L'AUTODÉTERMINATION DES PEUPLES AU XXIe SIÈCLE

PERSPECTIVES QUÉBÉCOISES, COMPARÉES ET INTERNATIONALES

Sous la direction de
DANIEL TURP et ANTHONY BEAUSÉJOUR
Avec la collaboration d'EMMANUELLE LANCTÔT

IRAI

Actes n° 1
Octobre 2020

L'autodétermination des peuples au XXIe siècle :
perspectives québécoises, comparées et internationales

Sous la direction de
DANIEL TURP et **ANTHONY BEAUSÉJOUR**

Avec la collaboration de
EMMANUELLE LANCTÔT

Et la contribution de

MERCÈ BARCELÓ I SERRAMALERA
Université Autonome de Barcelone
EMANUEL CASTELLARIN
Université de Strasbourg
WOLFGANG F. DANSPECKGRUBER
Université de Princeton
ALAIN DIECKHOFF
Sciences-Po Paris, France
MARTHE FATIN-ROUGE STEFANINI
Université d'Aix-Marseille
NATACHA GAGNÉ
Université Laval
DAVID HALJAN
Katholieke Universiteit Leuven
JAUME LÓPEZ HERNANDEZ
Université Pompeu Fabra
NICOLA McEWEN
Université d'Édimbourg
MATT QVORTRUP
Université de Coventry
DOMINIC O'SULLIVAN
Université Charles Sturt
MICHEL SEYMOUR
Université de Montréal

Actes nº 1 (Version préliminaire)
30 octobre 2020

Institut de recherche sur l'autodétermination des peuples et les indépendances nationales
www.irai.quebec; info@irai.quebec

Édition : Emmanuelle Lanctôt / IRAI

Crédit de la photographie de couverture : Unsplash Ryoji Iwata

© IRAI, 2020

À propos de l'IRAI

Fondé en 2016, l'IRAI est un institut de recherche indépendant et non partisan qui a pour mission de réaliser et de diffuser des travaux de recherche sur les enjeux relatifs aux thèmes de l'autodétermination des peuples et des indépendances nationales. L'IRAI vise ainsi à améliorer les connaissances scientifiques et à favoriser un dialogue citoyen ouvert et constructif autour de ces thèmes.

L'IRAI s'intéresse autant aux enjeux nationaux qu'internationaux et fait appel à des expert·e·s d'ici comme d'ailleurs. Ces chercheuses et ces chercheurs mènent leurs travaux de manière indépendante et suivant une approche scientifique. Les publications de l'IRAI sont soumises à un processus d'évaluation par les pairs.

L'IRAI est un organisme à but non lucratif entièrement financé par les dons du public.

Table des matières

L'autodétermination des peuples au XXIe siècle : perspectives québécoises, comparées et internationales

TABLE DES ABRÉVIATIONS **5**

NOTES BIOGRAPHIQUES **6**

AVANT-PROPOS
Daniel Turp et Anthony Beausejour, De la grandeur et du destin du principe d'autodétermination des peuples **12**

INTRODUCTION **16**
Wolfgang F. Danspeckgruber, Self-determination in our times : a classical concept re-invigorated 16

I- AUTODÉTERMINATION DES PEUPLES: PERSPECTIVES PHILOSOPHIQUES ET POLITIQUES **20**
David Haljan, De l'autodétermination à la détermination de soi : un projet pour le xxie siécle 21
Alain Dieckhoff, Qu'est-ce qu'un peuple? 31

II- AUTODÉTERMINATION DES PEUPLES : ÉMERGENCE D'UN NOUVEAU DROIT **39**
Emmanuel Castellarin, Le renouveau procédural du droit international de l'autodétermination 40
Marthe Stefanini, Droit de décider et droit constitutionnel des États 51
Mercé Barceló, Le « droit de decider » : un droit constitutionnel dans les États démocratiques 62

III- AUTODÉTERMINATION DES PEUPLES, DÉMOCRATIE ET CITOYENNETÉ **72**
Daniel Turp, Les processus constituants et les démarches indépendantistes : une juxtaposition limitée et un impératif démocratique 73
Matt Qvortrup, Breaking up is hard to do : realism and the neil sedaka theory of independence referendums 82
Jaume Lopez Hernandez, Les processus constituants participatifs et le droit de décider 91
Nicola McEwen, L'autonomie écossaise et le brexit : deux projets d'autodétermination en collision ? 103

IV- AUTODÉTERMINATION DES PEUPLES ET PEUPLES AUTOCHTONES **113**
Natasha Gagné, Les possibles de l'autodétermination dans les territoires français d'océanie : indépendance nationale et droits autochtones 114
Dominic O'Sullivan, Auto-détermination des Māoris et la politique de la souveraineté contemporaine 126

CONCLUSION **135**
Michel Seymour, L'autodétermination interne et externe des peuples 135

ANNEXE DOCUMENTAIRE **142**

TABLE DES ABRÉVIATIONS

C.N.U.I.O.	Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale
Doc.	Document
L.C.	Lois du Canada
L.Q.	Lois du Québec
L.R.C.	Lois révisées du Canada
N.U.	Nations Unies
R.J.T.U.M.	Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal
RLRQ	Recueil des lois et règlements du Québec
R.E.I.Q.	Recueil des ententes internationales du Québec
R.T.Can.	Recueil des traités du Canada
R.T.N.U.	Recueil des traités des Nations Unies
UE	Union européenne

NOTES BIOGRAPHIQUES

DIRECTEURS

Daniel Turp

Daniel Turp est diplômé de l'Université de Sherbrooke, de l'Université de Montréal et de l'Université de Cambridge, et détient un doctorat d'État de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris (*summa cum laude*). Il est professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal où il y enseigne depuis 1982 le droit international public, le droit international et constitutionnel des droits fondamentaux et le droit constitutionnel avancé. Il a été professeur invité dans plusieurs universités québécoises, canadiennes et européennes, ainsi qu'à l'Académie de droit international de La Haye et à l'Institut international des Droits de l'Homme de Strasbourg. Il est l'auteur de plusieurs ouvrages et articles en droit international et en droit constitutionnel.

Anthony Beauséjour

Avocat et ancien journaliste à la Société Radio-Canada, **Anthony Beauséjour** est candidat au doctorat en droit à l'Université de Cambridge et au doctorat en médecine à l'Université McGill. Il détient un baccalauréat et une maîtrise en droit de l'Université de Montréal ainsi qu'une maîtrise en droit de l'Université de Cambridge, où son mémoire s'est vu décerner la plus haute note jamais octroyée dans l'histoire du programme (*High Distinction First*). Boursier du Commonwealth, il a également obtenu de nombreuses distinctions pour l'excellence de son parcours universitaire. Anthony Beauséjour est l'auteur d'une quinzaine de publications parues au Canada, au Royaume-Uni et en Autriche

COLLABORATRICE

Emmanuelle Lanctôt

Emmanuelle Lanctôt termine présentement un baccalauréat en droit à l'Université de Montréal, avec un double cheminement *honor* et international. Elle a obtenu une mention d'excellence à toutes les étapes de son parcours universitaire. Stagiaire à l'IRAI, elle a également assisté une avocate spécialisée dans les droits de la personne. Emmanuelle Lanctôt entreprendra son stage de qualification professionnelle en litige général et international. Elle compte pratiquer le droit du contentieux et de l'arbitrage international.

AUTEURS ET AUTRICES

Mercè Barceló i Serramalera

Mercè Barceló i Serramalera est titulaire de la Chaire de droit constitutionnel à l'Université Autonome de Barcelone. Détentrice d'un doctorat de l'Institut Max Planck de Heidelberg, en Allemagne, ses recherches portent notamment sur les États composés, tels que l'État autonomique espagnol et l'État fédéral allemand. Elle dirige actuellement le Groupe de recherche en études fédérales et autonomiques (GREFA) et est coordonnatrice du Collectif Praga pour la défense du droit de décider des citoyen·ne·s de Catalogne

Emanuel Castellarin

Emanuel Castellarin est professeur de droit public à l'Université de Strasbourg. Il a été enseignant-chercheur à l'École de droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, où il a complété sa thèse de doctorat, plus tard publiée sous le titre *La participation de l'Union européenne aux institutions économiques internationales* (Pedone, 2017). Emanuel Castellarin a également publié plusieurs articles de droit international général et de droit international économique

Wolfgang Danspeckgruber

Wolfgang Danspeckgruber est le directeur fondateur du Liechtenstein Institute on Self-Determination de l'Université de Princeton, aux États-Unis. Ses recherches, enseignements et publications portent sur la théorie et la pratique des relations diplomatiques, les interactions entre la religion, les valeurs et la diplomatie ainsi que sur l'autodétermination, la sécurité et la stabilisation. Wolfgang Danspeckgruber s'est formé à l'Université Johannes Kepler de Linz et à l'Institut de hautes études internationales et du développement de Genève, où il a notamment obtenu son doctorat.

Alain Dieckhoff

Alain Dieckhoff est directeur de recherche au Centre national de la recherche scientifique (CNRS_ et dirige le Centre de recherches internationales de Sciences Po Paris. Spécialiste du Moyen-Orient, il a plus étudié la société israélienne et le conflit israélo-arabe. Il a également mené des recherches sur les mutations du nationalisme contemporain. Il a dirigé l'ouvrage *L'enjeu mondial : Religion et politique* (Presses de Sciences Po, 2017). Membre du conseil scientifique du Princeton Institute for International and Regional Studies, Alain Dieckhoff a été professeur invité dans de nombreuses universités étrangères dont l'Institut de Hautes études internationales et du développement de Genève, l'UQAM, la London School of Economics and Political Science ainsi que les universités de Jérusalem et de Tel-Aviv.

Marthe Fatin-Rouge Stefanini

Marthe Fatin-Rouge Stefanini est directrice de recherche au Centre national de la recherche scientifique (CNRS) et professeure de sociologie et sciences du droit à l'Université d'Aix-Marseille. Spécialiste de la question du contrôle des référendums par la justice constitutionnelle, elle a également beaucoup travaillé sur la qualité des normes, le contentieux constitutionnel et les questions de droit électoral et référendaire.

David Haljan

David Haljan est chercheur associé en droit public à KU Leuven et a été professeur invité à l'Université de Hasselt. Formé au Canada, à Londres et à Louvain, où il a obtenu son doctorat, il a pratiqué le droit au Canada avant de poursuivre une carrière académique. Combinant la philosophie du droit et le droit public comparé, il étudie les sources et les structures du pouvoir social articulé autour du droit et de la politique ainsi que la création et la dissolution de l'autorité juridique et politique. Ses travaux actuels portent sur le pouvoir constituant, la démocratie délibérative et les frontières entre le public et le privé. Il a publié de nombreux articles et ouvrages, notamment chez Cambridge University Press.

Jaume López i Hernández

Jaume López i Hernández est professeur de science politique à l'Université Pompeu Fabra, où il a complété un doctorat en science politique et une maîtrise en théorie sociale et politique. Il est également titulaire d'une maîtrise en philosophie des sciences sociales de la London School of Economics and Political Science. Il étudie principalement l'innovation démocratique, l'action collective, le droit de décider et les processus constituants. Jaume López i Hernández a été le directeur du programme de participation citoyenne dans le cadre du processus constituant organisé en 2017 par le gouvernement catalan. Il a notamment co-écrit l'ouvrage *El derecho a decidir : Teoría y práctica de un nuevo derecho* (Atelier Libros, 2015).

Nicola McEwen

Nicola McEwen est professeure de politiques territoriales à l'Université d'Édimbourg et directrice associée du Centre on Constitutional Change. Elle est aussi chercheuse au sein de UK in a Changing Europe, un programme mis sur pieds pour étudier le Brexit et ses conséquences. Nicola McEwen a beaucoup publié dans le domaine des politiques territoriales, de la gouvernance décentralisée et du nationalisme. Elle a notamment étudié les potentielles conséquences de l'indépendance de l'Écosse sur la coopération transfrontalière et les relations intergouvernementales. Elle est détentrice d'un doctorat de l'Université de Sheffield, au Royaume-Uni, et d'une maîtrise de l'Université de Western Ontario, au Canada.

Dominic O'Sullivan

Dominic O'Sullivan est professeur en science politique à l'Université Charles Sturt, en Australie ainsi que professeur adjoint à la faculté de la santé et de l'environnement à l'Université Auckland, en Nouvelle-Zélande. Il compte plus de 90 publications à son actif, dont 6 ouvrages dans le domaine de l'analyse comparative des politiques et de la gouvernance autochtones. Il a publié *Indigeneity : A Politics of Potential – Australia, New Zealand and Fiji* (Policy Press, 2017).

Matt Qvortrup

Matt Qvortrup est professeur de science politique appliquée et de relations internationales à l'Université Coventry, au Royaume-Uni. Expert des référendums, il étudie également l'ingénierie constitutionnelle comparée et la politique européenne. Invité régulier sur les ondes de la CNN, le professeur Qvortrup détient un doctorat en science politique du Brasenose College de l'Université d'Oxford. Également avocat, il est diplômé du College of Law de Londres.

Michel Seymour

Michel Seymour est un philosophe québécois et a enseigné à l'Université de Montréal entre 1990 et 2019. Après avoir obtenu son doctorat à l'Université de Trois-Rivières, Michel Seymour a poursuivi ses recherches à l'Université de Californie à Los Angeles. Ses recherches portent notamment sur le concept de nation, la théorie des droits collectifs, le droit à l'autodétermination des peuples et la sécession.

