



HAL
open science

Le référendum d'indépendance, catalyseur de la création de frontières ?

Emanuel Castellarin

► **To cite this version:**

Emanuel Castellarin. Le référendum d'indépendance, catalyseur de la création de frontières ?. Politique des frontières, 2018. hal-02490163

HAL Id: hal-02490163

<https://hal.science/hal-02490163v1>

Submitted on 24 Feb 2020

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

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

Le référendum d'indépendance, catalyseur de la création de frontières ?

Emanuel Castellarin

Les référendums d'indépendance sont à la mode, comme l'ont illustré récemment les consultations très médiatiques organisées au Kurdistan irakien (25 septembre 2017) ou en Catalogne (1^{er} octobre 2017). En apparence, le procédé est simple : il s'agit du vote par lequel la population d'un territoire rattaché à un État se prononce directement sur la proposition de se constituer en nouvel État. Néanmoins, l'essor des référendums d'indépendance fait émerger de redoutables questions théoriques et pratiques qui sont le reflet d'un certain malaise face aux structures actuelles de la société internationale : confrontés aux frontières actuelles, certains promeuvent la création de nouvelles frontières.

Les ambiguïtés du référendum

Un examen superficiel de la pratique internationale démontre d'emblée que, si l'objectif affiché des référendums d'indépendance est toujours le même (se prononcer sur la création d'un nouvel Etat), leurs modalités et les contextes dans lesquels ils interviennent sont très variés. Le terme « référendum » est lui-même ambigu. A la rigueur, il ne devrait s'appliquer qu'aux votes décisionnels, c'est-à-dire ceux dont l'effet juridique est obligatoire, les autres étant de simples consultations. Toutefois, la complexité du cadre juridique et l'importance pratique des considérations politiques par rapport aux considérations juridiques brouillent la distinction, si bien que le terme « référendum » est largement utilisé depuis la décolonisation pour désigner les consultations. Non seulement la pratique internationale récente a renforcé la tendance générale en faveur des référendums d'indépendance, mais elle a également fait émerger la différence qui sépare les référendums organisés avec l'accord de l'Etat et les référendums organisés de manière autonome par des collectivités territoriales, voire par des personnes privées, en violation du droit interne.

Comme les plébiscites d'annexion dans l'évolution des frontières européennes (surtout après 1919) et comme les référendums d'autodétermination dans le cadre de la décolonisation, le référendum d'indépendance joue un rôle important dans la création de nouveaux Etats dans le monde postcolonial. Depuis 1991, le référendum d'indépendance a été une étape dans la création de la très grande majorité des nouveaux États, notamment lors de la dislocation de l'URSS et de la Yougoslavie. La création de nouveaux Etats sans recours au référendum d'indépendance, comme la dissolution de la Tchécoslovaquie en 1992 ou l'établissement plus contesté d'un Etat au Kosovo, fait figure d'exception. Les deux derniers Etats admis comme membres de l'Organisation des Nations Unies, le Monténégro en 2006 et du Soudan du Sud en 2011, ont accédé à l'indépendance après des référendums favorables à l'indépendance¹, organisés avec l'accord de la Serbie-et-Monténégro et du Soudan.

Lorsque le référendum est organisé de manière conforme au droit interne, voire d'un commun accord entre les indépendantistes et l'Etat, son résultat peut être accepté plus facilement par la communauté internationale. En dépit des incertitudes alors existantes sur sa constitutionnalité en droit canadien, le référendum tenu au Québec le 30 octobre 1995 a été pour le moins toléré par l'Etat : le Premier ministre canadien a conduit le Comité pour le « non »². La consultation organisée en Ecosse le 18 septembre 2014 était encadrée par une loi

¹ Les voix favorables à l'indépendance ont été respectivement 55,4%, avec un taux de participation 86,3% (Monténégro) et 98,8% avec un taux de participation de 97,6% (Soudan du Sud).

² Les voix contraires à l'indépendance ont été 50,6%, avec un taux de participation de 93,5%.

du parlement écossais fondée sur un accord avec le gouvernement britannique³. Cependant, une nouvelle consultation est envisagée compte tenu du processus de retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne (« Brexit »), lui-même déclenché par la consultation du 23 juin 2016. Dans le cadre du droit français, une consultation sur l'accession à la pleine souveraineté doit avoir lieu en 2018 sur le fondement du Titre XIII de la Constitution et du titre IX de la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie du 19 mars 1999.

Cependant, le référendum d'indépendance s'insère souvent dans des processus sécessionnistes contestés, car ils se déroulent en dehors, voire en rupture, de l'ordre juridique de l'Etat. Dans certains cas, l'appui d'un autre Etat à l'organisation du référendum par la présence d'agents militaires ou paramilitaires, rend illicite en droit international la reconnaissance de ses effets. Ainsi, des consultations organisées avec l'appui direct ou indirect de la Russie dans plusieurs territoires sécessionnistes de l'espace post-soviétique (en Transnistrie en 1991 et en 2006, en Ossétie du Sud en 1992 et en 2006, en Crimée et dans le Donbass en 2014), ont suscité de vives protestations et réactions de la communauté internationale qui refuse de manière quasi-unanime de reconnaître les situations qui en sont issues.

