelles l'intervention a été planifiée pour empêcher le vote.⁵³

Par ailleurs, d'autres tribunaux de Catalogne enquêtent également sur les accusations portées contre la police le 1er octobre 2017. Plus de 20 enquêtes sont en cours contre 126 membres des forces de police et de sécurité espagnoles dans différents tribunaux de Barcelone, Gérone, Lérida et Mataró.⁵⁴ Environ 80 de ces agents ont déjà été inculpés et certains procès sont sur le point de commencer au moment de la rédaction du présent article. En revanche, plusieurs autres affaires à Manresa, Amposta et Tarragone ont déjà été classées. Jusqu'à présent, les principales enquêtes n'ont pas permis de déterminer s'il leur avait été ordonné directement d'agir violemment contre les personnes souhaitant

51 *El Nacional*, « 45 policías españolas serán juzgados por las cargas del 1-O en Barcelona », 25 janvier 2023, disponible à l'adresse suivante https://www.elnacional.cat/es/politica/45-policias-seran-juzgados-por-las-cargas-del-1-o-en-barcelona_958047_102.html.

52 *elDiario*, « Cinco años del referéndum del 1-O, ningún policía condenado por las cargas », 30 septembre 2022, disponible à l'adresse suivante https://www.eldiario.es/catalunya/cinco-anos-referendum-1-policia-condenado-cargas_1_9577580.html. En effet, à Barcelone, le Bureau du Procureur a demandé l'archivage de l'enquête, mais le juge et l'Audiencia à Gérone ont refusé de le faire.

53 *El País*, « Investigados ocho jefes operativos de la Policía por el 1-O en Barcelona », 5 septembre 2023, disponible à l'adresse suivante https://elpais.com/ccaa/2019/09/05/catalunya/1567686073_353359.html.

54 Voir, par exemple, RTVE, « El 'procés' no se agota en el Supremo: el juicio a Traperó y otras causas pendientes del 1-O », 15 octobre 2019, disponible à l'adresse suivante <https://www.rtve.es/noticias/20191015/proces-no-se-agota-supremo-juicio-a-trapero-otras-causas-pendientes-del-1/1979602.shtml>.

participer au référendum illégal, ce qui a conduit à ne pas poursuivre les enquêtes sur les responsables politiques de la police. Six ans après les événements, aucun agent de police n'a été condamné pour agression lors des manifestations. En revanche, l'enquête de la police au niveau du commandement s'est limitée aux huit officiers en chef qui ont coordonné les actions à Barcelone et ont déterminé qui agirait dans quelle école.⁵⁵ Le retard dans la finalisation de ces enquêtes contraste avec la rapidité des poursuites pénales à l'encontre non seulement des personnes impliquées dans l'organisation du référendum mais surtout des particuliers condamnés pour des violences contre des fonctionnaires de police.

En résumé, bien qu'il y ait eu des retards et des revers importants dans la progression des différentes enquêtes, et en particulier celles concernant les délits contre les manifestants et les participants aux événements du 1er octobre 2017, il n'est pas encore clair qu'ils constituent une violation du droit à la vérité. D'une part, dans la mesure où les autorités locales ont fait des progrès significatifs dans les enquêtes, les personnes impliquées dans les actes de violence - y compris les fonctionnaires de niveau intermédiaire des forces de police - ont été appelées à rendre des comptes et il existe au moins une enquête sur les éléments « globaux » de la violence perpétrée. Par conséquent, il ne semble pas que l'État ait manqué à son obligation de mener une enquête impartiale et approfondie qui permette d'identifier tous les responsables des actes de violence commis par les forces de l'État. Le rôle de la société civile, et en particulier des victimes et de leurs représentants légaux, a été et continuera d'être essentiel pour garantir que ces enquêtes apportent des réponses significatives en termes d'établissement de la vérité et d'un niveau suffisant de reddition de compte. Comme indiqué dans la partie précédente, c'est précisément ce type de synergie et d'efforts collectifs qui a développé le droit à la vérité et lui a donné du poids comme élément significatif du cadre de justice transitionnelle. Le travail que ces organisations ainsi que certaines autorités locales accomplissent dans le contexte des réponses de l'État au 1er octobre incarne cette dynamique et est essentiel pour pousser les autorités espagnoles à faire toute la lumière sur cet épisode sombre et à y faire face.⁵⁶

⁵⁵ *elDiario*, « Cinco años del referéndum del 1-O, ningún policía condenado por las cargas », 30 septembre 2022, disponible à l'adresse suivante https://www.eldiario.es/catalunya/cinco-anos-referendum-1-policia-condenado-cargas_1_9577580.html.