Les personnes participantes et organisatrices au Colloque du 10 novembre 2017

Première rangée (personnes assises, de gauche à droite) :
Nicola McEwen, **Jaume López i Hernández**, **Mercè Barceló i Serramalera et Frida Osorio Gonsen**

Deuxième rangée (personnes debout, de gauche à droite) :
Dominic O'Sullivan, Geneviève Baril (directrice générale de l'IRAI), **Alain Dieckhoff**, **Esther Déom** (administratrice de l'IRAI), **Wolfgang Danspeckgruber**, **Marthe Fatin-Rouge Stefanini**, **Pierre Karl Péladeau** (idéateur et fondateur de l'IRAI), **Daniel Turp** (président de l'IRAI), **Guy Lachapelle** (administrateur de l'IRAI),
Emanuel Castellarin et David Haljan

AVANT-PROPOS
De la grandeur et du destin du principe de l'autodétermination des peuples

DANIEL TURP
Président de l'IRAI
Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal

ANTHONY BEAUSÉJOUR
Coordonnateur de la recherche à l'IRAI
Candidat au doctorat à l'Université de Cambridge

C'est le 10 novembre 2017 que l'IRAI tenait un grand colloque international intitulé « L'autodétermination des peuples au XXIe siècle : perspectives québécoises, comparées et internationales ». À l'invitation de l'IRAI, des universitaires des plus prestigieuses universités du monde ont convergé vers Montréal afin d'exposer leurs réflexions et d'échanger avec les quelque 300 personnes venues prendre part à cet événement tenu à la Grande Bibliothèque.

L'IRAI souhaitait inscrire ce colloque dans l'histoire en soulignant le centenaire du discours du président américain Woodrow Wilson qui, le 22 janvier 1917, déclarait qu'« aucune paix ne peut durer, ni ne devrait durer, si elle ne reconnaît et n'accepte le principe que les gouvernements dérivent tous leurs pouvoirs légitimes du consentement de ceux qui sont gouvernés[1] ».

Mais le monde dans lequel nous vivons aujourd'hui a connu de profonds bouleversements sociaux, politiques et juridiques. En interrogeant le droit, la philosophie, la science politique, l'anthropologie, la sociologie et l'histoire, le colloque de l'IRAI avait pour ambition de repenser le principe de l'autodétermination des peuples à l'aune du XXIe siècle, d'en apprécier la grandeur et de s'interroger sur son destin.

* * *

Ce colloque s'est déroulé dans la foulée des référendums d'autodétermination organisés à Porto Rico, au Kurdistan iraquien et en Catalogne, les 11 juin, 25 septembre et 1er octobre 2017, respectivement. Alors que 97 % des Portoricains ont privilégié une plus grande intégration aux États-Unis[2], ce ne sont pas moins de 92 % des Kurdes d'Iraq[3] et 90 % des Catalans[4]. Devant l'expression pacifique de la volonté démocratique de ces deux peuples, cependant, la violence et la répression furent les seules réponses qu'eurent à offrir l'Iraq et l'Espagne.

L'histoire démontre pourtant que la force et la contrainte n'ont jamais su entraver la longue marche des peuples. C'est ainsi que le 4 novembre 2018, ce fut au tour de la Nouvelle-Calédonie – cet archipel du Pacifique

---

1 Woodrow Wilson, « Dicours du président des États-Unis au Sénat » (22 janvier 1917), reproduit dans « 22 January, 1917, Address of the President of the United States to the Senate » (*University of Michigan*) http://www-personal.umd.umich.edu/~ppennock/doc-Wilsonpeace.htm (consulté le 8 août 2020) (traduction). Le 8 novembre de la même année, le gouvernement révolutionnaire russe de Vladimir Lénine adoptait le *Décret sur la paix*, qui accordait à toute nation « le droit de trancher par un vote libre, sans la moindre contrainte […] la question des formes du son existence politique ». Voir Conseil des commissaires de la République socialiste fédérative soviétique de Russie, « Décret sur la paix » (8 novembre 1917), reproduit dans « The Decree on Peace, 2nd Congress of Soviets, November 1917 » (*University of Durham*) https://community.dur.ac.uk/a.k.harrington/peacedec.html (consulté le 8 août 2020) (traduction).

2 Frances Robles, « 23% of Puerto Ricans Vote in Referendum, 97% of Them for Statehood » (*The New York Times*, 11 juin 2017) https://www.nytimes.com/2017/06/11/us/puerto-ricans-vote-on-the-question-of-statehood.html?_r=0 (consulté le 11 août 2020).

3 « Iraqi Kurds Decisively Back Independence in Referendum » (*BBC*, 27 septembre 2017) https://www.bbc.com/news/world-middle-east-41419633 (consulté le 11 août 2020).

4 « Les résultats définitifs du référendum catalan sont transmis au Parlement » (*Radio-Canada*, 6 octobre 2017) https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1059974/comparution-responsables-independantistes-manifestation-barcelone-mossos (consulté le 11 août 2020).

rattaché à la France – de tenir le premier des trois référendums autorisés par l'accord de Nouméa. Si l'idée d'indépendance ne recueillit alors que 43 % des votes, ce chiffre passa à 46,74 % lors du référendum du 4 octobre 2020[5]. Le mystère plane encore quant à savoir si l'évolution de cette tendance permettra à la Nouvelle-Calédonie d'accéder à son indépendance au terme de son troisième et ultime référendum, qui devrait être organisé avant la fin de l'année 2022.

Entretemps, le peuple de Bougainville a voté massivement en faveur de l'indépendance dans le cadre du référendum qui s'est tenu du 23 novembre au 7 décembre 2019 dans cette région autonome de la Papouasie-Nouvelle-Guinée. En effet, 98 % des Bougainvillais et des Bougainvillaises ont opté plutôt pour la pleine indépendance de leur peuple plutôt que pour l'autonomie accrue qui leur était également proposée[6]. L'accession de Bougainville à l'indépendance fait présentement l'objet de négociations, et on peut d'ores et déjà penser que l'Organisation des Nations unies accueillera bientôt un 194e État membre.

Encore aujourd'hui, le principe de l'autodétermination demeure un enjeu fondamental pour de nombreux peuples du monde. Ainsi, le peuple catalan poursuit toujours sa lutte pour la reconnaissance de son « droit de décider », qui s'est retrouvé au cœur d'un nouveau dialogue politique entrepris au début de l'année 2020 entre les gouvernements de la Catalogne et de l'Espagne[7]. En réaction au retrait effectif du Royaume-Uni de l'Union européenne, le sentiment indépendantiste des peuples d'Écosse[8] et du Pays de Galles[9] a atteint des niveaux historiques, et il n'est pas exclu que de nouveaux référendums d'autodétermination y soient organisés au cours de la décennie. Aux quatre coins du monde, le principe de l'autodétermination est revendiqué par de nombreux mouvements indépendantistes et autonomistes, dont plusieurs peinent pourtant à faire entendre leur voix sur la scène internationale. Bien qu'il soit pratiquement impensable d'en faire une nomenclature exhaustive[10], de tels groupes sont notamment actifs aux Îles Aaland (Finlande)[11], en Ambazonie (Cameroun)[12], dans l'archipel des

---

[5] S'agissant du référendum du 4 novembre 2018, voir Patrick Roger, « Référendum en Nouvelle-Calédonie. La victoire en demi-teinte du non à l'indépendance » (*Le Monde*, 4 novembre 2018) https://www.lemonde.fr/politique/article/2018/11/04/referendum-en-nouvelle-caledonie-la-victoire-en-demi-teinte-du-non-a-l-independance_5378708_823448.html (consulté le 11 août 2020). Pour le référendum du 4 octobre 2020, voir « Le Nouvelle -Calédonie : le non à l'indépendance l'emporte à 5326 des voix », *Le Parisien*, 5 octobre 2020 www.leparisien.fr%2Fpolitique%2Fnouvelle-caledonie-les-bureaux-de-vote-ferment-sur-une-participation-record-04-10-2020-8396499.php (consulté le 5 octobre 2020).

[6] AFP, « Papouasie-Nouvelle-Guinée. Bougainville a voté pour l'indépendance » (*Le Journal de Montréal*, 11 décembre 2019) https://www.journaldemontreal.com/2019/12/11/papouasie-nouvelle-guinee-bougainville-a-vote-pour-lindependance (consulté le 11 août 2020).

[7] Carlos E. Cué et Camilo S. Baquero, « Catalan Talks Start With Three Hours of "Therapy" About the Origins of the Crisis » (*El País*, 28 février 2020) https://english.elpais.com/politics/catalonia_independence/2020-02-28/catalan-talks-start-with-three-hours-of-therapy-about-the-origins-of-the-crisis.html (consulté le 11 août 2020).

[8] Aliss Higham, « Scottish Independence Polls. Could Scotland Quit the UK? Latest Polls » (*Express*, 26 juillet 2020) https://www.express.co.uk/news/politics/1313333/scottish-independence-polls-could-scotland-leave-uk-nicola-sturgeon-latest (consulté le 11 août 2020).

[9] Nigel Morris, « Calls for Welsh Independence Growing as Historic Debate Held in Cardiff » (*iNews*, 15 juillet 2020) https://inews.co.uk/news/politics/welsh-independence-growing-debate-cardiff-541672 (consulté le 11 août 2020).

[10] Pour une récente étude de 22 revendications d'autodétermination dans des pays d'Europe occidentale, voir Daniel Turp et Marc Sanjaume-Calvet (dir.), *The Emergence of a Democratic Right to Self-Determination in Europe*, Brussels, Centre Maurits Coppiters, 2016.

[11] Mathieu Chillaud (dir.), *La question des Îles Åland. Hier, aujourd'hui et demain*, http://docplayer.fr/13516529-La-question-des-iles-aland-hier-aujourd-hui-et-demain.html (consulté le 14 août 2020)

[12] Kelechi Johnmary Ani, Gabriel Tiobo Wose Kinge et Victor Ojakorotu, « Political Crisis, Protests and Implications on Nation Building in Cameroon » (2018) 15 *African Renaissance* 123.

Chagos (Royaume-Uni)[13], en Casamance (Sénégal)[14], en Flandres (Belgique)[15], en Galice et au Pays basque (Espagne)[16], au Groenland et aux Îles Féroé (Danemark)[17], à Hong Kong (Chine)[18], en Kabylie (Algérie)[19], en Polynésie (France)[20], au Sahara occidental (Maroc)[21] ainsi qu'en Sardaigne et dans le Tyrol du Sud (Italie)[22]. Si nul ne saurait prédire aujourd'hui quel sort sera réservé à ces différents mouvements, leur nombre à lui seul témoigne de la pertinence sans cesse renouvelée du principe de l'autodétermination[23].

Même au Québec, la question de l'autodétermination continue de défrayer les manchettes avec la contestation constitutionnelle de la *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*[24], dont l'article 1er prévoit que « [l]e Québec peut, en fait et en droit, disposer de lui-même. Il est titulaire des droits universellement reconnus en vertu du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes. » Bien que le peuple québécois semble avoir mis la question nationale en jachère, force est néanmoins de constater que le principe de l'autodétermination s'impose souvent par lui-même[25].

* * *

La présente étude rassemble les textes présentés par les conférenciers lors du colloque international 2017 de l'IRAI. L'introduction est l'œuvre de Wolfgang Danspeckgruber, directeur du *Liechtenstein Institute on Self-Determination at Princeton University*. Les textes qui suivent sont divisés en quatre grandes parties thématiques. L'autodétermination des peuples est d'abord analysée dans une perspective philosophique et politique, puis, dans un deuxième temps, sous l'angle juridique à proprement parler. Les textes regroupés dans la troisième partie

---

13 Maureen Tong, « Self-Determination in the Post-Colonial Era. Prospects for the Chagossians » dans Sandra J.T.M. Evers et Marry Kooy (dir.), *Eviction from the Chagos Islands. Displacement and Struggle for Identity Against Two World Powers* (Brill, 2011).

14 Jean-Claude Marut, « À l'Ouest, quoi de nouveau? Les obstacles à la paix en Casamance » (2011) 255 *Les Cahiers d'Outre-Mer* 363.

15 Nathalie Brack et Amandine Cresy, « Nationalistes flamands. Aubaine ou casse-tête? » (2016) 49 *Outre-Terre* 278.

16 Ignacio Lago, Ramón Máiz et Jean-Marie Izquierdo, « Le nationalisme galicien. Opportunités, mobilisation politique et coordination électorale » (2004) 20 *Pôle Sud* 25 et Barbara Loyer, « Conflit et représentations du conflit au Pays basque. La fin de l'ETA » (2015) 158 *Hérodote* 16.

17 Rauna Kuokkanen, « "To See What State We Are In". First Years of the *Greenland Self-Government Act* and the Pursuit of Inuit Sovereignty » (2017) 16 *Ethnopolitics* 179et Rebecca Adler-Nissen, « The Faroe Islands. Independence Dreams, Globalist Separatism and the Europeanization of Postcolonial Home Rule » (2014) 49 *Cooperation and Conflict* 55.

18 André Lecours et Jean-François Dupré, « The Emergence and Transformation of Self-Determination Claims in Hong Kong and Catalonia. A Historical Institutionalist Perspective » (2020) 20 *Ethnicities* 3.

19 Mohand Tilmatine, « Des revendications linguistiques aux projets d'autodétermination. Le cas de la Kabylie (Algérie) » dans Mohand Tilmatine et Thierry Desrues (dir.), *Les revendications amazighes dans la tourmente des « printemps arabes ». Trajectoires historiques et évolutions récentes des mouvements identitaires en Afrique du Nord* (Centre Jacques Berque, 2017).

20 Sémir Al Wardi, « Un peuple divisé ou les relations internationales dans le monde polynésien » (2015) 140 *Journal de la Société des Océanistes* 75.

21 Luis Martinez, « Frontières et nationalisme autour du Sahara Occidental » (*CERISCOPE*, 2011) http://ceriscope.sciences-po.fr/content/part3/frontieres-et-nationalisme-autour-du-sahara-occidental?page=show (consulté le 11 août 2020).

22 Nick Clifton et Alessia Usai, « Non-State Nations. Structure, Rescaling, and the Role of Territorial Policy Communities, Illustrated by the Cases of Wales and Sardinia » (2019) 37 *Environment and Planning C: Politics and Space* 1024 et Andrea Carlà, « Institutions, Ethno-nationalism, and Sense of Belonging. Comparing Separatist Tendencies in Catalonia and South Tyrol » (2014) 11 *European Yearbook of Minority Issues Online* 91.