Dans d'autres cas, des référendums d'indépendance sont organisés de manière autonome par des collectivités territoriales, *praeter legem* ou *contra legem* en droit interne, mais sans violer aucune norme de droit international. Vote inconstitutionnel qui se veut consultatif, comme celui du 9 novembre 2014 en Catalogne, ou obligatoire, comme celui du 1^{er} octobre 2017 toujours en Catalogne, il peut s'insérer aux yeux des indépendantistes dans un processus constituant. Pour les autorités indépendantistes, le référendum d'indépendance est censé apporter une légitimité démocratique opposable au fonctionnement de l'Etat constitué, lui-même souvent fondé sur les principes démocratiques dans le cadre de l'Etat de droit. S'agissant avant tout d'un processus politique, seule l'évolution des événements peut permettre une qualification juridique externe et nécessairement rétrospective. Cette situation très délicate sur le plan politique est celle de la Catalogne et du Kurdistan irakien en 2017.

Le référendum d'indépendance est un facteur potentiel d'horogénèse, c'est-à-dire de création de frontières⁴. Il peut potentiellement être utilisé dans les processus sécessionnistes toujours en cours en Europe et ailleurs et, par un phénomène d'émulation, pour renforcer ces processus. Ainsi, une nouvelle Constitution des Iles Féroé devrait être soumise à référendum en 2018. Si elle était approuvée, elle prévoirait l'organisation d'un référendum sur le renforcement de l'autonomie dans le cadre du Danemark, voire sur l'indépendance, ce qui soulèverait certainement des problèmes en droit constitutionnel danois. En Vénétie, une loi régionale de 2014 prévoyant l'organisation d'une consultation sur l'indépendance a été déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle italienne en 2015. Dans le cadre d'autres processus sécessionnistes, un référendum d'indépendance est parfois envisagé, comme en Flandre ou, de manière plus velléitaire, à Hong Kong ou en Californie.

Instrument consensuel ou contesté, le référendum d'indépendance est devenu central dans la promotion et dans la gestion des demandes tendant à la création de nouveaux Etats et donc de nouvelles frontières. Comme tout référendum⁵, le référendum d'indépendance est paradoxal par nature, ce qui contribue sans doute à son essor. Instrument puissant mais facile à dévoyer, qui propose une réponse binaire à des problématiques complexes, il se situe à la frontière de la démocratie et de la démagogie. Cette étude ne se propose pas d'évaluer l'ensemble de ses avantages et de ses inconvénients, mais d'analyser son encadrement en droit international. Cet

³ Les voix contraires à l'indépendance ont été 55,3%, avec un taux de participation de 84,6%.

⁴ Le terme est employé par Michel Foucher, *Fronts et frontières*, Fayard, 1988, p. 23.

⁵ Dominique Rousseau, « L'équivoque référendaire », *La vie des idées*, 22 avril 2014 (<http://www.laviedesidees.fr/L-equivoque-referendaire.html>).

encadrement favorise-t-il l'utilisation du référendum d'indépendance pour la création de nouveaux Etats et donc de nouvelles frontières ?

La pratique contemporaine du référendum d'indépendance lègue peut-être à l'avenir du droit international la possibilité d'un encadrement juridique de la création et de la définition de l'Etat, phénomène qui relève traditionnellement uniquement des rapports de force (I). Toutefois, les contraintes que le droit international positif pose à l'organisation et aux effets des référendums d'indépendance ne sont pas négligeables. Par conséquent, un référendum d'indépendance libre et régulier qui obtiendrait une réponse positive tout en étant organisé sans le consentement de l'Etat, reste improbable (II). Cela contribue à expliquer la facilité, voire la nécessité, de dévoyer le référendum d'indépendance de son objectif, c'est-à-dire de l'expression de la volonté d'une population sur la proposition de se constituer en nouvel Etat. D'une certaine manière, le droit international encourage subtilement à utiliser le référendum d'indépendance pour obtenir des concessions dans le cadre de l'Etat existant (III).

Le référendum d'indépendance idéalisé

Traditionnellement, l'existence et donc la création d'un Etat sont considérées comme des faits, en ce sens qu'elles ne résultent pas de l'application du droit. Cette vision reste en partie valable car il s'agit de phénomènes que le droit n'encadre que partiellement. Cependant, les processus sécessionnistes ne se produisent pas dans un vide juridique : le droit objectif applicable à la sécession comprend tant des normes de droit interne que des normes de droit international.

Le droit international en la matière est essentiellement coutumier. Sur le plan substantiel, il n'a pas évolué de manière significative depuis la décolonisation. D'une part, la création d'un nouvel Etat est interdite si elle résulte de la violation de normes de droit international, notamment de la règle interdisant l'emploi de la force dans les relations interétatiques de manière incompatible avec la Charte des Nations Unies. D'autre part, le droit subjectif de se constituer en Etat indépendant (autodétermination externe) ne s'applique qu'à des situations aujourd'hui très limitées, car liées essentiellement à la décolonisation (peuples soumis à la colonisation, à l'apartheid ou à l'occupation étrangère). Dans la plupart des situations dans lesquelles un référendum d'indépendance est envisageable, la sécession n'est ni interdite, ni protégée par le droit international. Elle est un simple fait non illicite, pourvu qu'aucune norme de droit international ne soit violée⁶.