⁵⁶ L'adoption d'une amnistie, en fonction de son champ d'application, affecterait probablement ces enquêtes. Cependant, comme le montre clairement la partie 2, les enquêtes pénales sont loin d'être le seul mécanisme pour protéger et faire respecter le droit à la vérité.

IV. Les attentats de Barcelone et de Cambrils et les enquêtes ultérieures

Comme indiqué dans l'introduction de ce chapitre, les 17 et 18 août 2017, deux attaques terroristes ont été perpétrées par une cellule de dix individus. Les événements auraient été déclenchés par une explosion le 17 août 2017 dans une maison d'Alcanar, un petit village situé à environ 200 km au sud-ouest de Barcelone. Cette explosion a provoqué l'effondrement de la maison et la mort de deux personnes : Youssef Alla et Abdelbaki Es Satty, le chef de la cellule. Une troisième personne, Mohamed Houli Chemlal, a été gravement blessée et hospitalisée. L'enquête sur les faits a par la suite indiqué qu'ils faisaient partie d'une cellule terroriste préparant un attentat contre une cible sensible à Barcelone.⁵⁷ L'explosion semble s'être produite accidentellement, alors qu'ils manipulaient du triperoxyde de triacétone (TATP, également connu sous le nom de « Mère de Satan »), un explosif extrêmement instable. À l'époque, les interrogatoires de l'homme blessé n'ont fourni aucune piste. Les enquêteurs ont ensuite trouvé dans le bâtiment 120 conteneurs contenant du propane et du butane, 500 litres d'acétone, du bicarbonate et environ 240 litres de peroxyde d'hydrogène, qui auraient tous été stockés afin d'amplifier les explosions planifiées avec du TATP.⁵⁸ Les forces de sécurité ont également trouvé des détonateurs et des éclats d'obus. Une voiture et une moto étaient garées devant la maison.

Alors qu'ils essayaient d'identifier et de localiser les propriétaires de ces deux véhicules, les forces de sécurité ont téléphoné à Younes Abouyaqoub dans l'après-midi du 17 août, alors qu'il conduisait une camionnette louée. Selon les informations disponibles, il s'est alors dirigé vers le centre-ville de Barcelone et en arrivant sur la *Rambla*, très peuplée, il a intentionnellement roulé sur des passants, tuant 13 personnes (dont un garçon australien de 7 ans et un garçon barcelonais de 3 ans) et blessant plus d'une centaine de personnes. Il s'est ensuite enfui en marchant, a volé une voiture en poignardant et en tuant son conducteur et a pris la fuite. La voiture a été retrouvée plus tard à *Sant Just Desvern*, au sud de Barcelone. Le 21 août, après quatre jours de recherches, les forces de

57 Le seul membre détenu de la cellule a parlé de « monuments et d'église tels que la *Sagrada Família*. » Jesús García, « El terrorista herido pide 'perdón' y se declara «arrepentido» », *El País*, 24 août 2017, disponible à l'adresse suivante https://elpais.com/ccaa/2017/08/23/catalunya/1503509592_704081.html. Sur l'un des téléphones portables utilisés par un membre de la cellule, la *Sagrada Família* figurait parmi les lieux recherchés dans Google Maps, ainsi que le stade du club de football de Barcelone. Manuel Cerdán, « La policia descubrió en un móvil que los yihadistas del 17-A querían poner una furgoneta bomba en el Camp Nou », *Okdiario*, 19 janvier 2018, disponible à l'adresse suivante <https://okdiario.com/investigacion/policia-descubrio-movil-yihadistas-del-17-querian-poner-furgoneta-bomba-camp-nou-1713731>.

58 « Los terroristas compraron 340 litros de material para explosivos con la documentación del detenido en Castellón », *La Vanguardia*, 25 septembre 2017.

sécurité locales (*Mossos d'Esquadra*) ont été alertées de la présence d'un suspect à Subirats, à une quarantaine de kilomètres de Barcelone. Lorsqu'ils l'ont retrouvé, celui-ci a couru vers eux en utilisant une fausse ceinture d'explosifs et en criant « Allah est le plus grand ». Il a été abattu.