23 Cette pertinence est illustrée par la publications de Nouvelles monographies et d'ouvrages collectifs sur le droit à l'autodétermination : Véronique Huet, *Le principe d'autodétermination des peuple*s, Paris, Harmattan, 2013, James Summer (dir.), *Peoples and Internatinonal Law*, 2nd rev. ed., Leiden, Brill-Nijhoff, 2014 et Jörg Fisch, *The Right of Self-Determination of Peoples: The Domestication of an Illusion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

24 RLRQ, c. E-20.2.

25 Sur la contestation constitutionnelle évoquée plus haut, voir notamment Anthony Beauséjour et Daniel Turp, « Affaire *Henderson* sur la constitutionnalité de la Loi 99- La relecture fédérale du *Renvoi relatif à la sécession du Québec* » (2019) 53 *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal* 367.

proposent quant à eux une réflexion sur le rapport qu'entretient l'autodétermination des peuples avec la démocratie et la citoyenneté. La quatrième et dernière partie réunit enfin les contributions qui touchent à l'important enjeu que représente l'autodétermination des peuples autochtones. C'est finalement le grand philosophe et professeur québécois Michel Seymour qui signe la conclusion de cette étude. Une annexe documentaire facilitera par ailleurs la consultation de plusieurs instruments internationaux et nationaux qui garantissent et affirment le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ainsi qu'à plusieurs avis consultatifs et décisions judiciaires des tribunaux internationaux et nationaux.

La tenue du colloque ayant donné naissance aux textes rassemblés dans la présente étude n'aurait pas été possible sans l'apport des grandes architectes qu'ont été la première directrice générale de l'IRAI, madame Geneviève Baril, et de sa coordonnatrice de la recherche, madame Frida Osorio Gonsen. Nous tenons à les remercier d'avoir investi tant d'énergies dans l'organisation d'un si bel événement, dont la présente étude assurera la pérennité. Notre reconnaissance va également aux conférenciers et conférencières qui ont pris part au colloque et dont les communications écrites constituent la chair de la présente étude. L'annexe documentaire est le fruit du labeur de deux stagiaires de l'IRAI, Philippe Evoy et Emmanuelle Lanctôt. Les soussignés remercient tout spécialement cette dernière pour son remarquable travail de consolidation et d'édition des textes et des références bibliographiques. Les photographies prises lors du colloque et reproduites dans les pages qui suivent sont l'œuvre de Jean Salomez. Nous tenons également à exprimer notre immense gratitude à Annick Bélanger qui a coordonné les travaux de révision linguistique, de mise en page et d'impression de la présente étude.

Comptant parmi les actes fondateurs de notre institut, le colloque n'aurait pu être organisé sans le généreux soutien de celui qui a été à l'origine, en 2015, de la création de l'IRAI- et que l'on aime présenter comme son idéateur, Pierre Karl Péladeau. Celui qui est aujourd'hui président et chef de la direction de Québécor nous a fait l'honneur de sa présence lors du colloque et a suivi avec attention toutes les délibérations. Nous le remercions de tout cœur.

La présente étude est rendue publique en un 30 octobre 2020, 25 ans jour pour jour après la tenue du référendum à l'occasion duquel le peuple québécois a exercé à nouveau son droit à l'autodétermination. Ce droit devrait continuer de lui procurer, et d'offrir de même à tous les peuples du monde, les moyens de plébisciter leurs citoyens et citoyennes. Il ne faudrait pas se surprendre qu'il puisse contribuer, dans la suite du présent XXIe siècle, à l'émancipation de bien d'autres collectivités humaines, de peuples ou, pour reprendre le texte du préambule de la *Charte des Nations Unies*, de nations, grandes et petites.

INTRODUCTION

Self-Determination in our Times : a Classical Concept Re-Invigorated

Wolfgang Danspeckgruber
Princeton University

This will be very much a discourse not only about self-determination, but also about 19th century meets 21st. The restrains and experiences of the older generation are passing and for many, in Europe or here in North America, a hot conflict, the Cold War, has been far away and is of the past.

On the other hand, the ambitions and ideals of the new generation are combined with the technological capabilities to do so - from the in real-time interconnected global environment, with the internet, www2.0, via the hand held devices, to 3-D printing artificial intelligence, machine learning - hence "in.sourcing" instead of "out.sourcing" and robotics or drones.

So it seems the capability of the smallest cell or unit of State has dramatically increased. The smallest cell in the State, the family and community, enjoys advancement in science and technology. 'Individual empowerment' suggests one has everything on one's fingertips.

A community with strong human resources and favorable situation and economics feels it doesn't need to refer to the center that much long. In *Europe*, in addition, there is another layer of authority – the EU –supposedly, hence a new wave for the advanced community, to enhance the local and communal power. But the State is going to fight back!

Determining one's own destiny, also known as "self-determination," has been one of the most complex, intricate, emotion-mobilizing, aspiration-creating concept in our world. It can be "an instrument or a tool, reflecting the interests of communities, nations, great powers" or even non- State actors.

For some, self-determination represents a dream, the ultimate objective representing freedom; for others, a menace implying opposition, loss, the potential to "shatter" the State."[1]. Self-determination can be at once a source, objective, or, most notably, an instrument of strategy. Ideally, self-determination would be both dual - between the individual and the collective - and mutual - deriving from the collective self while accounting for the role of the other[2].

Self-determination claims affect rarely only the relationship between a certain community at stake and the central administrative force in a sovereign State, but also influence other communities in that very country and elsewhere. The longing for greater self-determination evolves from experiences, politics, identity, history, geographical location, and the effects of various developments from peace, to crisis, to war over generations.

These perceptions are shaped by real experiences but also oral history. Self-determination claims can range from limited autonomy to wide competences in all critical elements of governance—from politics to security, economics, and finance, to law, culture, education, and religion (see the competences of the federal States in

---

[1] See Wolfgang Danspeckgruber and Uriel Abulof, "Conclusion: In Search of a Common Ground Between Self- Determination and Grand Strategy" (2015) 14 *Ethnopolitics* 555.

[2] See "Chair Summary- Grand Strategy and Self-Determination" (*Liechtenstein Institute on Self-Determination*, March 2015) http://dataspace.princeton.edu/jspui/bitstream/88435/dsp01n870zt06m/1/GrandStrategy_2015.pdf.

Germany, and the cantons in Switzerland)—and more intense to create complete independence and establishing a new sovereign entity by shattering an existing sovereign State and transforming sovereign boundaries.

For such a new entity to be recognized as a sovereign member of the international community, though, it requires the acceptance by the General Assembly of the United Nations—and hence having the agreement by the UN Security Council, with its five permanent members of China, United Kingdom, France, Russia, United Kingdom, and the United States. Without overall international recognition, the new entity will fail to be able to enjoy full equal participation and all benefits of the current international community.

Self-determination, the intent for greater autonomy or independence by a certain community can however also be instrumentalized for outside interests and strategies. Third parties - State and non-State actors, also the diaspora - may have an interest to stimulate self-determination fervor in a given community in order to enhance its for various objectives, affecting the stability of the sovereign entity and State, and possibly the region, and thus to advance their own strategic interests and objectives. Much of the outcome depends on the leadership in the community, the State, and the role of information and media, as well as the overall strategic situation in the region.

Self-determination has an internal and external dimension: the internal aspect suggests the capability of the community, group or nation to peace- fully determine the way it is governed from politics and security, to language, culture, religion, economics and how to set ones' rights and rules, and to do so by democratic vote. The external dimension addresses the relationship between that community and its outside world, or, typically with a central authority of the sovereign entity within which the community finds itself. Self-determination interests of one community have always also to be seen of comparable interests of other communities within the given State. Hence it rarely is a zero-sum game between the one community and the central authority.

Many times, in addition, communities are separated/divided by hard external sovereign boundaries—one part lives within one sovereign entity or State, the other in another neighboring country. In addition, economics does matter. The more a community has important economic and fiscal capabilities or natural resources, or research and industrial facilities, the more enticing it will be to develop feelings for greater autonomy. Particularly if the community sees itself as the key economic power in its State system, it will look for appropriate rights, also in comparison to other communities within that State. In case these expectations and aspirations do remain unfulfilled, there is a danger of increasing tensions between that community and the State power center, but also between that community and other equal communities in the same State.

For sovereign States who are members of the European Union - currently the only supranational organization in our world whose members have voluntarily relinquished some of their rights and privileges, from finance to standards, to trade, and foreign relations - there exists hence an additional layer of sovereign authority[3].

While the European Commission has the right to execute, it is at the end the European Council, representing the member States, which does make the final decisions. There again it is the member States that carry the day. So it would be unwise for a community within a member State of the European Union to try to execute State shattering self-determination with the intent and expectation to be immediately accepted as a new individual member of the European Union.

There are in this context "The Critical 7+ S-Terms" relating to self-determination to keep in mind: State ; Sovereignty; Self-Determination, Self-Governance ; Security ; Strategy ; Subsidiarity ; Symbolism vs. Substance ; Supranational Authority; and Social Media.

To effectively address a self-determination crisis, it is imperative to maintain communications between all key actors, at least on some essentials. It is also essential to De-escalate on all fronts and for all actors; and reduce

[3] See Wolfgang Danspeckgruber (ed), *The Self-Determination of Peoples: Community, Nation, and State in an Interdependent World* (Lynne Rienner Publishers, 2002) p. 350.

outside influence. Allowing face saving moves for all involved—the less the emotional porcelain is further destroyed, the easier it will be to move positively onward and forward – could also be effective. There is a need to address the cost-benefit calculation of any actor, sensitively - compromise will be required, but with the necessary amount of political will, anything is achievable. To Develop a novel idea in an otherwise deadlocked relationship adapted to the framework situation in the State, the region, and the larger geopolitical context at the point in time is also to be look as well as to be ready to accept multiple identities and could also defuse an self-determination crisis.

In the presence of such a crisis, it is also essential not to thwart communication between the parties. The more one suppresses self-determination, crush, or squash it by force (nor completely ignore it), the more intense and potentially explosive the movement will become, the more it will continue to fester, the deeper the crisis goes, and the higher the chance that outside powers and interests interfere as well. Let the "genie of self-determination spirits come out of its bottle"—once it is out and entices the communal leaders, here and there, it can do so anywhere, in the country itself and far beyond; social media enable this further. Furthermore, one cannot ignore generational involvement and the power and influence of women, as well as ignoring the role of religion.

One must not underestimate the power of global social media and the diaspora. To be blinded by pride and veining in justice in order to force an ultimatum on the other side, and beware of unintended consequences and reactions is also not in order. The negative effects on the next generation—in Europe the ERASMUS generation, men and women, who personally experience political crisis today for the first time and possibly political violence, should not be overlooked. If one drags a self-determination crisis out for too long—the longer it festers, the more it will become difficult to resolve, the more tertiary interests could come in, and the more violent it can become. And it would not be wise to overlook the impact on other situations, in Europe, and other continents elsewhere which might very much boomerang back.

*****

As today's international system is still based upon the sovereign power of its members, there exists no enforceable right for State shattering self-determination. Rather, at the end, its effective and complete implementation will depend on the will of the Great Powers and the leadership, as well as the regional, and international framework situation. In today's real-time interactive interconnected national and global politics, local issues can become national and international very fast, while critical developments elsewhere can affect local politics instantaneously.

Perception does form reality, certainly in political life and very much so in the situation of one's community and the push for maximization of one's own governance, but for its success the situation in the international and regional framework is decisive[4].

---

[4] For other texts published under the auspices of the Liechtenstein Institute on Self-Determination and views that I have expressed on self-determination, see Wolfgang Danspeckgruber and Uriel Abulof, "Two Rights Make A Wrong: 'Self-Determination' Revisited," (*LISD Commentary*, March 2009) https://lisd.princeton.edu/sites/lisd/files/commentary_march2009.pdf, Wolfgang Danspeckgruber and Anne-Marie Gardner, "Self-Determination," (*Princeton Encyclopedia on Self-Determination*) http://pesd.princeton.edu/?q=node/266 and Wolfgang Danspeckgruber and Paul Brandeis Raushenbush, "Defining One's Own Destiny: Self-Determination, Religion, and the 'Arab Spring' " (*Huffpost*, August 16, 2011) https://www.huffpost.com/entry/religion-self-determination_b_878386.

I- AUTODÉTERMINATION DES PEUPLES: PERSPECTIVES PHILOSOPHIQUES ET POLITIQUES

DE L'AUTODÉTERMINATION À LA DÉTERMINATION DE SOI : UN PROJET POUR LE XXIE SIÉCLE

David Haljan
Université de Leuven et Université Hasselt

INTRODUCTION

L'introduction du « droit à l'autodétermination » dans le lexique politique et légal du monde célèbre maintenant son centenaire. Alors que Woodrow Wilson est traditionnellement reconnu pour l'avoir mise en pratique lors des négociations du traité de Versailles et de la création de la Ligue des Nations, l'autodétermination a néanmoins des racines bolcheviques. Elle a par la suite été utilisée en tant que stratégie léniniste pour inaugurer la révolution du prolétariat à travers le monde[1]. Quelle que soit ses origines, le concept de l'autodétermination a depuis lors été un point de référence en droit, en politique et dans les revues académiques. Il a servi au cours du dernier siècle le plus noblement comme le cri de ralliement pour la décolonisation. Également, des mouvements politiques de toutes tendances et couleurs ont invoqué l'autodétermination pour expliquer et justifier leur volonté de différenciation et de séparation d'une autorité centralisée. On trouve ce principe cité dans plusieurs instruments du droit international[2]. Pourtant, après une centaine d'années, ses questions fondamentales, à savoir le « qui » (le soi déterminant, un « peuple ») et le « quoi » (la détermination du soi), restent contestées et non résolues. Est-ce que cela signifie que l'autodétermination est un projet inachevé? Ou cela signifie-t-il une diversion pour cacher d'autres considérations?

Si l'on souhaite éviter que l'autodétermination ne disparaisse dans l'obscurité comme étant irréaliste et inutile, peut-être devrait-on reconsidérer pourquoi l'on est tellement pris par l'image d'un « peuple ». Ce qui compte, peut-être, ce n'est pas la définition particulière de « peuple » qui est généralement privilégiée, mais certainement les raisons de parler d'un « peuple » en premier lieu, soit ses conséquences juridiques, politiques et sociales. Un peuple est une association politiquement organisée d'individus déterminés à se gouverner à l'exclusion des autres. Cette entité politique est un groupe d'individus basé sur une combinaison d'attributs qui tracent une limite politique, économiques et juridiques entre « nous » et « vous ». Le point de départ pour une véritable conceptualisation d'autodétermination doit donc être cette création de différence.