La neutralité de principe du droit international par rapport aux processus sécessionnistes laisse une marge de manœuvre étendue aux acteurs concernés, c'est-à-dire aux indépendantistes, à l'Etat et aux autres sujets de droit international qui sont susceptibles d'influencer le processus, notamment par la reconnaissance d'un nouvel Etat. Du point de vue du droit international, le droit interne de l'Etat confronté au processus sécessionniste relève, en principe, du fait et il est donc dépourvu de portée normative. D'ailleurs, la plupart des processus sécessionnistes sont susceptibles d'affecter les intérêts non seulement de cet Etat, mais aussi d'autres sujets de droit international : ils ne relèvent pas de plein droit du domaine réservé de l'Etat. Cependant, le faible encadrement substantiel du processus sécessionniste par le droit international tend à faire coïncider le droit applicable avec le droit interne de l'Etat.

Ainsi, le droit interne applicable à la sécession et notamment au référendum d'indépendance a une grande importance pratique. Sans surprise, les seuls référendums d'indépendance dont le principe a été accepté clairement et sans protestation dans la communauté internationale ont été

⁶ Cour internationale de justice, *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis consultatif du 22 juillet 2010, §§ 79-84.

organisés avec l'accord de l'Etat concerné (Québec, Monténégro, Soudan du Sud, Ecosse, Nouvelle-Calédonie). Certes, cette situation est souvent le résultat de tensions politiques importantes, car elle implique qu'un résultat favorable à l'indépendance ne soit pas illicite selon l'ordre juridique interne. Or, les droits constitutionnels nationaux qui prévoient dès l'origine le droit de sécession (et souvent les conditions essentielles de son exercice) sont très minoritaires. Par conséquent, l'encadrement national du référendum suppose souvent une modification importante du droit interne qui, loin de relever uniquement de l'aménagement technique, est le reflet d'un nouvel ordre constitutionnel. Ainsi, la consultation écossaise de 2014 est remarquable, non seulement par son objet, mais aussi parce qu'elle illustre l'engouement pour cet instrument dans un système constitutionnel qui, étant fondé sur la souveraineté parlementaire, lui est traditionnellement réfractaire. Parfois, l'inclusion du référendum d'indépendance en droit interne s'appuie également sur des conventions au statut ambigu sur le plan constitutionnel et international, comme l'accord de Nouméa du 5 mai 1998 pour la Nouvelle-Calédonie et l'accord de Naivasha du 9 janvier 2005 pour le Soudan du Sud.

Lorsqu'il a été possible, l'encadrement du référendum d'indépendance par le droit interne a permis de l'organiser selon des modalités et avec des garanties dont la communauté internationale s'est satisfaite. En réalité, l'inégale puissance de l'Etat constitué et des indépendantistes peut toujours faire craindre que, sans l'implication de participants tiers à l'ensemble du processus sécessionniste, les modalités d'organisation du référendum ne soient structurellement biaisées. D'ailleurs, le principe même de l'organisation du référendum dépend, dans une certaine mesure, du bon vouloir de l'Etat qui risque d'en subir les conséquences. Par exemple, en droit français un référendum d'indépendance reste inconstitutionnel en dehors du cas de la Nouvelle-Calédonie dont le statut constitutionnel n'est pas sans lien avec le statut international de territoire non autonome selon l'article 73 de la Charte des Nations Unies. Malgré l'utilité évidente du droit interne pour des référendums de bonne qualité démocratique, les référendums d'indépendance qui reposent uniquement sur le droit interne présentent inévitablement un inconvénient, à tout le moins théorique : l'Etat y est à la fois juge et partie.

Face à ce constat, la pratique récente du référendum d'indépendance ouvre de nouvelles perspectives pour l'évolution du droit international relatif aux sécessions et, plus généralement, au principe d'autodétermination des peuples. Plus particulièrement, cette pratique attire l'attention sur les aspects procéduraux de l'autodétermination, c'est-à-dire sur les modalités de la prise de décision collective, plutôt que sur ses effets substantiels. Alors que la question du droit à la sécession mène rapidement à des impasses, la question de la gestion des processus sécessionnistes par des instruments procéduraux ouvre des perspectives novatrices. Les référendums d'indépendance contemporains sont beaucoup plus qu'une version contemporaine des plébiscites d'annexion ou des référendums d'autodétermination. A la différence des premiers, ils ne visent pas simplement à confirmer une cession de territoire d'initiative intergouvernementale. A la différence des seconds, en dehors de la décolonisation ils ne constituent pas l'exercice d'un droit à l'autodétermination externe, reconnu de manière restrictive car lié à des phénomènes illicites en droit international.

Puisque son organisation suppose l'encadrement juridique d'une prise de décision collective, le référendum d'indépendance peut contribuer à la promotion de la prééminence du droit dans la société internationale, où la régulation par la puissance reste fréquente. Puisqu'il permet la participation semi-directe de la population aux affaires politiques et puisqu'il suppose un certain pluralisme pour le moins binaire, le référendum d'indépendance peut contribuer à la promotion des principes démocratiques. Ceux-ci seraient mis en œuvre non seulement dans le cadre d'un Etat existant, mais aussi en vue de l'établissement éventuel d'un nouvel Etat. En définitive, le référendum d'indépendance peut être le vecteur de principes libéral-démocratiques.