Entre-temps, le 18 août, à 1 h 14 du matin (environ 9 heures après l'attentat de Barcelone), une autre voiture transportant cinq membres de la cellule (Mohamed Hychami, Houssaine Abouyaqoub, Saïd Aalla, Moussa Oukabir et Omar Hychami) a écrasé un certain nombre de passants à Cambrils, à environ 120 km au sud-ouest de Barcelone, et s'est finalement écrasée contre un véhicule des *Mossos*. Les cinq personnes à bord de la voiture, qui portaient également de faux gilets bourrés d'explosif, ont attaqué d'autres passants à l'aide de couteaux et d'une hache qu'ils avaient achetés quatre heures plus tôt. Lors de cette seconde attaque, une personne a été tuée et plusieurs autres ont été blessées avant que les cinq auteurs ne soient abattus par la police. Les deux attentats ont fait 16 morts et environ 140 blessés. Le groupe principal comprenait au moins 10 personnes, dont Abdelbaki Es Satty, le chef et le leader de la cellule. Huit membres de la cellule sont morts et deux ont été arrêtés (Houli Chemlal, blessé dans l'explosion à Alcanar, et Driss Oukabir, détenu le 18 août à Ripoll).

Le 27 mai 2021, la chambre pénale de l'*Audiencia Nacional* espagnole a reconnu Mohamed Houli Chemlal et Driss Oukabir coupables d'activités terroristes et les a condamnés respectivement à 53 ans et 6 mois et 46 ans de prison (en appel, la peine a été réduite à 43 et 36 ans, respectivement).⁵⁹ De plus, ils ont été condamnés à verser une indemnisation aux victimes et aux services d'urgence et de sécurité qui ont subi des préjudices à la suite des attaques. Saïd Ben Iazza a été reconnu coupable et condamné à huit ans de prison pour collaboration avec une organisation terroriste mais il a été libéré dès l'annonce de sa peine en raison des quatre années passées en détention provisoire pendant l'enquête et le procès. Il avait fourni la camionnette avec laquelle la cellule avait acheté les précurseurs chimiques qu'elle prévoyait d'utiliser pour fabriquer les explosifs. Cependant, aucun d'entre eux n'a été condamné pour les 16 meurtres et les centaines de blessés victimes des attentats.

Un certain nombre de questions relatives à ces événements font encore l'objet d'une controverse importante. Tout d'abord, il existe des pistes contradictoires sur un éventuel lien entre la cellule et DAESH-ISIL.⁶⁰ Certaines annotations du carnet utilisé par Es

59 Audiencia Nacional, Sala Penal, Sección 3, Madrid, Sentencia 00015/2021, 27 mai 2021 (ci-après, « Arrêt »), p. 11 ; Audiencia Nacional, Sala de Apelación, Sentencia 9/2022, 13 juillet 2022. La sentence a été confirmée par le Tribunal Supremo, Sentencia 873/2023, 24 novembre 2023.

60 Le drapeau de DAESH était dessiné sur au moins une des taies d'oreiller qui auraient été utilisées pour transporter le TATP. Un carnet qui aurait appartenu à Es Satty a été retrouvé, dans lequel les membres de la cellule étaient présentés comme des « membres de DAESH » en Al-Andalus. Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción núm. 4, *Diligencias Previas 60/2017*, Ordonnance du 22 août 2017, p. 4.

Satty désignent les membres des cellules comme des « soldats de l'État islamique ». De plus, le 17 août, le jour de l'attentat sur les Ramblas, l'agence de presse Amaq a publié un communiqué revendiquant une attaque de soldats de l'État islamique à Barcelone.⁶¹ Les membres de la cellule ont effectué des voyages répétés dans différents pays dont la Suisse, la Belgique, la France et le Maroc, y compris un voyage à Paris la semaine même des attentats, restés inexpliqués. Pourtant, aucun lien direct n'a été découvert entre les membres de la cellule et un quelconque facilitateur ou individu appartenant à l'État islamique et les messages revendiquant l'attentat n'ont pas non plus fourni d'informations détaillées sur les auteurs.⁶² En revanche, selon la Chambre de première instance, les connaissances techniques nécessaires à la fabrication des explosifs ont été obtenues grâce à des recherches sur Internet.⁶³ Un grand nombre de recherches, de vidéos et d'audios ont été trouvés dans des dispositifs appartenant aux membres du groupe. De même, l'argent nécessaire à l'achat du matériel en question et à l'exécution des attentats provenaient du travail des membres de la cellule ainsi que de la vente de l'or acquis grâce à des vols.⁶⁴