1. RECONNAÎTRE L'AUTODÉTERMINATION

Pourquoi un référendum sur l'indépendance, ou même sur l'autonomie à degré substantiel, est-il considéré comme un acte d'autodétermination par excellence? Indépendamment de toutes conséquences et questions importantes qu'il génère, un tel référendum aurait une fonction symbolique significative. Quels que soient les mécanismes constitutionnels de la situation particulière, un référendum rassemblerait des électeurs individuels et les déclarerait un « soi » déterminant. Un groupe d'individus devient ainsi conscient d'être un collectif politique, conscient qu'ils y appartiennent et agissent collectivement comme un tel corps et non simplement comme un mélange d'acteurs politiques individuels. Ils se considèrent comme des compatriotes dans la même entreprise politique. Tous les membres sont censés partager activement les avantages et les responsabilités d'un objectif commun. Par conséquent, cette conscience est le produit de la reconnaissance de soi-même et des autres agissant ensemble sur un projet politique commun, poursuivant ou non les mêmes buts ultimes.

Cette prise de conscience de l'appartenance à un collectif politique distinct est l'essence même de l'autodétermination. Une association affirme avoir certains pouvoirs de gouvernance réservés exclusivement à elle

[1] Trygve Throntveit, « The Fable of the Fourteen Points. Woodrow Wilson and National Self-Determination » (2011) 35 *Diplomatic History* 445.

[2] *Charte des Nations unies*, 26 juin 1945 (24 octobre 1945); *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 RTNU 171 (23 mars 1976); *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 RTNU 3 (3 janvier 1976); *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations unies*, rés. AG 2625 (XXV), doc. off. AGNU, 25e sess, supp. n° 85, doc NU A/8082 (1970) 131.

et à ses membres qui règlent les interrelations entre les membres de ce groupe, ainsi qu'entre les membres et ceux qui ne sont pas des membres (« non-membres ») en fonction des valeurs et pratiques définissant le groupe comme une entité politique. L'appartenance à une association donnée d'individus aux vues similaires représente la présomption déterminant et définissant les relations intersubjectives entre les membres, et entre les membres et les non-membres. L'appartenance à un groupe politique ou à un autre groupe aussi exhaustif nous situe en tant qu'individus dans le monde. Les éléments d'adhésion comprenant par exemple des valeurs partagées, des pratiques, des droits et des attentes créent le cadre dans lequel les membres interagissent et évaluent les autres à l'intérieur et à l'extérieur de leur association politique. Ces éléments créent le cadre constitutif d'une personne dans le monde pour ses perceptions et actions. Par conséquent, l'appartenance à une culture est généralement considérée comme un élément fondamental pour la construction de l'identité d'une personne. L'autodétermination est donc une expression de la conscience de soi politique par la différenciation obtenue par l'adhésion.

Cela clarifie la nature et l'objectif de l'autodétermination. L'autodétermination, depuis ses instances initiales ou intermédiaires jusqu'à son grand moment sur la scène mondiale en tant que création d'État, est une revendication de la reconnaissance de l'appartenance et des privilèges de l'adhésion. Cette affirmation a un caractère politique. Un régime politique exige un contrôle centré sur le groupe, originaire de celui-ci et dirigeant les interactions et les contacts intersubjectifs de ses membres. Avec l'autodétermination, l'entité politique agit pour décider pour elle-même sans interférence ou contrôle externe; ceux qui sont en dehors du groupe doivent prendre compte et accommoder ces décisions. Le groupe cherche à prescrire pour lui-même et pour ses membres ses valeurs déterminantes et leur mise en pratique : ce sont les choses mêmes qui soutiennent son existence en tant qu'association. Il s'attend à ce que ses réclamations aient un impact et des conséquences tangibles. Elles doivent être accueillies ou concédées par les membres du groupe et, de façon plus importante par les tiers en dehors de l'association. Les non-membres sont des tierces parties aux transactions au sein des membres qui donnent naissance aux valeurs et aux pratiques du groupe dirigeant alors le comportement des membres à l'intérieur et à l'extérieur du groupe. Le degré d'acceptation, de déférence, ou d'accommodement par un tiers variera selon l'axe des droits positifs et négatifs. Le groupe peut chercher à réserver certains domaines d'action à son contrôle, aux règles et aux règlements internes au groupe. Cela nécessite la déférence des tiers à l'égard de l'autorité du groupe dans ces domaines. Le gouvernement peut également rechercher certaines formes d'accommodement actif ou de soutien de la part de tiers, les obligeant à se conformer et à ajuster leur comportement. Grâce à la nature de l'impact politique, les prétentions d'un gouvernement imposent des effets aux tiers même si les tierces parties n'ont pas été autorisées à participer au processus de leur formulation. Il va sans dire que l'impact couvre aussi les relations internes au groupe, entre les membres. En ayant un impact politique, le résultat est le même sur tous les aspects. Il s'agit de prendre en compte les décisions prises par les autres et, par la suite, de les accommoder dans son propre comportement.

L'autodétermination n'est pas simplement une revendication politique. Par un acte d'autodétermination, un groupe d'individus s'annonce comme membre d'une politique engagée dans une entreprise politico-sociale collective pour laquelle ils cherchent à être reconnus comme tels dans le respect de leur identité en tant que membres de cette politique. Les différences qui existent entre la politique et les étrangers, soit les non-membres, sont suffisamment importantes et substantielles pour mériter des arrangements politiques et des mesures distinctes pour les membres de l'organisation. Ces différences vont au cœur même de l'identité de ces membres en tant qu'individus. Ils ne considèrent pas de simples différences idéologiques, mais reflètent plutôt les éléments constitutifs définissant le soi de l'individu en tant qu'être humain en premier lieu. Cependant, aussi importants et fondamentaux qu'ils puissent être pour l'autodéfinition, ces éléments sont néanmoins très fragiles. Ils représentent une constellation particulière de relations personnelles, d'expériences et de souvenirs qui naissent d'un environnement proche et spécifique et de circonstances entretenues dans et par l'appartenance à un groupe particulier. Rester ouvert à la compétition politique ordinaire risque de dissoudre ou d'assimiler cette constellation spéciale à des courants sociaux plus larges. Le travail filigrane de nuances et de variations qui caractérise l'humanité et sa création de sens et de valeurs dans et pour le monde serait ainsi perdu. Ces éléments constitutifs de l'identité, de ce que l'on est dans le monde, sont si importants qu'il faut les protéger et les favoriser en gérant les circonstances dans lesquelles ils sont nés. Cela se traduit par des arrangements politiques distincts et des mesures spécifiques à cette politique.

2. DEUX DIMENSIONS

L'autodétermination est donc une demande de reconnaissance. La reconnaissance, à ce niveau d'analyse, a deux dimensions nécessaires. La première est une orientation interne: la reconnaissance mutuelle et réciproque entre des membres. Les individus se reconnaissent entre eux comme étant membres de ce même groupe. Cet acte de reconnaissance est un acte d'acceptation réciproque. La reconnaissance de l'adhésion implique également d'agir en tant que membre, de justifier et de démontrer l'appartenance à un groupe particulier. Appartenir à un groupe implique de respecter publiquement les normes du groupe. Chaque membre interagit avec les autres membres de façon à respecter les règles du groupe et les attentes de celui-ci, tout autant que ce membre compte sur les autres membres pour se conformer de la même manière. De plus, le respect des normes de groupe dans les relations avec les non-membres est tout aussi important. Démontrer certains traits affirme activement l'appartenance à telle ou telle association. Lorsque l'on rencontre des pratiques et des valeurs différentes, l'adhésion publique à son « propre » ensemble de valeurs et de coutumes souligne son appartenance à son propre groupe non seulement à ses collègues, mais aussi à soi-même et aux non-membres.

Avoir à regarder vers l'intérieur à un point d'ancrage dans le groupe tout en engageant des perspectives, des idées et des pratiques différentes de celles du groupe rappelle l'observation ci-dessus concernant la nature de l'appartenance à un groupe. La création d'un groupe nécessite une distinction entre ceux qui sont dans le groupe et ceux qui se trouvent à l'extérieur. Pour admettre certains en tant que membres d'un groupe ou d'un club, une association les sépare nécessairement de tous les autres qui ne sont pas admis et sont donc exclus de l'adhésion. Nous différencions entre « nous-mêmes » et « eux ». Cette différenciation, pour l'autodétermination en particulier, souligne l'existence d'une division fondamentale des valeurs et des pratiques dans certains éléments de base structurant les relations intersubjectives. Autrement, il n'y aurait aucune raison de faire respecter cette limite, si ce n'est d'être arbitraire, entêté et obstiné. Si l'appartenance à un groupe politique, à une culture, à une religion ou à toute association de ce genre a une quelconque signification, c'est de prescrire des distinctions entre les individus qui doivent être prises en compte et être maintenues. Cela ne veut pas dire, bien sûr, que les demandes de reconnaissance interdisent ou nient toute interaction ou engagement entre « les membres » et « eux ». Il s'agit plutôt de dire que le contenu, les critères ou les normes qui définissent ses relations avec les autres membres sont d'un genre, d'une couleur ou d'un ton différents de ceux que l'on a avec les non-membres.

La deuxième dimension de la reconnaissance est son orientation externe. La reconnaissance est une revendication sur les autres - les non-membres - qu'ils reconnaissent et accommodent les différences établissant la séparation. Ceci représente le terme d'application principal dans la description des relations intersubjectives dans la philosophie de la reconnaissance développée par Taylor, Honneth et Tully, par exemple, et sa mise en œuvre dans la théorie démocratique agoniste[3]. La reconnaissance de l'un par l'autre est l'acceptation du premier par l'autre comme significativement différente d'une manière qui doit être expliquée. De plus, notre demande de reconnaissance alerte également l'autre que nous avons l'intention de traiter l'autre d'une manière différente des membres de notre groupe. Les non-membres sont mis au courant que leurs interactions avec les membres n'est ni ce qu'ils ont avec leurs propres collègues, ni ce que les membres ont entre eux. Ces deux points d'ancrage exerceront néanmoins une influence déterminante sur l'engagement entre ce membre et ce non-membre, même si cela peut sembler à première vue paradoxal.

3. DEUX VOIES

En conséquence, les orientations internes et externes d'une demande de reconnaissance semblent laisser une marge de manœuvre importante pour élaborer des formes diverses de droits collectifs et de démocratie pluraliste. L'idée de reconnaissance n'ordonne pas ou ne limite à aucune forme particulière d'expression politique (libérale et démocratique). Il peut traduire toutes les propositions diverses concernant la politique de l'identité et de la nationalité, la politique de la différence, la politique du multiculturalisme, la politique de l'égalité, la politique

[3] Mark Wenman, *Agonistic Democracy* (Cambridge University Press, 2013).

libérale et la politique anti-libérale par exemple. Le contenu de la reconnaissance n'est pas simplement celui des orientations passives, l'une dirigée vers l'interne et l'autre vers l'externe. Cette revendication de reconnaissance exige que les différences articulées dans et par l'appartenance à un groupe doivent contrôler les relations intersubjectives. C'est donc la nature du groupe ou de l'association intersubjective qui déterminera comment fonctionne sa conception de la reconnaissance dans sa théorie politique. Les interactions des membres qui définissent a priori une identité (genre, culture, etc.) délimiteront les revendications de reconnaissance instrumentalisées par l'autodétermination.

Pourtant, toutes les théories politiques de la démocratie, du libéralisme, du nationalisme, de l'autodétermination, du pluralisme et autres partent de l'une des deux prémisses associées, malgré l'ampleur des différences dans ces théories politiques. Les prémisses sont associées parce qu'elles utilisent toutes les deux une présomption simplificatrice commune: poser en principe un groupe cohérent, ordonné et unifié d'individus comme position originale. La première prémisse part sur la route de la politique identitaire, du nationalisme et du communautarisme. On soutient que chaque association politique est construite à partir d'au moins un « peuple » (« démos » ou un terme similaire). Les États modernes sont généralement considérés comme plurinationaux. L'État, soit l'entité politique, est donc un agrégat de peuples avec une accumulation d'autres groupements qui ne constituent pas autrement un peuple et des individus. Un peuple est lié par les « sympathies communes » de la langue, de la race, de la religion, de la culture et de l'histoire[4]. Celles-ci sont classées dans diverses constellations de pouvoir. Cependant, les liens de fraternité entre les membres d'un peuple seraient plus intenses, plus fondamentaux et moralement plus importants que ceux qui ont une politique commune, quels qu'ils soient. Les connecteurs pour un peuple sont des liens primaires de premier ordre; ceux de la politique, de la dérivée et du second ordre. En effet, la cohérence et la communauté des valeurs et des pratiques notamment ne naissent pas par des motifs politiques. On dit qu'ils sont des liens sociaux « pré-politiques ». Une démocratie pluraliste saine tentera généralement de maximiser l'autonomie accordée à chaque groupe national afin de leur permettre de transposer ces liens sociaux dans des politiques et des lois concrètes. Au minimum, les institutions et les pratiques politiques, l'ordre constitutionnel, la politique et les lois doivent tous tenir compte de la pluralité des peuples composant l'État moderne et de leurs revendications concurrentes de reconnaissance au sein de ces structures et pratiques[5].

La deuxième prémisse suit la route de libéralisme, de la neutralité libérale et du cosmopolitisme. Elle ne nécessite pas une association pré-politique d'un peuple pour servir de base d'une entité politique. On commence avec le groupe politique comme unité primaire, ses éléments atomiques étant une collection diverse d'individus se rassemblant indépendamment de la race, de la croyance, de l'histoire, ou peut-être même de la langue. La cohérence et l'uniformité des pratiques et des valeurs qui délimitent un régime politique découlent de ce système constitutionnel d'obligations et de pratiques politiques. Le patriotisme adhère à l'ordre constitutionnel et à ses valeurs, non à la *Nation* ou à un *Volk*[6]. Les liens politiques sont primaires et publics; tous les autres appartiennent à la vie privée ou n'ont pas de signification particulière parce qu'ils sont « pré-politiques ». Les sympathies communes peuvent générer des liens d'association, mais elles sont contingentes et peuvent être modifiées ou remplacées par d'autres. Les attributs qui informent les sympathies communes, les intérêts communs et les pratiques ont de la pertinence au niveau de la société civile. Ils servent à créer le *demos* réel au niveau constitutionnel-politique.