Du point de vue du droit international, à quelles conditions cette possibilité peut-elle se réaliser ? Trois paramètres contribuent à la réponse. En premier lieu, il faut vérifier les effets juridiques du référendum d'indépendance qui pourrait être une condition pour la création de nouveaux Etats. En deuxième lieu, cela suppose l'identification de standards procéduraux qui permettent de considérer objectivement un référendum d'indépendance comme légitime, c'est-à-dire abstraitement apte à produire des effets juridiques. En troisième lieu, le droit international pourrait aller jusqu'à favoriser l'organisation de référendums d'indépendance dès lors qu'une partie significative de la population le demande. Ces paramètres sont à apprécier séparément, de manière non nécessairement cumulative. Par exemple, pourvu qu'il soit organisé dans des conditions qui en assurent la légitimité, le référendum d'indépendance peut contribuer à la promotion des principes libéral-démocratiques même en l'absence d'un « droit au référendum ». Au contraire, un référendum d'indépendance érigé en condition pour la création d'un Etat, voire dont l'organisation serait un droit subjectif, ne contribuerait pas à la promotion des principes libéral-démocratiques s'il n'était pas organisé selon des critères de légitimité bien établis.

Le référendum d'indépendance encadré

Malgré les espoirs qu'il peut susciter, le droit international positif est loin de permettre l'épanouissement du référendum d'indépendance vecteur de principes libéral-démocratiques.

Quels effets juridiques pour le référendum d'indépendance ?

Certains auteurs envisagent le référendum d'indépendance comme condition nécessaire pour la création d'un nouvel Etat en dehors de la décolonisation⁷, mais la doctrine n'est pas unanime sur ce point. La pratique depuis les années 1990 n'est pas totalement uniforme et pourrait ne pas s'accompagner de l'*opinio juris*, si bien que de nouveaux Etats pourraient sans doute encore être créés sans référendum d'indépendance. La dissolution consensuelle d'un Etat existant, comme ce fut le cas pour la Tchécoslovaquie, ou la création d'un Etat à la suite d'élections locales dont la campagne électorale est centrée sur la question de la sécession, comme au Kosovo en 2008, ne semblent pas illicites. Qui plus est, on ne peut pas affirmer avec certitude que ces procédures constitueraient des dérogations à la solution de principe que serait le référendum d'indépendance. Les modalités de création des nouveaux Etats restent si peu encadrées par le droit international que, à supposer qu'aucune autre norme de droit international ne soit violée, il est même difficile de démontrer qu'un procédé démocratique quelconque est une condition nécessaire pour la création d'un nouvel Etat, bien que l'hypothèse contraire soit difficile à envisager.

En revanche, il est certain que le référendum d'indépendance n'est pas une condition suffisante de l'indépendance, car il ne peut pas constituer de plein droit un nouvel Etat. Les effets juridiques des référendums d'indépendance sont donc nécessairement plus limités. Certaines consultations sont nécessairement dépourvues de tout effet juridique, car elles s'insèrent dans le cadre d'une violation du droit international. Tel est le cas du « référendum

⁷ Anne Peters, « *Sense and Nonsense of Territorial Referendums in Ukraine, and Why the 16 March Referendum in Crimea Does Not Justify Crimea's Alteration of Territorial Status under International Law* », 16 avril 2014 ; « *Populist International Law? The Suspended Independence and the Normative Value of the Referendum on Catalonia* », 12 octobre 2017, *EJIL: Talk !* (<www.ejiltalk.org>).

d'annexion » du 16 mars 2014 sur le rattachement de la Crimée à la Russie, qui résulte du recours à la menace ou à l'emploi de la force contre l'intégrité territoriale de l'Ukraine⁸.

D'autres référendums d'indépendance peuvent avoir un effet obligatoire, établi et limité par le droit interne. Ainsi, l'article 4 de la loi monténégrine de 2001 sur le référendum, appliquée au référendum d'indépendance de 2006, prévoit que le référendum a effet obligatoire pour l'assemblée qui l'a convoqué. Cependant, le droit interne ne reconnaît pas toujours un effet obligatoire au référendum d'indépendance. Dans le cas de la Nouvelle-Calédonie, la consultation n'a par définition pas d'effet obligatoire, mais selon l'article 217 de la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie du 19 mars 1999, jusqu'à deux nouvelles consultations peuvent être organisées si la première rejette l'accession à la pleine souveraineté. Quant au *Scottish Independence Referendum Act* de 2013, il ne précise pas les effets du référendum, qu'il faut donc considérer comme une consultation.

En dehors de ces situations où les effets juridiques du référendum d'indépendance sont bien définis, les effets juridiques d'un référendum non illicite en droit international et organisé selon les standards internationaux, mais éventuellement en violation du droit de l'Etat existant, sont incertains. L'effet juridique minimal qui semble s'imposer pour tout référendum d'indépendance non illicite en droit international et organisé selon les standards internationaux est une obligation de prise en compte. Ainsi, en 1920 une pétition signée par la majorité des habitants des Iles Åland, analogue à un plébiscite d'annexion en ce qu'elle souhaitait le rattachement à la Suède et non à la Finlande, fut prise en compte dans les recommandations du Conseil de la Société des Nations qui aboutirent à un accord entre la Suède et la Finlande établissant notamment un statut spécial d'autonomie pour les îles. En droit international positif, il est difficile d'identifier des effets juridiques supplémentaires, mais ceux-ci peuvent exister en droit interne. Selon la Cour suprême canadienne, saisie de la question de la sécession du Québec : « un vote qui aboutirait à une majorité claire au Québec en faveur de la sécession, en réponse à une question claire, conférerait au projet de sécession une légitimité démocratique que tous les autres participants à la Confédération auraient l'obligation de reconnaître » et entraînerait une obligation de négocier⁹. A l'avenir, cette solution fondée sur le droit constitutionnel canadien pourrait inspirer d'autres ordres juridiques nationaux, voire déclencher une évolution du droit coutumier.