Deuxièmement, des doutes subsistent quant au sort d'Abdelbaki Es Satty, le chef de la cellule. Es Satty est né à Madchar, au Maroc, en 1973. Il était âgé de 44 ans au moment des faits et aurait été responsable de la radicalisation des neuf autres membres âgés de 17 à 25 ans (quatre d'entre eux avaient moins de 20 ans). Il avait précédemment été lié à différentes organisations djihadistes. Bien qu'il ait fait l'objet d'une enquête en lien avec des activités terroristes, il n'a jamais été détenu en rapport avec celles-ci. En revanche, il a purgé une peine de prison pour trafic de drogue entre 2010 et 2014.⁶⁵ En prison, il était très proche de Rachid Aglif, membre du réseau responsable des attentats de Madrid du 11 mars 2004.⁶⁶ Mais on sait qu'il a également rencontré au moins une fois un fonctionnaire du Centre national de renseignement espagnol (« *Centro Nacional de Inteligencia* » ou CNI). Certains ont suggéré que cette visite pouvait être liée à une tentative de le recruter comme

61 Le même groupe a revendiqué l'attentat de Cambrils peu après. Voir « Referencias a España en la propaganda yihadista », Grupo de Estudios en Seguridad Internacional, Universidad de Granada; y « El Estado Islámico reivindica el atentado en Cambrils », *La Vanguardia*, 19 août 2017.

62 Voir par exemple « Heridas sin sanar e interrogantes a un año de los atentados de Cataluña », swissinfo.ch (17 août 2018), disponible à l'adresse suivante <https://www.swissinfo.ch/spa/heridas-sin-sanar-e-interrogantes-a-un-a%C3%B1o-de-los-atentados-de-catalu%C3%B1a/44321504>. Pour le mode opératoire de l'État islamique consistant à revendiquer des attentats perpétrés par des individus ou des groupes radicalisés, voir, par exemple, Congressional Research Service, « Terrorism in Europe » (10 février 2021), disponible à l'adresse suivante <https://sgp.fas.org/crs/terror/IF10561.pdf>.

63 Arrêt (n 62), p. 11.

64 Ibid, p. 771 et suivantes.

65 Quiko Alsedo y Pablo Herraiz (2017), « El delito 'no grave' del imam de Ripoll: 120 kilos de droga », *El Mundo*, 24 août 2017.

66 *El País*, « El imán de Ripoll trabajó amistad en prisión con un terrorista del 11-M », 20 août 2017, disponible à l'adresse suivante https://elpais.com/politica/2017/08/20/actualidad/1503230607_911490.html.

informateur.⁶⁷ Cependant, un témoin a affirmé que lorsqu'il se trouvait en Belgique, Es Satty a déclaré avoir parlé au téléphone avec les services de renseignement espagnols.⁶⁸

Bien que les autorités espagnoles aient certifié, sur la base d'un échantillon d'ADN, qu'il était l'une des deux personnes décédées dans l'explosion de la maison d'Alcanar, certains représentants des victimes des attentats ont remis en cause cette conclusion. En lien avec cette idée, des questions se posent sur l'existence de liens entre Es Satty et les services de renseignement espagnols (CNI) et si tel était le cas, sur la nature précise de ces liens. Cette ligne générale d'enquête a été exclue des enquêtes pénales menées en relation avec ces attaques terroristes. La décision finale de la Chambre de première instance ne mentionne jamais le CNI et ne fait pas allusion à d'éventuels liens entre les services secrets espagnols et l'imam de Ripoll, malgré les arguments et les allégations avancées par certaines parties au cours du procès.⁶⁹ Les demandes d'audition spéciale du président Sánchez devant le Congrès ont été jugées irrecevables et les demandes répétées de constitution d'une commission d'enquête spéciale devant le Congrès espagnol ont été bloquées.

Troisièmement, un certain nombre de revendications ont été formulées concernant la responsabilité des autorités espagnoles pour ne pas avoir empêché les attaques, concernant d'une part, le manquement de l'État à ses obligations légales en matière de contrôle de précurseurs explosifs et de signalement des comportements suspects. L'Espagne est soumise à un certain nombre d'obligations internationales concernant le contrôle et la surveillance des précurseurs susceptibles d'être utilisés pour la fabrication illicite d'explosifs, parmi lesquelles le règlement (UE) n° 98/2013. L'objectif principal de ce règlement est précisément de « limiter la disponibilité pour le grand public et de garantir que les transactions suspectes [...] soient dûment signalées. »⁷⁰ L'article 4, en particulier, établit que les précurseurs d'explosifs faisant l'objet de restrictions ne doivent pas être mis à la disposition du grand public. Il établit en outre que le peroxyde d'hydrogène doit être soumis à un système d'enregistrement et qu'aux fins de l'enregistrement, les membres du grand public doivent s'identifier au moyen d'une pièce d'identité officielle.