Il devrait être évident que la diversité et la différence, « l'autre » et la reconnaissance, ne fonctionnent pas de la même manière ou au même niveau dans les deux courants de la théorisation politique. Pour la deuxième catégorie, où la politique représente le point de départ, une force motrice principale est de trouver le consentement originel parmi les individus qui se traitent les uns les autres depuis le début comme des « autres » afin de construire la société politique en premier lieu. Le point de départ est la nécessité de fabriquer une base pour un consentement durable parmi les individus en conflit où la différence et la diversité sont les conditions fondamentales. Les

[4] John Rawls, *The Law of Peoples* (Harvard University Press, 1999) p. 23; Will Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture* (Oxford University Press, 1991); Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship* (Oxford University Press, 1995).
[5] W. Kymlicka, *Liberalism* (préc. n. 4); Wayne Norman, *Negotiating Nationalism* (Oxford University Press, 2006); Alan Patten, *Equal Recognition* (Princeton University Press, 2014).
[6] Jürgen Habermas, *The Inclusion of the Other. Studies in Political Theory* (MIT Press, 1998); Jan-Werner Müller, « A General Theory of Constitutional Patriotism » (2008) 6 *International Journal of Constitutional Law* 72.

sympathies communes peuvent aider, mais c'est principalement l'intérêt commun dans la sécurité de la personne et de la propriété qui lient les personnes ensemble. Les avantages et les fardeaux partagés de la citoyenneté lient les gens dans l'unité politiquement significative. Un groupe politique et un *demos* sont les mêmes. La dissociation, la division, la fragmentation et la fraction demeurent des risques constants qui exigent un soin et une attention continus pour minimiser leurs effets perturbateurs. Le maintien d'une politique saine, c'est-à-dire démocratique, exige des incitations et des mécanismes pour développer un complexe évolutif d'alliances et d'affiliations transversales qui sont interdépendantes et réparties dans l'ensemble du système politique. Dans cette approche, la reconnaissance de l'autre joue un rôle fondamental dans la création d'une association politique. La nature de la politique est dès le départ une question de rapprochement, de recherche de compromis et de coopération entre un ensemble de personnes qui parviennent à la conscience de soi en tant qu'entité politique grâce à des actes continus de reconnaissance mutuelle et réciproque.

D'autre part, la première catégorie fait de la différence une vertu, mais pas pour tous les types de diversités et de différences. Certaines formes de différence n'ont pas besoin d'être surmontées, mais doivent plutôt être isolés ou gardés. L'autodétermination a profité de l'évolution de la philosophie politique moderne qui part du principe d'une « diversité profonde », étant une société profondément pluraliste composée d'un ensemble de *demoi* distincts où chaque « nous » est défini dans une opposition solide à « l'autre ». Le point de départ de cette conception de l'être humain avec les autres dans le monde est le pluralisme des valeurs, une « pluralité irréductible de perspectives[7] », d'où l'appel de la philosophie politique à trouver des moyens d'embrasser ce pluralisme indéracinable et insurmontable, et de l'accommoder dans des structures constitutionnelles et politiques sur la base que chaque entité constituante a un droit pratique à sa propre autonomie.

Dans cette perspective, l'unité atomique de toute association politiquement significative est « le peuple » en tant que source de valeurs. La différenciation et la différence pertinentes se produisent au niveau politique entre différents peuples. Certes, la vie politique reste une question de rapprochement, mais elle se joue à deux niveaux distincts. Le niveau le plus important et le plus déterminant est la reconnaissance entre différents peuples constituant l'État moderne. Cela représente le domaine prééminent de la politique. Un deuxième niveau existe également : celui relatif aux différences intra-groupe parmi les membres. La nature politique de la cohérence et de la diversité à ce niveau a tendance à être masquée. La genèse de la connexion entre les membres et la résolution des différences ne sont pas comprises comme étant politiques ou soumises à une analyse politique. Un peuple continue de faire preuve de cohérence dans ses valeurs, sa culture et ses pratiques, bien que celles-ci fassent l'objet d'une certaine marge d'appréciation parmi les membres. Le désaccord et la diversité sont ici des phénomènes naturels, pas de nature politique soumis à un processus politique. Évidemment, un peuple change et s'adapte; il y a de la place pour évoluer mais dans le sens d'un organisme naturel plutôt que comme une confection intentionnelle politique. La diversité et le désaccord, voire le changement de ses croyances et pratiques, se situent dans l'horizon du caractère général et définissant du groupe. Les valeurs nationales informent l'identité du « soi » et le distinguent de « l'autre ». L'autodétermination, ou autonomie, est nécessaire pour qu'un tel groupe prospère en tant qu'organisme collectif, pour se développer selon ses propres lignes, dans le cadre de ses valeurs socialement déterminées et prescrites. La reconnaissance reste donc une question à résoudre entre *demoi*, des peuples.

Bien que cela soit formulé dans le sens des peuples, rien dans la théorie de la reconnaissance n'oblige à se conformer aux notions conventionnelles et historiques de ce que devrait être un « peuple ». Ces notions invoquent d'autres critères en dehors de la théorie de la reconnaissance, tels que l'économie, le territoire, la race et l'ethnicité, pour conditionner ce qui peut ou ne peut pas être considéré comme un régime politique. Les dimensions internes et externes de la reconnaissance supposent seulement une association d'individus, mais ne prescrivent pas la base ou la motivation de l'adhésion. Ainsi, à première vue, il n'y a aucune raison d'exclure d'autres formes d'association politique, fondées par exemple sur le genre, l'orientation sexuelle ou toute autre raison non territoriale, de la reconnaissance méritée sous la forme de droits politiques, comme dans le cas du consociationalisme. Dans la mesure où l'on admet d'autres critères qui vont définir un « peuple » que ceux prescrits par la reconnaissance, on abandonne la reconnaissance comme idée dirigeante de l'autodétermination et on concède à cet autre critère un

[7] Jan Alnes, « The Politics of Dissensus and Political Liberalism » (2017) 43 *Philosophy & Social Criticism* 837, p. 841 (traduction). Voir aussi Kari Palonen, José Rosales et Tapani Turkka (dir.), *The Politics of Dissensus* (Cantabria University Press / McGraw-Hill, 2014).

rôle déterminant dans la mesure où un soi, individuel ou collectif, et l'identité peuvent avoir une pertinence politique. Il semble donc qu'une question fondamentale et critique est de décrire ce que la théorie de la reconnaissance exige de soi.

Une deuxième observation est que la prémisse des dimensions interne et externe de la reconnaissance est fondamentale pour soutenir cette approche et, plus largement, pour justifier l'autodétermination. C'est la distinction posée entre les interactions parmi les membres et les interactions entre les membres et les non-membres qui donne lieu à la revendication de l'autodétermination en tant que reconnaissance. Une telle distinction suppose des types de reconnaissance multiples et différents. Le contenu et la forme de reconnaissance devront différer en fonction de ses circonstances et de son fonctionnement. Par conséquent, les dimensions internes et externes de la reconnaissance nécessitent de distinguer au moins les formes de reconnaissance interne et externe, sinon d'autres types. Pour soutenir l'autodétermination, cette distinction doit compter directement et de manière transparente dans la création de soi. À ce stade, il faut voir ce que la théorie de la reconnaissance exige de soi.

4. LA RECONNAISSANCE, AUTREMENT

La reconnaissance trouve son origine dans la philosophie hégélienne, en particulier dans la *Phénoménologie de l'Esprit* qui présente l'éveil de la conscience de soi à travers une rencontre avec d'autres êtres conscients et la lutte pour sa reconnaissance[8]. Le mot « lutte » signifie de la tension, de l'opposition ou de la résolution conformément à la méthodologie hégélienne générale de la dialectique (thèse, antithèse, synthèse): poser, nier, résoudre et réinterpréter. La réintroduction de l'idée de reconnaissance en tant que conception philosophique moderne des relations politiques doit beaucoup aux œuvres de Charles Taylor, Axel Honneth et James Tully au début des années 1990[9].

Prenant leur conception moderne comme base, la reconnaissance est construite à partir d'une tension entre le soi et l'autre, le « je » et le « nous » contre le « vous » et le « ils ». C'est une construction philosophique orientée socialement qui donne une place centrale aux individus et l'expérience dans la perception et la compréhension de la réalité, et dans la formation et l'importance de « l'identité ». En s'engageant avec « l'autre », on obtient un reflet, ou une réflexion de qui l'on est, du fait que l'image de soi est ce que l'on a l'intention de projeter et l'approbation ou la désapprobation de l'autre. La perception de l'autre, soit la façon dont il s'engage avec soi - leur reconnaissance du « nous » (comme un certain type) - est formatrice pour son évaluation de que l'on pense que l'on est et de qui l'on voudrait être. Dans son engagement avec les autres et leur engagement avec soi, on passe par diverses phases de détermination de son identité: différenciation ou association (mimesis). La reconnaissance à son niveau fondamental postule donc un soi conscient de lui-même, un autre soi séparé et en lutte, et l'engagement de ce même soi envers l'autre[10].

Ainsi, le fondement structurel de la reconnaissance est double[11]. Tout d'abord, c'est la position du « soi conscient » ou de l'« individu ». On vit dans un monde avec et parmi d'autres personnes. Il n'est possible de se rencontrer et de s'engager qu'avec eux là où chacun s'impose sur l'autre. On interagit avec les autres de plusieurs façons. Il ne nécessite même pas un engagement direct avec une autre personne. Le contact peut rester entièrement passif et non marqué par l'autre, simplement en l'observant, tout comme l'on peut désirer être remarqué par lui. À partir de ces observations, les individus peuvent copier des aspects de leur comportement et d'autres choses qu'ils

[8] Georg Hegel, *Phenomenology of Spirit* (Oxford University Press, 1977) p.104-19; Robert Williams, *Recognition. Fichte and Hegel on the Other* (State University of New York Press, 1992).

[9] Charles Taylor, « The Politics of Recognition » dans Amy Gutmann (dir.), *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition* (Princeton University Press, 1992); Axel Honneth, *The Struggle for Recognition. The Moral Grammar of Social Conflicts* (Polity, 1995); Axel Honneth, *The I in We. Studies in the Theory of Recognition* (Polity, 2012); James Tully, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in the Age of Diversity* (Cambridge University Press, 1995); James Tully, *Public Philosophy in a New Key* (vol. 1 et 2, Cambridge University Press, 2008); Patchen Markell, *Bound by Recognition* (Princeton University Press, 2003).

[10] Cette réflexion conduit inévitablement aux thèses de plusieurs penseurs que des impératifs de concision empêchent cependant d'explorer plus en détail. Voir notamment Paul Riccœur, *Soi-même comme un autre* (Seuil, 1990); Emmanuel Levinas, *Time and the Other. Totality and Infinity*, (Kluwer Academic Publisher, 1991); Miguel Benasayag, *Le mythe de l'individu* (La Découverte, 1998).

[11] Deux autres dimensions peuvent toutefois s'y ajouter : la perspective cartésienne et le pluralisme.

trouvent attirantes pour leur propre conception de soi. De même, ils pourraient se résoudre fermement à éviter et à ne jamais imiter quelque chose fait par un autre. Entre ces deux points se trouvent des combinaisons infinies dans les degrés d'adoption, d'adaptation et d'évitement.

Pour la plupart des vies quotidiennes, on engage aussi directement et concrètement les autres en leur faisant des réclamations. La rencontre initiale entre le soi et l'autre se présente comme l'opposition des identités différenciée et conflictuelles. S'il n'y avait pas une telle opposition et aucune résistance et différenciation, chaque individu mènerait des vies idéales de paix et d'harmonie, de sorte que ses poursuites, ses désirs et ses besoins s'imbriqueraient parfaitement avec chacun des autres. Les différends et la concurrence pour des ressources limitées se dissoudraient. Cela semble plus une image d'un paradis ou une aspiration d'une utopie humaniste qu'une représentation exacte de la réalité humaine. Les individus cherchent à saisir et à comprendre leur environnement et eux-mêmes en les contrôlant. Ils perçoivent leur environnement différemment. Chaque personne diffère d'une autre; chaque conscience, chaque soi est séparé et différent. C'est en vertu de cette différenciation que la prétention et le besoin d'être reconnu se pose en premier lieu.

Il faut rester attentifs au fait que toutes les revendications se réalisent dans un cadre d'opposition, au moins au début. Les plans et les souhaits d'un soi-même s'affirment contre ceux de l'autre. Cette revendication d'un autre soi, est la seconde dimension de la structure de la reconnaissance. L'approche des relations de tous types dans le mode de reconnaissance structure ces interactions sous la forme d'une revendication faite par soi sur un autre et vice versa. Que ces revendications soient asymétriques, mutuelles et réciproques, unilatérales ou sous une autre forme, est une question qui se pose ailleurs. Quelle que soit la nature particulière des revendications, la reconnaissance est le résultat de celles-ci. Schématiquement, il représente la reconnaissance par un individu de la présence d'un autre individu, et le fait que la présence de l'autre empiète d'une manière ou d'une autre, soit en renforçant, soit en s'opposant plus probablement aux plans et désirs du soi.

Les réclamations existent toujours en fonction soit d'une base individuelle et bilatérale ou d'une base plurielle et multilatérale. Elles représentent toujours une demande pour un bénéfice pour soi-même et pour le placement d'un fardeau correspondant sur un autre. Un échange réel de quelque chose n'est pas nécessaire. La demande pourrait simplement être que certains biens et actions ou domaines de conduite soient réservés pour un groupe particulier et retirés du contrôle des autres, ou non soumis à l'interférence indésirable et non approuvée d'autres personnes. Il n'y a pas de magie à la formule du « bénéfice et du fardeau », pas d'agenda distributif préétabli. On pourra tout aussi bien parler des « avantages et inconvénients ». Cela couvre toute une panoplie de choses : le monde des désirs, des desseins et des expériences, qui frappe à un moment ou à un autre pour être utile, pertinent, repoussant ou douloureux, et cela sur une base unilatérale ou partagée, mutuelle et réciproque. L'issue de ces réclamations peut également revêtir plusieurs formes. La capitulation, le retrait unilatéral ou la retraite bilatérale, et le compromis suivent des routes autrement agréables et moins agréables. Quoi qu'il en soit, l'histoire humaine montre que, pour la plupart, il est possible d'arriver à trouver un moyen de combler ses différences. Les individus finissent par coopérer d'une manière ou d'une autre. Ils sont également en désaccord et division à l'occasion. En d'autres mots, cette réalité du soi et de l'autre, de s'affronter soi-même, se traduit par une réalité de consentement et d'accord ainsi que de dissension et de désaccord, tous fondés sur une distinction primordiale inévitable pour chaque personne.