Néanmoins, pour les référendums d'indépendance illicites en droit interne, les effets juridiques tendent à s'effacer devant les effets politiques. Sur le plan politique, tout référendum illicite en droit interne mais non illicite en droit international et organisé selon les standards internationaux, qui aboutirait à une majorité claire en faveur de l'indépendance (à la fois en termes de taux de participation et de résultat), aurait probablement des conséquences politiques. Toutefois, les incertitudes juridiques sont telles que, avant que sur les effets, des doutes peuvent porter sur les modalités de déroulement, sur les résultats et généralement sur l'effectivité du cadre juridique applicable. Par exemple, selon l'article 4 § 3 de la loi catalane du 6 septembre 2017 sur le référendum d'autodétermination, le référendum du 1^{er} octobre avait effet obligatoire. En cas de résultat positif, le Parlement de Catalogne était tenu de déclarer l'indépendance de la Catalogne au plus tard dix jours après la proclamation des résultats. Cependant, l'application de la loi a été suspendue par le Tribunal constitutionnel espagnol le 7

⁸ Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 68/262, *Intégrité territoriale de l'Ukraine*, 27 mars 2014 (A/RES/68/262) ; Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), avis n° 762/2014, *Avis sur la compatibilité avec les principes constitutionnels de la décision du Conseil suprême de la République autonome de Crimée en Ukraine de tenir un référendum sur la question de devenir un territoire constitutif de la Fédération de Russie ou de restaurer la Constitution de la Crimée de 1992*, 21 mars 2014 (CDL-AD(2014)002), § 22. L'indépendance de la République autonome de Crimée et de la ville de Sébastopol avait été déclarée le 11 mars 2014 par le parlement de Crimée.

⁹ Cour suprême du Canada, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, 20 août 1998, réponse 1 et § 151.

septembre 2017, en attendant l'inévitable constat de son inconstitutionnalité. Le résultat ayant été positif selon les autorités catalanes¹⁰, la déclaration d'indépendance aurait été adoptée le 10 octobre 2017, mais ses effets auraient été suspendus par le Président de la Généralité de Catalogne. Dans un contexte de forte incertitude juridique, la déclaration d'indépendance aurait été définitivement adoptée le 27 octobre. Déclarée inconstitutionnelle par le Tribunal constitutionnel espagnol, la déclaration n'a pas abouti à la constitution d'un Etat. Dans le cadre du régime de l'article 155 de la Constitution espagnole, le parlement et l'exécutif de Catalogne ont été dissous, et de nouvelles élections se sont tenues le 21 décembre 2017.

En tout état de cause, la seule volonté de la population concernée exprimée lors d'un référendum d'indépendance ne suffit pas à déterminer sa constitution en Etat. Il est vrai que l'existence d'un Etat suppose une dimension subjective qui se manifeste typiquement par une déclaration d'indépendance, dont le référendum d'indépendance peut être un préalable. Toutefois, le droit international reste marqué par l'effectivité et par les relations interétatiques, héritage de l'indifférence westphalienne aux souhaits des populations. Ainsi, l'Etat est défini essentiellement par des éléments constitutifs objectifs : une population permanente, un territoire déterminé, un gouvernement, la capacité à entrer en relations avec d'autres États¹¹.

En outre, un Etat ne doit pas être constitué en violation de normes de droit international, notamment l'interdiction de la menace et de l'emploi de la force dans les relations interétatiques de manière incompatible avec la Charte des Nations Unies. Puisque cette norme est impérative (*jus cogens*), seule la communauté internationale des Etats dans son ensemble peut y déroger. En revanche, elle ne peut subir de dérogations par un accord interétatique, ni *a fortiori* par un acte unilatéral. En d'autres termes, un référendum d'indépendance ne suffit en aucun cas à rendre licites une modification illicite des frontières existantes. De même, la libre détermination de nouvelles frontières par un référendum d'indépendance est limitée par le principe *uti possidetis*, qui érige les anciennes frontières administratives en frontières internationales. S'agissant d'une norme coutumière ordinaire, un accord interétatique peut déroger au principe *uti possidetis*, mais un Etat et *a fortiori* une population ne peuvent pas y déroger de manière unilatérale.

En définitive, loin de se traduire en un changement radical de logique du droit international, le référendum d'indépendance reste un facteur parmi d'autres dans le processus de création des Etats.

Quels standards procéduraux pour le référendum d'indépendance ?