67 OIET, « Los atentados de Cataluña un año después. Reconstrucción de los acontecimientos, interrogantes y lecciones por aprender » (2018), 7, disponible à l'adresse suivante <https://observatorioterrorismo.com/eedyckaz/2020/08/Los-atentados-de-Cataluna-un-ano-despues.pdf>.

68 Tel que mentionné par les avocats des victimes, disponible à l'adresse suivante : <https://www.youtube.com/watch?v=-1icmCbjHQ>.

69 Voir, *Audiencia Nacional Sala Penal Sección 3 Madrid, Sentencia 00015/2021* (27 mai 2021). Voir également *El Periódico*, « Condenados a Penas de 53, 46 y 8 años de cárcel los acusados por los atentados del 17-A », (disponible à l'adresse suivante <https://www.elperiodico.com/es/politica/20210527/condenas-acusados-atentados-terroristas-17-a-11768319>).

70 Règlement (UE) n° 98/2013 du Parlement européen et du Conseil du 15 janvier 2013 relatif à la commercialisation et à l'utilisation des précurseurs d'explosifs Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, disponible à l'adresse suivante https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvk6yhcbpeywk_j9vvik7m1c3gyxp/vj8bg68ze0zn.

En particulier, il exige que les transactions suspectes de peroxyde d'hydrogène (inclus dans l'annexe I du règlement 98/2013), d'acide sulfurique et d'acétone (inclus dans l'annexe II) soient signalées (art. 9(1)). Les États membres devraient mettre en place des points de contact nationaux à cette fin (art. 9(2)). L'Espagne n'a rempli cette dernière obligation que par la résolution 20/2013 du secrétaire d'État aux questions de sécurité, établissant le Centre d'intelligence contre le crime organisé (*Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado*) comme point de contact national concernant le règlement (UE) n° 98/2013.

L'échec de l'application de ces directives a joué un rôle majeur dans l'incapacité à identifier la cellule et à prévenir les attaques. En effet, le 11 juillet 2017, un jeune non identifié a tenté d'acheter 100 litres de peroxyde d'hydrogène. On lui a demandé les informations nécessaires au motif qu'il s'agissait d'une substance dangereuse mais la transaction n'a finalement pas abouti car son numéro d'identification n'a pas été reconnu. Le lendemain (12 juillet), Youssef Alla est allé acheter la même quantité de peroxyde d'hydrogène, tout en « niant tout lien » avec la personne qui avait tenté la même opération la veille.⁷¹ Le témoin a également déclaré qu'aucun autre document n'était requis pour les achats de moins de 1 000 litres. Le 27 juillet, la même personne a acheté 240 litres de plus de peroxyde d'hydrogène et n'a pas eu à fournir les informations nécessaires, les vendeurs ayant utilisé les informations enregistrées datant du 12 juillet.⁷² L'acétone était généralement achetée auprès de différents fournisseurs, mais Mohamed Hychami a personnellement acheté 175 litres d'acétone dans un magasin de peinture à Vinaroz. Lors du procès, le vendeur a déclaré qu'aucun document n'était nécessaire pour acheter de l'acétone.⁷³ L'acide sulfurique a été acheté par une entreprise (Conforsa) où Mohamed Hychami travaillait jusqu'aux attentats et où El Houssaine Abouyaaqoub était stagiaire.⁷⁴ Par conséquent, un certain nombre d'opérations auraient dû déclencher la sonnette d'alarme si l'État espagnol avait appliqué les contrôles nécessaires.

En outre, le 25 mai 2017, les services de renseignement américains (National Counterterrorism Center) ont notifié aux forces de sécurité espagnoles un bulletin affirmant que l'État islamique « prévoyait de mener des attaques terroristes non spécifiées au cours de l'été dans des sites touristiques très fréquentés à Barcelone [...] en particulier, La Rambla ».⁷⁵ Ces informations étaient à l'époque considérées comme peu crédibles. Néanmoins, en juin 2015, le niveau d'alerte terroriste en Espagne est resté

71 Arrêt (n 62), p. 812.

72 *Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción núm.4, Diligencias Previas 60/2017*, Ordonnance du 25 septembre 2017, 1.