Si la coopération et le rapprochement des différences sont bien le résultat de la reconnaissance, alors une ontologie de la reconnaissance doit rendre compte non seulement d'un « je » et d'un « toi » existentiels et en lutte, mais aussi de leur interaction et leur interrelation. Comment l'un influence l'autre? D'un point de vue pragmatique, la reconnaissance se réduirait simplement à une concession selon laquelle les désirs et les besoins des autres sont importants, dans le sens où l'on doit en être conscient et en tenir compte d'une manière ou d'une autre dans sa propre activité. Or, la reconnaissance elle-même ne peut offrir aucun moyen ou solution pour répondre aux revendications de l'autre, en particulier lorsque ses revendications entrent en conflit avec celles de l'autre. Une présomption gouvernante est aussi que chacun n'est pas obligé de compromettre ou de renoncer à ses désirs et à ses objectifs, sauf par un choix libre et sans contrainte. Il faut donc trouver un moyen de coopérer pour atteindre ses objectifs respectifs face à la concurrence et au concours. Si la reconnaissance est en fait un concept valable, la

vraie question philosophique ne mesure pas l'échange lui-même, mais plutôt comment la dynamique de l'interaction fonctionne actuellement, comme le développent les pensées d'Honneth.

Dans sa philosophie de la reconnaissance, Honneth approfondit et dépasse l'origine hégélienne de l'idée en s'appuyant sur la psychologie du développement. Des études explorant la maturation de la conscience de soi dès la petite enfance ont révélé l'importance critique de « l'autre » dans la création d'une identité de soi. Lorsqu'il rencontre une résistance, un rejet ou une désapprobation, un enfant découvre que la réalité, soit le monde des choses et des êtres qui l'entourent, n'est pas soumise par nature à sa volonté et à son désir. Ce n'est pas une extension de soi; ce n'est pas une construction ou un produit de la conscience et des impulsions. En apprenant que certaines choses sont hors de son contrôle, d'autres choses peuvent être soumises à un contrôle, et d'autres peuvent s'imposer, une conscience devient consciente d'elle-même comme un acteur parmi d'autres dans le monde. Rencontrer l'autre dans le monde fait prendre conscience du reflet de soi-même, c'est-à-dire développer un sens de la réflexivité. Cela se fonde d'abord sur sa capacité à se percevoir comme un « je » séparé de « l'autre », c'est-à-dire avoir sa propre identité. En second lieu, l'identité devient dépendante de l'acceptation et de l'approbation, ou du rejet et de l'opposition des autres pour tracer les contours du soi.

En d'autres termes, la coopération et l'interaction – toutes les relations intersubjectives - sont nécessaires à l'identité, pour déterminer un soi. La détermination de soi ne peut pas être autonome au sens d'un individu autogénérateur, d'une autogenèse de l'identité, dans un monde avec d'autres êtres et choses qui se heurtent constamment les uns les autres. Élargis du niveau individuel à celui de la société et de la politique, il est nécessaire que « l'autre » participe à la formation de l'identité propre d'une société ou d'une entité politique, afin de compléter « l'autodétermination ». La reconnaissance à tout niveau doit présumer un monde dans lequel « l'autre » est tout aussi constitutif du « je » et de l'identité de soi.

Comme clarification, la nature constitutive de l'autre pour un soi ne signifie pas la définition de l'un en excluant l'autre. La reconnaissance ne reconnaît pas l'existence d'un autre simplement pour établir des limites facilement traçables entre des identités différentes. De ce point de vue, un contraste de valeurs, de pratiques et d'engagements notamment est nécessaire pour délimiter la sphère de soi. La reconnaissance ne rendrait compte que d'un refoulement, d'un test de fermeté de but et d'une force de conviction pour une identité déjà formée et complète. L'opposition que l'on éprouve dans ses rencontres avec les autres servirait alors à identifier les aspects de son identité résistant à l'influence extérieure ou moins résistants à cette influence. Que ces aspects doivent résister et dans quelle mesure, en fonction de leur importance pour son identité, est clairement un calcul prédéterminé que l'on a déjà fait. Cela mènerait ainsi à un résultat incompatible avec les exigences de la reconnaissance. Cela ne nécessite pas uniquement une simple reconnaissance extérieure de l'existence de l'autre afin de valider une préoccupation intérieure envers soi-même. Fidèle à sa provenance hégélienne, la reconnaissance exige une interaction sincère de soi comme processus dialectique dans lequel ce qui émerge n'est pas la même chose que les composantes originelles. Son engagement avec les autres ajuste constamment son identité : l'autre laisse une marque indélébile sur soi et vice-versa. La coopération demandée par la reconnaissance est donc beaucoup plus que la détente ou la distance respectueuse. Le point de reconnaissance n'est pas une affirmation de différences, mais plutôt de les surmonter.

CONCLUSION

L'idée conventionnelle de l'autodétermination offre une sorte de liberté politique, qui est cependant qualifiée et relative. Il ne suffit que de rendre compte d'un seul groupe défini par rapport aux autres, soit aux membres de son propre groupe politique. On est libre des besoins et des désirs de ceux qui sont au-delà de son régime, sauf dans la mesure où l'on s'engage expressément et volontairement à les respecter. Cela révèle un paradoxe inhérent à l'autodétermination au moment où il rend compte de la reconnaissance. L'objectif d'une entité politique est d'être considéré comme suffisamment important pour être pris en compte par les autres - mais en se déconnectant et en se séparant des autres. Il semblerait affirmer d'une part ce qu'il nie de l'autre.

Ce problème avec cette conception conventionnelle de l'autodétermination est formulé le plus clairement par une question très simple : si un soi, une identité générée par des contacts entre des individus, est si fondamental pour l'humanité, pourquoi une revendication pour l'autodétermination par un ou deux individus, par des groupes, un voisinage ou une petite communauté, ne compte-t-elle pas? Pourquoi une composante si essentielle de l'être humain n'est-elle réservée qu'à un « peuple »? Il semble qu'une détermination plutôt arbitraire de la reconnaissance de niveau soit devenue significative, politiquement ou autrement. Une détermination de soi devrait avoir une signification politique à partir de la base, de l'instanciation la plus étroite jusqu'à son niveau effectif le plus large. Autrement, il faudrait arrêter la mascarade, reconnaitre que d'autres questions sont en fait déterminantes, et parler de l'autodétermination comme de la *realpolitik*.

L'origine du problème se trouve dans l'incapacité à rendre compte de la nature réelle de la reconnaissance et une préoccupation correspondante du « soi » à l'exclusion de l'autre. Si l'autodétermination veut avoir plus qu'une signification superficielle et ritualiste au siècle prochain, elle doit répondre aux exigences de la reconnaissance à partir du niveau de l'individu lui-même. La reconnaissance signifie qu'un individu n'est pas un existant solitaire, mais un être existant avec et pour les autres. L'accent est donc mis sur la considération sincère et la perception que les individus ont une signification réelle pour les autres, soit qu'ils ont de la valeur ou de l'importance pour eux. Par conséquent, il faut comprendre la reconnaissance comme établissant des liens et des connexions entre des individus disparates. La solution, de manière peut-être inattendue, est que l'autodétermination doit résoudre le problème de la diversité non par la séparation, mais par la coopération entre des « autres ». Cela va garantir à l'autodétermination une pertinence et une importance dans le siècle à venir. Le projet d'autodétermination, au 21ème siècle, est de transformer la politique et la loi en une véritable lutte pour la reconnaissance; l'unité et la dignité face à la diversité.

QU'EST-CE QU'UN PEUPLE?

Alain Dieckhoff
Sciences-Po Paris, France

INTRODUCTION

L'immense prestige scientifique que connut Ernest Renan, philologue en études sémitiques, naquit d'abord d'un scandale. Dans son essai de 1863 intitulé *Vie de Jésus*, le professeur au Collège de France fait la biographie du Christ comme on ferait celle de tout personnage historique, soumettant ainsi les Évangiles à un examen critique. Les accusations de blasphème durent cependant vite se taire devant l'indéniable succès de l'œuvre.

En 1882, Ernest Renan est donc au sommet de sa gloire lorsqu'il présente *Qu'est-ce qu'une nation?* Dans cette conférence, il argue que la nation n'équivaut pas à une race. Il considère qu'un tel amalgame entre politique et analyse ethnographique réduirait la nation à une chimère. Celle-ci ne peut non plus se fonder sur une langue, c'est-à-dire que la langue invite à se réunir, mais qu'elle n'y force pas. La nation ne saurait être définie par la religion, qui doit demeurer une affaire individuelle, séparée de l'État. Elle ne peut non plus s'entendre d'une communauté d'intérêts; un Zollverein n'est pas une patrie. Enfin, la nation ne se fonde pas sur la géographie, qui réunit autant qu'elle divise.

En fait, la nation présuppose deux éléments essentiels. D'une part, on retrouve la possession en commun d'un riche legs de souvenirs, d'un héritage reçu de façon indivise. D'autre part, on retrouve le consentement actuel – plébiscite de tous les jours – ou le désir de vivre ensemble et la volonté de continuer.

1. LES CONSTATS SUR LA SIGNIFICATION DU TERME « PEUPLE »

Mais qu'est-ce qu'un peuple? Deux constats s'imposent d'eux-mêmes. Le premier est rendu en analysant les propos des candidats à la dernière élection présidentielle française. Le terme « peuple » fait un retour en force, notamment par les expressions « Au nom du peuple » et « La force du peuple », qui dessinent déjà deux figures du populisme : à droite, le Front national de Marine Le Pen; à gauche, la France insoumise de Jean-Luc Mélenchon. Trois autres forces politiques évoquent aussi la notion de peuple : Benoît Hamon et le Parti socialiste (« Faire battre le cœur de la France »), François Fillon et Les Républicains (« Une volonté pour la France ») ainsi qu'Emmanuel Macron et En marche (« Ensemble la France »).

Le deuxième constat découle aussi de ce qui précède : le peuple est une « notion fort imprécise désignant une collectivité sociale dotée de caractéristiques communes suffisamment significatives pour atteindre un niveau minimal d'unité et d'autonomie[1]». En effet, la fréquence avec laquelle on évoque le « peuple » semble être inversement proportionnelle à la clarté de ce même terme, dont on peut distinguer différentes acceptions.

Tout d'abord, l'approche politique voit le peuple comme une entité souveraine, le corps des citoyens. Ce *peuple-nation* représente l'accession de la collectivité à l'existence politique, c'est-à-dire le passage de la souveraineté du roi à celle du peuple, tel qu'en témoigne l'article 3 de la Constitution française : « la souveraineté nationale appartient au peuple, qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ».

Tout le mouvement dans la pensée politique qui va de Hobbes à Rousseau investit le peuple de la souveraineté. Ce peuple est une figure abstraite; c'est une fiction constitutive de l'ordre politique. Le peuple dans son ensemble ne peut être saisi de manière empirique, ne serait-ce que du fait qu'à chaque moment, des citoyens meurent et d'autres naissent. En ce sens, comme l'écrit Pierre Rosanvallon, le peuple est introuvable[2].

---

1 Guy Hermet *et al.*, *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques*, 8e éd. (Armand Colin, 2015) « peuple ».
2 Pierre Rosanvallon, *Le peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France* (Gallimard, 2002).

Ensuite, l'approche socioéconomique envisage le peuple comme la représentantion les travailleurs, soit ceux qui n'ont que leur force de travail à vendre (paysans, ouvriers...). C'est aussi la multitude. Le peuple, c'est le prolétariat[3]. Un acception plus large inclut les petits entrepreneurs, les artisans et les commerçants, soit ceux qu'on appelle parfois les petites gens, les hommes du commun. C'est la plèbe romaine, qui représentait 90 % du corps civique de l'empire. Ce *peuple-classe* est en opposition avec les industriels, les financiers et les capitalistes. Bref, c'est le peuple contre les gros[4].

L'approche historico-culturelle conçoit le peuple comme étant celui des natifs, qui appartiennent à une communauté fondée sur des liens de sang, une religion, une histoire, etc. C'est un peuple nécessairement pré-politique, partageant une identité collective. Ce peuple est censé être plus réel que le peuple « légal », qui est politique et abstrait. C'est aussi une conception qui implique plus facilement l'exclusion, que ce soit celle des étrangers ou de ceux qui, bien que citoyens, ne partagent pas l'identité collective dominante. Le slogan « La France aux Français[5] », par exemple, revendique une francité qui exlut ceux que Charles Maurras, théoricien de l'Action française, appelait les quatre États confédérés – protestants, juifs, francs maçons, métèques.

Le *peuple-ethnie* fait référence aux gens. Le groupe familial est descendant d'un ancêtre commun par voie féminine et réuni dans un but politique – et surtout religieux – au sein d'une curie. Dans les premiers siècles de la Rome antique, les gentes les plus anciennes faisaient ainsi remonter leurs origines aux familles accompagnant Romulus lors de la fondation de la ville. La portée de cette acception s'est toutefois diluée au cours de la République avec l'extension de la citoyenneté aux peuples alliés à Rome, à la fin du 1er siècle av. JC., puis à tous les habitants libres de l'Empire, en 212.

En cette époque où il fait un retour en force au cœur du discours politique, le mot « peuple » commande donc une certaine prudence, car sa signification concrète sera souvent fonction de la personne qui l'emploie. De Macron, de Le Pen et de Mélenchon, par exemple, le peuple n'englobera les plus riches que chez le premier, alors qu'il exprimera un certain anti-élitisme chez les deux derniers, pourtant aux antipodes de l'axe gauche-droite.