Quant aux standards procéduraux que le référendum d'indépendance doit remplir pour être considéré comme légitime, le droit international comprend des certitudes et des indications utiles, mais aussi des incertitudes et des zones d'ombre. Surtout au niveau régional, des standards et des recueils de bonnes pratiques donnent un contenu, certes non obligatoire mais suffisamment précis, à l'idée selon laquelle un référendum d'indépendance n'est légitime que s'il est libre et régulier. Parmi ces standards, certains sont bien établis car ils dépassent le référendum d'indépendance, voire le référendum tout court, comme ceux relatifs au déroulement de la campagne électorale, au déploiement d'observateurs internationaux, *etc.* D'autres standards semblent s'appuyer sur une pratique internationale suffisamment univoque. Ainsi, le référendum d'indépendance se tient normalement dans les limites territoriales de l'Etat dont l'éventuelle indépendance est proposée, et non dans l'ensemble du territoire de l'Etat existant.

¹⁰ Les voix favorables à l'indépendance auraient été 90,2%, avec un taux de participation de 43%.

¹¹ Article premier de la Convention de Montevideo de 1933, considéré comme reflétant le droit coutumier.

Cependant, sur certaines questions les standards sont incertains voire contradictoires. Par exemple, la Commission européenne pour la démocratie par le droit (connue comme Commission de Venise, un organe consultatif du Conseil de l'Europe) déconseille, de manière générale, d'établir un taux minimum (*quorum*) de participation pour la validité des référendums, car cette solution « assimile les abstentionnistes aux partisans du non »¹². Toutefois, la Commission a approuvé la loi encadrant le référendum au Monténégro en 2006, qui prévoyait un *quorum* de 50%¹³. De nombreuses questions se posent aussi sur les critères d'attribution du droit de vote (aux résidents et aux individus résidents à l'étranger qui ont un rattachement avec la communauté concernée), sur la majorité à exiger pour que le référendum produise des effets juridiques, etc. Plus généralement, les modalités qui permettraient d'éviter que le référendum d'indépendance consiste en un choix binaire et instantané, lui permettant de se transformer en véritable processus décisionnel proche de la démocratie directe, sont principalement théoriques. La créativité des acteurs et la variété des situations donnent parfois lieu à des consultations originales, différentes à la fois du référendum d'indépendance et du référendum sur les compétences ou sur la nature de collectivités territoriales dans le cadre d'un Etat, mais aucun standard international n'encadre spécifiquement ces démarches. Une série de référendums étalés dans le temps (comme permis par l'accord de Nouméa concernant la Nouvelle-Calédonie) ou dans l'espace (comme les plébiscites « en cascade » pour la délimitation du canton du Jura entre 1974 et 1976) est rarement envisagée de manière officielle, si bien qu'aucun standard international n'existe à ce sujet.

Surtout, le droit international ne peut établir des critères véritablement objectifs de légitimité des référendums d'indépendance qu'en faisant abstraction de leur licéité en droit interne. Du point de vue du droit international, les référendums d'indépendance illicites en droit interne qui ne sont pour autant pas illicites en droit international ne peuvent être libres que si la compétition électorale garantit l'égalité de chances entre l'indépendance et le maintien dans l'Etat existant. A supposer la régularité du référendum, c'est-à-dire le respect de critères procéduraux purement techniques, il est alors impossible d'en assurer à la fois la liberté et la légalité. Or, les standards internationaux actuels sont orientés essentiellement vers la promotion de l'Etat de droit, c'est-à-dire vers la prééminence du droit dans le cadre de l'Etat. Par conséquent, leur application est la plus difficile précisément dans des situations où l'encadrement par le droit international serait particulièrement utile car, comme l'illustre la consultation du 1^{er} octobre 2017 en Catalogne, le droit de l'Etat est contesté et l'Etat de droit est mis à l'épreuve.

Le « droit de décider » existe-t-il ?

Dans le cadre de certains processus sécessionnistes, de nombreux acteurs ont insisté sur l'exigence, politique avant que juridique, de permettre à la population intéressée de se prononcer sur son avenir par un référendum d'indépendance. Un débat particulièrement vivace, notamment sur le plan du droit constitutionnel, a lieu en Espagne, notamment sous l'impulsion des mouvements basques et catalans. La création en juin 2013, à l'initiative de la Généralité de Catalogne, d'un « Pacte national pour le droit de décider » illustre les tentatives de traduire en termes juridiques ces aspirations. Concevoir l'organisation d'un référendum d'indépendance comme droit subjectif suppose l'existence d'une obligation correspondante d'organiser un référendum d'indépendance. Or, le droit international positif ne prévoit pas d'obligation générale d'organiser des référendums d'indépendance.

¹² Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), étude n° 371/2006, *Code de bonne conduite en matière référendaire*, 19 mars 2007 (CDL-AD(2007)008), § III.7.

¹³ Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), avis n° 343/2005, *Avis sur la compatibilité avec les normes internationales applicables de la législation en vigueur au Monténégro concernant l'organisation de référendums*, 19 décembre 2005 (CDL-AD(2005)041), §§ 19-28.

Cette obligation est inexistante même pour le choix des territoires non autonomes entre indépendance, association à un État existant et intégration à un État existant. Ce régime a aujourd'hui un faible intérêt pratique, mais il est utile de le comparer aux processus de sécession en dehors de la décolonisation. Le droit coutumier reflété par la résolution 1541 de l'Assemblée générale des Nations Unies favorise l'accession à l'indépendance, en ce sens qu'il n'exige pas des modalités particulières pour produire ce résultat. Pour l'association, il exige un « choix libre et volontaire des populations des territoires en question, exprimé selon des méthodes démocratiques et largement diffusées » ; pour l'intégration à un État existant, un « désir librement exprimé des populations du territoire, pleinement conscientes du changement de leur statut, la consultation se faisant selon des méthodes démocratiques et largement diffusées, impartialement appliquées et fondées sur le suffrage universel des adultes » pour l'intégration¹⁴. Dans ce cadre, l'organisation d'un référendum est compatible avec les trois options et présente des avantages pratiques, mais elle ne relève pas d'un droit subjectif car elle n'est pas la seule option licite.