73 Arrêt (n 62), p. 816.

74 Arrêt (n 62), p. 821.

75 Enric Hernández (2017), « Los Mossos recibieron la alerta de atentado en Barcelona de la CIA el 25 de mayo », *El Periódico*, 31 août 2017; et Enric Hernández (2017), « EEUU confirma que alertó a los Mossos », *El Periódico*, 1 septembre 2017.

à 4 sur 5, soit un « risque élevé d'attaque terroriste ». ⁷⁶ En effet, en 2017, la Catalogne concentrait environ 33 % du nombre total de djihadistes détenus ou tués en Espagne depuis 2013 (76/230).⁷⁷

Enfin, des journalistes spécialisés ainsi que des groupes de réflexion ont affirmé à plusieurs reprises que la coordination et l'échange d'informations entre les différents services de sécurité antiterroristes étaient « largement considérés, parmi les professionnels en faisant partie, comme limités, voire mauvais ». ⁷⁸ Parmi les exemples signalés dans la presse, le 8 mars 2016, un agent des *Mossos* a répondu par e-mail à une demande d'un agent de police de Vilvorde, en Belgique, concernant Es Satty. Es Satty était arrivé en Belgique pour tenter d'y obtenir un poste d'imam. Les deux agents se connaissaient d'un séminaire, de sorte que l'enquête n'a pas été effectuée par les voies officielles. Bien qu'Es Satty ait fait l'objet d'une enquête des forces de sécurité espagnoles (*Cuerpo Nacional de Policía et Guardia Civil*) dix ans auparavant, cette information n'est jamais parvenue aux *Mossos* catalans. En fait, il a été allégué que les autorités locales n'ont jamais reçu d'informations concernant le comportement d'Es Satty pendant son incarcération et n'ont jamais récupéré d'informations concernant d'autres enquêtes des services de renseignement qui n'ont pas abouti à des accusations formelles ou à des poursuites à l'encontre des personnes concernées.⁷⁹

En résumé, malgré l'absence d'allégations sérieuses sur l'implication directe ou la complicité dans les attentats, un certain nombre de revendications ont été soulevées concernant le manquement par les autorités espagnoles de leurs obligations en matière de prévention de ce type d'attentats. Le point le plus important est sans doute que les voies institutionnelles recherchées par les victimes et la société civile pour faire la lumière sur ces questions en suspens sont restées bloquées. L'enquête pénale ayant conduit à la condamnation de trois personnes liées à la cellule a évité de les prendre en considération. La presse rapporte que cette question n'a pas été examinée par le ministère public, au

76 Fernando Reinares & Carola García-Calvo, « Actividad yihadista en España, 2013-2017: de la Operación Cesto en Ceuta a los atentados en Cataluña », DT, n° 13/2017 (2017), Real Instituto Elcano, Madrid.

77 Base de Datos Elcano sobre Yihadistas en España (BDEYE).

78 Fernando Reinares & Carola García-Calvo, « Un análisis de los atentados terroristas en Barcelona y Cambrils », disponible à l'adresse suivante <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/un-analisis-de-los-atentados-terroristas-en-barcelona-y-cambrils/>. Voir également *OIET*, « Los atentados de Cataluña un año después. Reconstrucción de los acontecimientos, interrogantes y lecciones por aprender » (2018), 25, disponible à l'adresse suivante <https://observatoriotorismo.com/eedykaz/2020/08/Los-atentados-de-Cataluna-un-ano-despues.pdf>.

79 Voir Alissa Rubin *et al.*, « Quién era Abdelbaki Essati, el imam que forjó la célula terrorista de Barcelona », *NYT*, 24 août 2017, disponible à l'adresse suivante <https://www.nytimes.com/es/2017/08/24/espanol/quien-era-abdelbaki-essati-el-imam-que-forjo-la-celula-terrorista-de-barcelona.html>.

motif qu'elle dépassait le cadre de l'enquête sur les attentats.⁸⁰ Miguel Ángel Carballo (du ministère public devant l'*Audiencia Nacional*) a déclaré qu'il n'y avait aucune référence dans la procédure à une relation entre Es Satty et le Centre national de renseignement espagnol (CNI), à l'exception de la visite qu'un des agents du CNI lui a rendue en prison en 2014.⁸¹