2. LA POLYSÉMIE DU TERME « PEUPLE »

La polysémie du mot « peuple » ne se limite pas au discours politique, mais déborde même dans l'arène juridique. Alors que la *Constitution française* implique l'idée d'un *peuple-nation*, celle des États-Unis, par l'expression « Nous, le peuple », fait référence au *peuple-constituant* qui se dote de la loi suprême qui va le régir. La *Loi fondamentale* allemande va plus loin encore en spécifiant, dans son préambule, que le peuple exerce ainsi sa « libre autodétermination » :

> Conscient de sa responsabilité devant Dieu et devant les hommes, animé de la volonté de servir la paix du monde en qualité de membre égal en droits dans une Europe unie, le peuple allemand s'est donné la présente Loi fondamentale en vertu de son pouvoir constituant.
>
> Les Allemands dans les Länder de Bade-Wurtemberg, Bavière, Berlin, Brandebourg, Brême, Hambourg, Hesse, Mecklembourg-Poméranie occidentale, Basse-Saxe, Rhénanie du Nord-Westphalie, Rhénanie-Palatinat, Sarre, Saxe, Saxe-Anhalt, Schleswig-Holstein et Thuringe, ont parachevé l'unité et la liberté de l'Allemagne par une libre autodétermination.
>
> La présente Loi fondamentale vaut ainsi pour le peuple allemand tout entier.

C'est en ce sens que les peuples « déterminent librement leur statut politique[6] ». Cette *autodétermination politique* représente donc l'expression de l'aspiration démocratique des individus-citoyens.

---

3 Maurice Thorez, *Fils du peuple* (Éditions sociales, 1937).
4 P. Birnbaum (préc. n. 1).
5 *Id*.
6 *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 RTNU 171 (23 mars 1976), art. 1.

Mais une autre conception renvoie plutôt à l'*autodétermination nationale* évoquée par le président américain Woodrow Wilson dans ses quatorze points de janvier 1918[7], véritable prélude au démantèlement de l'empire des Habsbourg. Ce discours projetait la création d'un État polonais comprenant « les territoires habités par les populations indiscutablement polonaises », la redéfinition des frontières de l'Italie selon « les lignes clairement reconnaissables des nationalités » et l'organisation des États des balkans « suivant les « lignes d'allégeance et de nationalité historiquement admises ». Les nouveaux États devaient donc correspondre à des peuples définis sur une base ethnoculturelle.

En théorie, pourtant, l'État multinational austro-hongrois aurait pu être maintenu. Sa démocratisation intégrale aurait suffi à assurer l'*autodétermination politique* des citoyens d'Autriche-Hongrie, mais pas *l'autodétermination nationale* des peuples polonais, tchèque, etc. Or, appliquer le principe de l'autodétermination nationale dans un tel patchwork de peuples comportait d'énormes risques que le secrétaire d'État de Wilson, Robert Lansing, a immédiatement saisi avec une remarquable prescience. Dans son journal intime de décembre 1918, il écrit :

> The more I think about the President's declaration as to the right of « self-determination », the more convinced I am of the danger of putting such ideas into the minds of certain races. It is bound to better basis of impossible demands on the Peace Congress, and create trouble in many lands. […] The phrase is simply loaded with dynamite. It will raise hopes which can never be realized. It will, I fear, cost thousand of lives. […][8]

La suite confirmera, ô combien tragiquement, cette analyse prémonitoire.

L'autodétermination sera invoquée par les nouveaux États, par exemple la Pologne et la Roumanie, pour affirmer leur exclusivisme national face aux minorités présentes sur leur territoire. Cela a été fait aussi par les vaincus de la Première Guerre (Hongrie, Allemagne) engagés dans des stratégies irrédentistes pour récupérer leurs « nationaux » perdus. La manipulation sans vergogne du principe de l'autodétermination par Hitler pour justifier sa politique expansionniste au nom de l'inclusion des Allemands ethniques dans le Reich (Autriche, Sudètes) conduira la communauté internationale à le réinterpréter après 1945.

De simple principe politique, l'autodétermination des peuples devient désormais un véritable droit mentionné dans la charte des Nations-unies tout comme dans des déclarations et conventions internationales. Même si les implications juridiques précises de ce droit sont loin d'être claires, il est devenu une norme essentielle du droit international. En même temps, cette promotion a été accompagnée d'une redéfinition de ses bénéficiaires. Pour éviter l'effet déstabilisateur que son instrumentalisation par l'Allemagne nazie avait eu dans la marche vers la Seconde Guerre mondiale, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes n'est plus reconnu, comme dans la logique wilsonienne, à des nations (au sens ethno-culturel) mais aux seuls peuples qui ont été privés de la capacité de se déterminer librement par le colonialisme.

Seuls les peuples colonisés par les puissances occidentales, auxquels on a assimilé les Palestiniens sous occupation israélienne et les Noirs d'Afrique du Sud, peuvent, au regard du droit, s'affranchir légitimement de la domination politique considérée comme étrangère et se doter d'un État indépendant. Les peuples concernés par l'autodétermination sont définis sur une base strictement territoriale : ce ne sont pas les Baoulés, Agnis et autres Bétés qui ont bénéficié du droit à l'autodétermination pour s'émanciper de la colonisation française, mais le peuple de Côte d'Ivoire, c'est-à-dire tous les habitants de la colonie. Le principe de l'intangibilité des frontières héritées de la colonisation est une conséquence naturelle de la définition territoriale de l'autodétermination.

Entre les « Quatorze points » de Wilson et le dispositif juridique onusien, il y a donc bien une reformulation du principe d'autodétermination; à un fondement ethnoculturel se substitue un fondement territorial.

---

[7] Reproduit dans « President Woodrow Wilson's Fourteen Points » (*The Avalon Poject*, 2008) <https://avalon.law.yale.edu/20th_century/wilson14.asp> consulté le 28 mai 2020.

[8] Robert Lansing, *Private Memoranda 1918-1919* (Library of Congress) https://www.loc.gov/item/mss29454002/ (consulté le 9 juin 2020) p. 88-89 « "Self-Dtermination" and the Dangers, December 30, 1918 ».

On peut également préciser que, pour le droit international, les colonies d'outre-mer ne font pas partie du territoire national de l'État qui les administre. Dès lors, leur accession à l'indépendance ne saurait être interprétée comme une sécession, elle implique plutôt la restauration d'une capacité politique souveraine que la puissance coloniale avait usurpée.

De plus, le droit à l'autodétermination est à usage unique. Une fois qu'il est devenu effectif dans le cadre des limites administratives coloniales, il ne saurait être juridiquement revendiqué par un peuple intégré à un État indépendant à l'appui de sa propre auto-émancipation**.** Il n'existe donc pas de droit à la sécession dans les États constitués et ceux-ci sont fondés à défendre, y compris par la force, leur intégrité territoriale. Cet interdit frappant la sécession explique que tant celle du Katanga (1960-1963) que celle du Biafra (1967-1970) échouèrent après avoir été dénoncées par la plupart des États du monde. La seule sécession victorieuse jusqu'au début des années 1990, celle du Pakistan oriental en 1971, doit son succès à un contexte géopolitique particulier (la province était depuis 1947 géographiquement séparée du Pakistan occidental par 1 700 km) et à une conjoncture politique spécifique (soutien militaire de l'Inde à la rébellion).

Que le droit international récuse l'autodétermination par sécession ne suffit évidemment pas à endiguer les dynamiques séparatistes. Elles s'expriment de façon violente ou non aux quatre coins du globe, dont les régions kurdes, la Corse, la Catalogne et l'Ecosse.

On en revient inévitablement à cette question : comment définir ces peuples qui pourraient bénéficier d'un droit à l'autodétermination nationale ?

Comme l'avait constaté avec ironie le juriste britannique Ivor Jennings, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est un principe faussement simple car « [l]e peuple ne peut décider avant que quelqu'un ne décide qui est le peuple ». Quels sont ces critères de définition du peuple?

Peut-il avoir des caractéristiques objectives (langue, histoire, religion...) ? On pourrait reprendre l'argumentaire de Renan sur l'impossibilité de déterminer des critères de reconnaissance des nations, et l'appliquer aux peuples, sans en changer un iota : il n'y a pas de définition objective du peuple. Ainsi, il ne suffit pas d'avoir une langue commune pour se penser comme peuple uni. Les francophones, même de territoires proches de la France, ne se considèrent pas comme membres du peuple français.

Il convient donc de privilégier une approche subjective du peuple comme un rassemblement d'individus unis par la volonté de partager un destin commun, soit une communauté de destins qui pourra bien sûr être fondée sur une histoire partagée et une langue commune. En ce sens, il y a certainement aujourd'hui un peuple kurde, ou tibétain, ou québécois. Mais d'une part, cette perception n'a pas toujours existé. Il y a donc une historicité des peuples : il n'y avait pas de peuple québécois du temps de la « Nouvelle-France ». Il n'émergea que progressivement au cours du XXième siècle. La notion de « peuple » est donc aussi performative, comme disent les philosophes et les linguistes. Le simple fait qu'elle soit énoncée et utilisée de façon répétée, finit par conférer une reconnaissance publique et un poids politique à ce qu'elle énonce. Un peuple n'existe que parce qu'un nombre important de personnes se reconnaissent en lui et l'affirment de façon récurrente.

Il convient aussi de marquer la différence entre le sentiment d'appartenance subjective à un peuple et la mobilisation nationaliste. En arrière-fond de la seconde, il y a nécessairement un projet politique de souveraineté. Souvent ce projet est l'indépendance, parfois seulement l'autonomie. Dans tous les cas, il ne s'agit pas d'une simple affirmation identitaire comme cela peut être pour un peuple. Par exemple, jusqu'à la fin du XIXième siècle, il n'y avait aucun projet politique national chez ceux qui se reconnaissaient comme membres du peuple juif. Lorsque ce projet politique se consolida, de plus en plus de juifs se sont pensés comme nation et ont exigé le droit à l'autodétermination.

3. L'INÉPUISABLE PRINCIPE D'AUTODÉTERMINATION

Précisément parce qu'il n'y a pas de définition canonique du peuple, le droit à l'autodétermination a inévitablement une forte extension**.** Puisqu'il s'agit d'un principe général, il peut être revendiqué en théorie par tous les groupes humains qui excipent de cette qualité. Et de fait, ce droit a connu depuis près de deux siècles une application de plus en plus large.

Les premiers à bénéficier de cette émancipation, souvent à l'issue d'une guerre de libération victorieuse (Grèce, Serbie, Italie) furent les « nations historiques » c'est-à-dire celles qui pouvaient se prévaloir d'une institutionnalisation politique suffisante, même lointaine. La première moitié du XIXième siècle vit aussi, avec l'accession à l'indépendance des États d'Amérique latine dans les empires coloniaux espagnol et portugais, les prodromes de la décolonisation, nouveau phénomène qui allait donner un essor prodigieux à l'autodétermination des peuples après la Seconde Guerre mondiale. Mais avant cela, c'est sur le continent européen, qu'en vertu du principe des nationalités mis en avant par le président Wilson en 1918, qu'une kyrielle de peuples qui n'avaient jamais disposé d'entités politiques propres purent se doter d'un État.

Cette première extension du principe d'autodétermination attestait que l'idéalisme wilsonien ne pouvait pas être réservé *a priori* à certains peuples même si les vainqueurs des puissances centrales considéraient qu'il n'avait pas vocation à s'appliquer aux peuples d'Asie et d'Afrique, soumis à la colonisation européenne, ni, en Europe, aux « nations périphériques » (Catalans, Écossais) intégrées, souvent depuis des siècles, dans de puissants États. Toutefois, comme le principe des nationalités renfermait un axiome général, il était par définition universalisable : la double exclusion énoncée ci-dessus était nécessairement conjoncturelle et dépendante du contexte géopolitique et de conditions socio-historiques. Elle ne pouvait se voir attribuer une validité permanente.

Les peuples subjugués d'Afrique et d'Asie s'emparèrent de cette grammaire émancipatrice et la retournèrent contre les puissances coloniales afin de mener à bien leur combat pour l'indépendance. La décolonisation constitua une étape qualitative décisive dans l'universalisation du droit à l'autodétermination qui, par un effet boomerang, finit par se poser en Europe même, et d'abord à l'ouest du continent. L'ethno-régionalisme des années 1960 emprunte d'ailleurs dans un effet de mimétisme évident ses méthodes et son vocabulaire aux mouvements de libération du tiers-monde qui étaient parvenus à se débarrasser de la tutelle européenne. On a fait alors la promotion de la lutte armée, association entre lutte régionaliste et combat anticapitaliste, tout en critiquant l'impérialisme des États qui ont mis au pas les « nations résiduelles ». Un thème surtout montre la parenté d'inspiration évidente entre les revendications corses, bretonnes... et celles du FLN ou du Viêt-minh : celui du colonialisme.

L'occitaniste Robert Lafont dénonça ainsi la vassalisation des régions par un centre parisien suzerain, le sous-développement régional et l'acculturation autoritaire des ethnies périphériques qui seraient autant de signes du colonialisme intérieur mis en œuvre par l'État français[9]. Cette quête d'autodétermination qui s'est exprimée avec une force et une intensité très variables selon les cas, n'aboutira nulle part, à l'ouest de l'Europe, à son terme ultime, l'édification d'un nouvel État, mais elle trouvera néanmoins une concrétisation partielle en Espagne (mise en place d'une très large autonomie en Catalogne et au Pays basque), en Belgique (fédéralisation de l'État) et même, dans une moindre mesure, en France (statut particulier de la Corse).

Pourtant, rien ne dit que cette dynamique de l'autodétermination ne produira plus d'effets supplémentaires à l'Ouest car l'événement inattendu que fut l'implosion du système communiste a donné au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes une seconde jeunesse. La décomposition de l'Union soviétique, la dislocation des fédérations tchécoslovaque et yougoslave ont doté une pléiade de peuples d'une expression étatique, totalement inédite pour la plupart d'entre eux. Avec la

[9] Robert Lafont, *La révolution régionaliste* (Gallimard, 1967).

« décommunisation », le droit à l'autodétermination est entré dans son troisième âge : après avoir détruit les empires multinationaux puis coloniaux, il a fait voler en éclats un empire idéologique [10].