Dans les cas où l'autodétermination externe n'est pas un droit, ni le droit conventionnel ni le droit coutumier n'établissent une obligation générale d'organiser des référendums d'indépendance. Cela est compatible avec la neutralité d'ensemble du droit international à l'égard des processus sécessionnistes. Il est vrai que le « droit de décider » correspond en partie à des droits reconnus par le droit international tant à l'échelle internationale qu'à l'échelle régionale, comme le droit de vivre dans une société démocratique, le droit d'expression, *etc.* On peut accepter la proposition doctrinale selon laquelle à ces droits correspond une obligation de prise en compte des demandes de la population, y compris lorsqu'elles tendent vers l'indépendance¹⁵. Cependant, même en Europe cela n'atteint pas le seuil du droit subjectif à l'organisation d'un référendum d'indépendance. Le droit européen ne déroge pas à l'absence d'obligation d'organiser un référendum d'indépendance. Au contraire, selon l'article 4 § 2 du Traité sur l'Union européenne, l'Union respecte l'identité nationale des États membres, « inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles », y compris les normes de droit interne relatives à l'interdiction de la sécession et des actions qui peuvent la préparer. Confrontée à la situation catalane, l'Union européenne a essentiellement rappelé au respect du droit espagnol.

Il est possible que les sociétés démocratiques évoluent vers une protection accrue des droits individuels, y compris lorsque leur exercice implique l'organisation d'un référendum d'indépendance. Cependant, envisager l'organisation d'un tel référendum comme un droit subjectif implique nécessairement l'identification de son titulaire, qui risque de s'avérer difficile. Sur le plan théorique, cela peut coïncider avec un questionnement sur la notion de peuple ou de nation, pour lesquels il est difficile de concevoir une véritable définition juridique. Sur le plan pratique, ce questionnement peut être remplacé par celui, plus technique, sur les conditions de l'initiative référendaire et plus généralement sur l'encadrement du référendum d'indépendance. Toutefois, ces questions sont impossibles à distinguer de celles relatives à la licéité de la sécession et doivent donc généralement tenir compte d'obstacles de droit interne.

¹⁴ Assemblée générale des Nations Unies, *Principes qui doivent guider les États Membres pour déterminer si l'obligation de communiquer des renseignements, prévue à l'alinéa e de l'Article 73 de la Charte, leur est applicable ou non*, Résolution 1541 (XV), 15 décembre 1960 (A/RES/1514 (XV)), principes VII et IX.

¹⁵ Jan Klabbers, « The Right to be Taken Seriously: Self-Determination in International Law », *Human Rights Quarterly*, vol. 28, n° 1, 2006, pp. 186-206 ; Christine Bell, « International law, the Independence Debate, and Political Settlement in the UK », in Aileen Mc Harg, Tom Mullen, Alan Page, Neil Walker (dir.), *The Scottish Independence Referendum. Constitutional and Political Implications*, Oxford University Press, 2016, p. 197-222, p. 202.

Le référendum dévoyé

La neutralité du droit international en ce qui concerne les référendums d'indépendance et plus généralement les sécessions, se combinant avec le droit interne, est plutôt favorable au maintien du *statu quo*. Le référendum d'indépendance n'est en aucun cas une condition suffisante pour la création d'un Etat. Les standards procéduraux de sa légitimité sur le plan international, sans être totalement obscurs, n'assurent pas une sécurité juridique suffisante. En l'absence d'une obligation internationale d'organiser un référendum d'indépendance à la demande d'une partie de la population, son organisation est tributaire du droit interne et donc de l'Etat. A l'évidence, celui-ci n'est disposé à l'organiser que dans des cas exceptionnels et strictement encadrés.

Lorsque la sécession est illicite en droit interne, le droit international ne favorise pas les indépendantistes, du moins en l'absence de violations graves des droits fondamentaux. Comme le démontre la situation catalane, seule la répression par l'Etat, qui est avant tout une manifestation de l'Etat de droit, est en mesure de susciter une véritable sympathie pour la démarche indépendantiste dans l'opinion publique internationale. Or, cela ne suffit pas à infléchir l'appréciation juridique de la situation : la consultation du 1^{er} octobre 2017 ne peut être qualifiée de référendum libre et régulier conforme aux standards internationaux. Il est juridiquement indifférent que les entraves mises en œuvre par l'Etat aient contribué de manière déterminante à la méconnaissance des standards internationaux. Dans tous les cas, en pratique l'organisation d'un référendum libre et régulier conforme aux standards internationaux est difficilement concevable sans le contrôle du territoire concerné, y compris en ce qui concerne les aspects médiatiques et financiers de la campagne électorale. A ce jour, ce contrôle est l'apanage de l'Etat ou d'entités qui ont localement une puissance comparable à celle de l'Etat.