Les tentatives de recours à d'autres ressources institutionnelles en Espagne ont également été infructueuses. En juillet 2019, l'ERC et le PDeCAT ont demandé une audition du président espagnol Pedro Sánchez devant le Congrès, afin qu'il explique les liens éventuels entre le Centre national de renseignement espagnol (CNI) et Abdelbaki Es Satty. Cette demande a été jugée irrecevable et l'audience n'a pas eu lieu. De plus, Junts, ERC, CUP, Bildu et Més Mallorca ont déposé une demande de création d'une commission spéciale d'enquête sur les attaques au sein du Congrès espagnol, également en réponse à ces déclarations. Pere Aragonès, président de la Catalogne, a également demandé à l'État espagnol de poursuivre l'enquête sur les attentats. Pourtant, plus de quatre ans après sa demande, le Congrès n'a jamais constitué cette commission spéciale.

Ces obstacles et omissions mettent directement en cause le droit à la vérité. Comme l'indique l'Ensemble de principes actualisé pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité, élaboré à la demande de la Commission des droits de l'homme des Nations unies, « Chaque peuple a le droit inaliénable de connaître la vérité sur les événements passés relatifs à la perpétration de crimes odieux, ainsi que sur les circonstances et les raisons qui ont conduit, par la violation massive ou systématique des droits de l'homme, à la perpétration de ces crimes. »⁸² Ce droit à la vérité « comprend donc une action positive de la part de l'État pour entreprendre un effort soutenu et systématique d'investigation et d'accumulation de preuves » pour les violations, *entre autres*, du droit à la vie et à l'intégrité physique en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme.⁸³ En particulier, il a été admis que le droit à la vérité fournit un mécanisme juridique permettant aux acteurs de faire pression sur les autorités

80 RTVE, « El excomisario Villarejo insinúa que el CNI estuvo detrás del atentado del 17A en Cataluña », 1 novembre 2022, disponible à l'adresse suivante <https://www.rtve.es/noticias/20220111/villarejo-cni-atentado-del-17a-cataluna/2253381.shtml>.

81 RTVE, « La Fiscalía descarta la relación entre el imán de Ripoll y el CNI en la investigación de los atentados del 17A », disponible à l'adresse suivante <https://www.rtve.es/noticias/20180808/fiscalia-descarta-relacion-entre-iman-ripoll-cni-investigacion-atentados-del-17a/1776600.shtml>.

82 Commission des droits de l'homme, E/CN.4/2005/102/Add.1 (2005), Principe 2.

83 Juan Méndez & Francisco J. Bariffi, « The Right to Truth, International Protection » *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, disponible à l'adresse suivante <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r17382.pdf> (emphase ajoutée).

de l'État afin qu'elles « divulguent (et non détruisent) les informations pertinentes »⁸⁴ et la progression des résultats des enquêtes.⁸⁵ Le fait que les autorités espagnoles aient jusqu'à présent refusé de faire face ouvertement et d'enquêter sur des allégations qui remettent en cause certains aspects des conclusions de la seule enquête criminelle sur ces événements ne respecte pas pleinement ces normes. Dans cette mesure, on peut affirmer que les autorités espagnoles n'ont pas respecté les exigences du droit international en matière de respect du droit à la vérité.

V. Conclusions

Ce chapitre examine en premier lieu la base juridique et le champ d'application du droit à la vérité tel qu'il s'applique à l'Espagne en vertu du droit international relatif aux droits de l'homme, en tant qu'obligation dans le cadre des systèmes européen et universel. Il identifie la source directe de ce droit dans les transitions latino-américaines en tant qu'instrument juridique permettant de faire la lumière sur les violations passées des droits de l'homme dans des contextes d'inaction de l'État et d'impunité générale. Il retrace ensuite son expansion au sein du système interaméricain et vers ses homologues européens et africains, pour être finalement reconnu dans le cadre du système universel. En résumé, il montre que ce droit implique en fin de compte l'obligation pour les États de mener des enquêtes impartiales, approfondies et rapides sur les violations des droits de l'homme et que son exécution nécessite une certaine forme de responsabilité. Ce droit fondamental est lié à la confiance des individus dans l'engagement des autorités de l'État à respecter l'État de droit, à leur fiabilité et à l'importance de la non-répétition de ces violations. Enfin, ce droit est détenu conjointement, ou de manière complémentaire, par les victimes individuelles et les collectifs qui peuvent avoir été blessés ou affectés par certains événements.

84 Marloes van Noorloos, « A Critical Reflection on the Right to the Truth About Gross Human Rights Violations », *Human Rights Law Review* (2021), 884, citant, entre autres, le « Rapport du Haut-Commissaire des Nations unies aux droits de l'homme, Meilleures pratiques pour la mise en œuvre du droit à la vérité », A/HRC/12/19 (2009) et le « Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition, A/HRC/30/42 (2015).

85 Voir, CIADH, *Myrna Mack Chang c. Guatemala* (Bien-fondé, réparations et frais) Série C 101 (25 novembre 2003), p. 275.

Ce cadre est utilisé comme point de départ pour examiner les réponses espagnoles à la violence faisant suite aux événements du 1er octobre 2017 et les attaques terroristes à Barcelone et Cambrils qui ont eu lieu au moment du « procès » catalan. Bien que ce chapitre souligne le contraste frappant entre les poursuites engagées contre les dirigeants catalans et les citoyens catalans et les poursuites engagées contre les policiers et les autres forces de sécurité, il reconnaît que les actions des victimes et de la société civile ont incité les autorités à lutter non seulement contre les actes de violence individuels mais aussi à examiner les allégations d'aspects systémiques de la violence et de la responsabilité potentielle des fonctionnaires de niveau intermédiaire. Dans cette mesure, il n'y a pas d'arguments suffisamment solides démontrant que l'Espagne n'a pas encore respecté ses obligations internationales en vertu du droit à la vérité.

En revanche, les autorités espagnoles ont refusé de faire face ouvertement à certains aspects des attentats terroristes de Barcelone et de Cambrils et d'enquêter de manière à respecter les exigences rigoureuses du droit à la vérité. Bien qu'il n'y ait pas de preuve sans équivoque d'une relation entre Abdelbaki Es Satty et le CNI, ni de lien entre le manquement de ses obligations positives et la possibilité de détecter le complot et d'empêcher les attentats, le blocage récurrent des tentatives d'enquête de ces questions affecte les victimes directes et le peuple catalan d'une manière qui porte atteinte à leur droit à la vérité tel qu'applicable et contraignant pour l'Espagne. Comme indiqué dans la partie 2 ci-dessus, le droit à la vérité n'appartient pas exclusivement aux individus directement affectés mais il a également une dimension collective et par là-même est un droit de groupe lié à la confiance du groupe dans les autorités publiques. Par conséquent, ces conclusions spécifiques, dans le contexte d'exemples plus larges de traitement différencié par le système juridique de la violence contre les manifestants et les individus catalans, comme documenté dans la partie 3 ci-dessus, semblent contribuer à étayer les allégations de défaillances systématiques ou généralisées dans le traitement d'un groupe objectivement identifiable, dans le cadre conceptuel récemment établi par la CJUE.

Confiance mutuelle, droits fondamentaux et « groupes objectivement identifiables »

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne dans le contexte catalan

La confiance mutuelle entre les États membres est un principe fondamental de l'Union européenne mais elle est depuis longtemps en conflit avec la protection des droits fondamentaux. Ce livre apporte un nouvel éclairage sur cette relation, depuis la nouvelle approche adoptée par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt de 2023 sur les hommes politiques catalans en exil (*Lluís Puig Gordi e.a.*). En permettant aux tribunaux nationaux d'examiner s'il existe dans d'autres États membres des « défaillances affectant des groupes objectivement identifiables » et en les autorisant à rejeter des mandats d'arrêt européens au regard de ce motif, la Cour a ouvert un nouvel espace pour la protection des droits de l'homme et notamment des droits des minorités dans l'UE. Les chapitres de ce volume rédigés par d'éminents juristes analysent le concept de « groupes objectivement identifiables », en particulier dans le contexte catalan qui l'a vu naître. En clarifiant le champ d'application et l'étendue de ce concept important, ils montrent comment il peut offrir une nouvelle opportunité pour l'approfondissement démocratique de l'UE.

Édité par Neus Torbisco Casals

Carles Puigdemont i Casamajó
Membre non inscrit du Parlement européen

Les auteurs sont les seuls responsables du contenu de ce livre.
Le Parlement européen n'est pas responsable de l'usage qui
pourrait être fait des informations contenues dans celui-ci.

Ce livre n'est pas à vendre / est distribué gratuitement