En définitive, l'encadrement juridique international du référendum d'indépendance n'encourage pas la création de nouveaux Etats et de nouvelles frontières. A cet égard, l'encadrement du référendum d'indépendance ne diffère pas d'autres aspects de l'accès à l'indépendance qui se révèlent déterminants pour l'avenir de la population concernée, comme le régime juridique de l'adhésion aux organisations internationales et notamment à l'Union européenne. Ce cadre juridique encourage la négociation directe ou indirecte entre les indépendantistes et l'Etat. Comme d'autres référendums, souvent le référendum d'indépendance ne peut pas être utilisé en vue de son but affiché, c'est-à-dire l'expression d'une population sur l'accession à l'indépendance. Etant donné qu'il ne permet l'accès à l'indépendance qu'à des conditions restrictives, le référendum d'indépendance est avant tout une option dans le cadre d'un processus plus large. En tant que tel, il peut faire l'objet de menaces ou de promesses qui permettent d'obtenir d'autres avantages au sein de l'Etat.

Toutefois, le référendum d'indépendance n'est pas uniquement un instrument stratégique et donc trompeur, dont on peut seulement constater au cas par cas qu'il a été « un référendum pour rien »¹⁶ ou que, au contraire, il a bien été exploité par certains acteurs au détriment d'autres. Dans des sociétés parfois très divisées, il exprime également une insatisfaction par rapport aux frontières existantes. Si le référendum d'indépendance est nécessairement un moyen d'expression partiellement inadapté, c'est en raison de la manière dont le droit à l'autodétermination des peuples a été conçu traditionnellement, selon la distinction nette de l'autodétermination interne (dans le cadre de l'Etat existant) et de l'autodétermination externe (indépendance). A partir de la fin du 18^{ème} siècle, l'autodétermination des peuples a donné une forme à des revendications qui ont pu s'affirmer dans la société internationale car elles correspondaient à des besoins répandus : le principe de nationalité et la décolonisation, consolidés respectivement par les plébiscites d'annexion (surtout après 1919) et par les

¹⁶ P.ex., *Le Monde*, « En Catalogne, un référendum pour rien », éditorial du 29 septembre 2017

référendums d'autodétermination. En d'autres termes, l'autodétermination des peuples a permis la restructuration de la société internationale autour de l'Etat, avec des correctifs tels que les droits des minorités. Aujourd'hui, la grille d'analyse qui fait de la frontière de l'Etat le critère distinctif des formes d'autodétermination reste formellement irréprochable. Manifestement, l'élargissement du droit subjectif à l'autodétermination externe est considéré comme inopportun dans la société internationale, ce qui n'est guère étonnant car, une fois constituée en Etat, chaque communauté a tendance à défendre son unité et à éviter la multiplication des Etats. L'autodétermination interne, quant à elle, est un concept très large qui peut s'adapter à des besoins très variés par différentes formes d'autonomie ou de fédéralisme.

A première vue, le référendum d'indépendance semble confirmer l'utilité de la bipartition interne/externe. Cependant, cette vision de l'autodétermination construite autour de l'Etat rend compte de manière très imparfaite de demandes répandues qui existent au sein de la société internationale quant à l'éternelle question de l'organisation de la puissance publique dans l'espace. La demande de référendums d'indépendance est le reflet de doutes quant aux fonctions de l'Etat et de sa souveraineté dans une société internationale caractérisée par l'interdépendance et par le pluralisme. En l'absence de nouvelles formes institutionnelles, les référendums d'indépendance sont exprimés en termes de création d'un Etat : ils reproduisent le modèle étatique, qui paraît indépassable. Cependant, les revendications politiques à l'origine des référendums d'indépendance ne visent plus purement et simplement la création d'un Etat qui exercerait de manière exclusive des compétences dans tous les domaines, dans la limite de ses nouvelles frontières. Certaines de ces revendications concernent des questions qui peuvent être mieux traitées à une échelle moins étendue que l'Etat (comme la distribution des ressources, la modulation de la charge fiscale ou l'adaptation à un certain régime linguistique selon les préférences locales), si bien qu'elles tendent vers le développement d'institutions infra-étatiques. D'autres revendications supposent par nature une échelle d'action plus étendue que l'Etat (comme le maintien de liens étroits avec ses partenaires étrangers), si bien que l'Etat nouvellement indépendant aspire, dès sa création, à une participation aux institutions internationales et à des engagements internationaux au moins aussi étendus que l'Etat d'origine.

Puisque la frontière est indissoluble de l'Etat, les processus sécessionnistes actuels soulèvent la question des fonctions des frontières dans la société internationale contemporaine. L'engouement pour les référendums d'indépendance manifeste le décalage entre les fonctions actuelles de la frontière et le réaménagement demandé pour s'adapter aux préférences locales. Ce décalage fait naître la demande de frontières nouvelles, c'est-à-dire de frontières de nouveau type, plutôt que de nouvelles frontières. Il doit s'agir des frontières plus souples car sélectives. Elles devraient être très visibles dans certaines matières, notamment en matière fiscale et d'utilisation des ressources locales. En revanche, dans d'autres matières, par exemple en ce qui concerne la coopération internationale et l'intégration européenne, les processus sécessionnistes en Ecosse et en Catalogne illustrent la demande de frontières encore plus effacées qu'auparavant. L'essor des référendums d'indépendance recèle donc un défi immense pour la société internationale : imaginer, par-delà les structures interétatiques dominantes, des instruments adaptés pour l'expression collective des individus.