L'ultime expression contemporaine qui atteste de la vigueur de ce principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est la mobilisation des peuples autochtones, ces premières nations écrasées par le rouleau compresseur de la conquête et de la colonisation et maintenues dans une marginalisation économique et politique endémique. Amérindiens, Touaregs, Aborigènes d'Australie, Samis du Grand Nord Scandinave constituent sur les cinq continents une population de trois cents millions d'individus, répartis en cinq mille groupes ethniques. Là aussi, ces peuples ont choisi d'agir à l'intérieur de leurs États respectifs et sur la scène internationale en affirmant leur libre disposition d'eux-mêmes qui passe, au minimum, par le droit à l'autonomie culturelle, voire administrative, et à la propriété de leurs territoires traditionnels. Si la plupart de ces peuples se contenteraient de la reconnaissance de droits collectifs élémentaires à l'intérieur des États existants, certains entendent aller plus loin, vers une large autonomie interne, établie sur une base territoriale (comme les Inuits du Canada qui bénéficient depuis 1999 d'un territoire spécifique, le Nunavut) ou, carrément vers l'indépendance (les Ouïghours, peuple turco-mongol de sept millions d'âmes habitant le Xinjiang chinois).

Cette effervescence montre sans conteste que le droit à l'autodétermination est loin d'avoir épuisé tous ses charmes. Sa portée universelle conduira-t-elle inéluctablement à la balkanisation inexorable de la planète en unités politiques toujours plus petites et inclusives ?

Rien n'est moins sûr. Il convient en effet de bien mesurer la distance colossale entre nationalismes potentiels et nationalismes réalisés c'est-à-dire capables de créer un nouvel État indépendant. Les facteurs de distinction, permettant d'introduire des écarts différentiels entre peuples, sans être inépuisables, sont nombreux : langue, religion, expérience historique... En ne prenant en compte que le critère de la langue on arrive déjà au nombre faramineux de six mille groupes humains différents ! Ce nombre ne ferait que croître si on le croisait avec le critère religieux puisque, comme le démontre de façon éloquente l'exemple suisse, une même langue peut être parlée par des groupes confessionnels différents.

Pourtant, comme le remarque Ernest Gellner, même en faisant l'hypothèse que ces six mille langues permettraient d'isoler autant de peuples différents, porteurs de projets nationalistes distincts, au moins 90 % de ces nationalismes demeureront potentiels[11] . Ce défaut de politisation tient à une série de facteurs dont l'assimilation en douceur, c'est-à-dire l'absorption d'un groupe humain minoritaire dans un autre, plus grand et bénéficiant d'un puissant prestige socio-culturel, n'est certainement pas le moindre. Cette loi d'airain de l'assimilation, qui connaît une accélération prodigieuse à l'époque de la communication globale, devrait amener la disparition, d'ici la fin du XXIième siècle, de la moitié des langues actuellement en usage, réduisant d'autant la capacité d'émergence de nationalismes linguistiques.

D'autres éléments entravent également la matérialisation des nationalismes virtuels, dont la dispersion géographique, l'échec de la consolidation du mythe de la continuité historique et l'absence de classe intellectuelle. La déperdition est donc immense et la majorité écrasante des nationalismes n'existera qu'en puissance. Pourtant, même les nationalismes qui se révèlent en acte et parviennent à enclencher une véritable dynamique politique, sont loin d'être sûrs de voir leur aspiration à l'autodétermination concrétisée.

L'obstacle le plus sérieux tient à l'existence d'un ordre international structuré par la division entre États qui, jaloux de leurs prérogatives, ne sont guère désireux de voir entamer leur souveraineté territoriale. Le déploiement de nationalismes alternatifs est donc fortement contraint par les deux cents États ou presque qui se partagent le monde et qui veillent au respect de leur intégrité territoriale. Le cas africain montre avec éclat qu'il y a loin de la coupe aux lèvres. Ce continent où, comme on le répète à l'envi et avec une certaine exagération, les

---

[10] Stéphane Pierré-Caps, *La multination. L'avenir des minorités nationales en Europe centrale et orientale* (coll. Sciences humaines, Odile Jacob, 1995).

[11] Ernest Gellner, *Nations and Nationalism* (Wiley-Blackwell, 1983) p. 70-71.

frontières tracées par les colonisateurs sont arbitraires et artificielles puisqu'elles sectionnent fréquemment des ensembles humains, aurait dû en théorie être un grand pourvoyeur de nationalismes irrédentistes et sécessionnistes. Avec plus de mille neuf cents langues et quelques milliers d'ethnies[12], le terrain paraissait fort propice. Pourtant, malgré des conflits d'une rare violence, les frontières héritées de la colonisation, au respect desquelles l'Organisation de l'unité africaine appelait en 1964, ont remarquablement résisté. Tous les États qui ont accédé à l'indépendance l'ont fait dans le cadre du nationalisme décolonisateur qui accompagnait la liquidation des empires coloniaux. Les nationalismes « régionalistes », du Biafra au Nigeria et du Katanga au Zaïre, ont tous échoué face à la résistance des États et aux soutiens internationaux sur lesquels ils pouvaient compter. La seule exception récente est l'accession à l'indépendance en juillet 2011 du Sud-Soudan, à l'issue d'une longue guerre de libération des peuples du Sud puis d'un accord de paix entre Khartoum et la rébellion sous les auspices des Nations unies.

CONCLUSION

Incontestablement, dans un monde fini, où les États en place bénéficient d'une forte légitimité, la capacité des nationalismes effectifs à se réaliser pour obtenir une indépendance pleine et entière est plus réduite que le potentiel de différenciation (ethnique, religieux) ne le laisserait supposer de prime abord. Kurdes, Palestiniens, Sikhs, Basques et bien d'autres encore mesurent chaque jour combien il est malaisé de conduire leur nationalisme à ses fins étatiques dans un monde déjà saturé d'États. Cette difficulté ne remet pas en question l'universalisation du principe d'autodétermination, mais souligne nettement que sa concrétisation n'a rien d'inéluctable. Elle dépendra, dans chaque situation, de l'existence de conditions politiques propices et d'une conjoncture historique porteuse, comme celles qui ont suivi les grandes guerres, facilité la décolonisation ou favorisé le morcellement de l'URSS.

[12] Par exemple, on dénombre environ 230 ethnies uniquement au Cameroun.

II- AUTODÉTERMINATION DES PEUPLES : ÉMERGENCE D'UN NOUVEAU DROIT

LE RENOUVEAU PROCÉDURAL DU DROIT INTERNATIONAL DE L'AUTODÉTERMINATION

Emanuel Castellarin
Université de Strasbourg

INTRODUCTION

Un siècle après Lénine et Wilson, le principe d'autodétermination des peuples semble connaître une crise d'identité. Certes, sa vitalité est certaine tant dans les ultimes étapes de la décolonisation (de la Nouvelle-Calédonie au Sahara occidental[1]) qu'à l'occasion de mouvements sécessionnistes (de la Catalogne au Kurdistan irakien). Toutefois, sur le plan normatif, sa capacité de s'étendre à des situations nouvelles connaît un essoufflement. La première moitié du XXe siècle a permis sa cristallisation en tant que norme de droit international, la seconde moitié du siècle a été la période de l'essor de son utilisation pour la décolonisation et dans les années qui ont suivi la fin de la guerre froide. Or, depuis quelques décennies, la société internationale a cessé de produire de nouvelles normes coutumières ouvrant un droit à l'autodétermination externe. La réaction internationale aux processus sécessionnistes en Catalogne et au Kurdistan irakien, unanime dans la non-reconnaissance des revendications sécessionnistes, démontre clairement le refus de remettre en cause cette situation[2]. Pire, pour certains, l'invocation du droit à l'autodétermination est devenue inopportune, voire dangereuse. En Catalogne, on présente un « droit de décider » de source constitutionnelle comme un fondement plus solide pour les revendications sécessionnistes, alternatif au droit à l'autodétermination[3]. De manière plus générale, dans un contexte de réaffirmation du nationalisme et du souverainisme, l'autodétermination risque d'être associée au repli sur soi et à la démagogie[4]. Après tout, des slogans comme *Make America great again* et *Take back control* font appel à l'idée d'autodétermination, et l'invocation du principe presque exclusivement au profit de communautés ethnolinguistiques contribue à entretenir le doute quant à sa compatibilité avec une conception inclusive de la société.

Comment concevoir l'autodétermination de manière à ne pas en faire simplement l'expression des revendications d'une communauté contre les autres ? Une tendance récente permet d'envisager un renouveau du principe d'autodétermination. Au lieu de se concentrer sur le droit *à* l'autodétermination externe, dont on sait qu'il n'existe que dans des limites très étroites[5], les débats portent de plus en plus sur le droit *de* l'autodétermination, c'est-à-dire sur l'encadrement de la prise de décision en la matière.

---

[1] Les deux accords euro-marocains ont eu des effets par rapport au droit à l'autodétermination du peuple sahraoui. Voir *Conseil de l'Europe c. Front Polisario* (21 décembre 2016), C-104/16 P ; *Western Sahara Campaign UK* (27 février 2018), C-266/16.

[2] Sterio, Milena, « Self-Determination and Secession Under International Law. The Cases of Kurdistan and Catalonia » (*American Society of International Law*, 5 janvier 2018) <www.asil.org>, consulté le 1er juin 2020 ; Hajjami, Nabil, « La situation en Catalogne au regard du droit international public » (*Centre de droit international de l'Université libre de Bruxelles*, 13 octobre 2017) <cdi.ulb.ac.be>, consulté le 1er juin 2020.

[3] Jaume López, « The Right to Decide. A Right of the 21st Century », dans Peter Kraus et Joan Vergés Gifra (dir.), *The Catalan Process. Sovereignty, Self-Determination and Democracy in the 21st Century* (Generalitat de Catalunya, 2017) p. 123-128; Mercè Barceló et al., *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho* (Atelier, 2015) ; Jorge Cagiao Conde et Gennaro Ferraiuolo (dir.), *El encaje constitucional del derecho a decidir* (Catarata, 2016).

[4] Anne Peters, « Populist International Law? The Suspended Independence and the Normative Value of the Referendum on Catalonia », (*Blog of the European Journal of International Law*, 12 octobre 2017), <https://www.ejiltalk.org/populist-international-law-the-suspended-independence-and-the-normative-value-of-the-referendum-on-catalonia/> consulté le 1er juin 2020.

[5] Christian Walter, Antje Von Ungern-Sternberg et Abushov, Kavus (dir.), *Self-Determination and Secession in International Law*, (Oxford University Press, 2013) ; John Dugard, *The Secession of States and Their Recognition in the Wake of Kosovo* (Brill/Nijhoff, 2013) ; Gilles Guglielmi (dir.), *De l'autonomie au séparatisme* (Berger-Levrault, 2017) ; Olivier Lecucq (dir.), *Sécession et processus sécessionniste en droit international, européen et constitutionnel* (Institut Universitaire Varenne, 2017) ; Théodore Christakis et Aristoteles Constantinides, « Territorial disputes in the context of secessionist conflicts », dans Kohen, Marcelo et Hébié, Mamadou (dir.), *Research Handbook on Territorial Disputes in International Law* (Elgar, 2019).

L'attention se déplace des formes de l'autodétermination vers les modalités de son exercice et du résultat au processus.

L'autodétermination ne peut être mise en œuvre sans des procédures appropriées[6]. Une attention accrue aux aspects procéduraux de l'autodétermination éclaire d'une lumière nouvelle tant l'éternel problème de la définition du titulaire du droit à l'autodétermination que la question de l'autodétermination externe. Tous les volets de l'autodétermination ont une forte dimension procédurale, à partir de l'auto-affirmation[7]. Théoriquement, des procédures appropriées permettent de faire émerger, par approximation, la plus petite communauté pertinente pour le traitement de chaque question qui nécessite une décision collective. De telles procédures permettent également l'autodéfinition des communautés concernées, par exemple par la répétition de référendums ou par des contre-référendums partiels qui permettraient de préciser progressivement l'étendue géographique des communautés concernées[8]. De même, des procédures appropriées peuvent faire émerger la volonté collective des individus qui composent une communauté, en vue de son auto-organisation et de son autogestion. Conçue de la sorte, l'autodétermination est centrée sur l'individu et permet d'identifier, du bas vers le haut, des volontés collectives à des échelles géographiques variées, dans un esprit de subsidiarité. Le débat sur l'autodétermination rejoint ainsi celui sur le « droit de décider » en tant que revendication sur le plan constitutionnel[9], car le principe d'autodétermination s'articule avec d'autres principes libéraux-démocratiques et avec les droits humains.

Cette conception de l'autodétermination est susceptible d'applications très diverses. Cependant, la constitution en État attire une attention particulière, car elle est considérée par une partie de certaines communautés, à tort ou à raison, comme incontournable pour une pleine réalisation de l'autodétermination. La question de l'accession à l'indépendance est donc particulièrement susceptible de faire l'objet de procédures tendant à constater la volonté collective de la communauté concernée. Cela est démontré par l'engouement pour le référendum d'indépendance, le vote par lequel la population d'un territoire rattaché à un État se prononce directement sur la proposition de se constituer en nouvel État. En réalité, l'expression « référendum d'indépendance » recouvre des phénomènes très différents. On sait que le référendum, indépendamment de son objet, est un instrument puissant mais facile à dévoyer, car il propose une réponse binaire à des problématiques complexes. Par conséquent, l'objet des référendums d'indépendance n'est pas toujours aisé à identifier, en raison de la créativité des questions référendaires. Par exemple, si la question soumise aux Écossais en 2014 était très simple (« L'Écosse devrait-elle être indépendante ? »), celle soumise aux Québécois en 1980 l'était beaucoup moins : composée de plus de cent mots, elle concernait la négociation d'une entente avec le Canada et faisait référence à la fois à la souveraineté et au maintien d'une association économique. Les tentatives de dépasser une vision classique des modes d'exercice de l'autodétermination, construite autour de l'État par la dichotomie interne/externe, contribuent à la créativité des questions référendaires.

Les référendums d'indépendance constituent une catégorie très hétérogène aussi du point de vue de leur qualification juridique. En dépit de la pratique bien établie depuis la décolonisation, à la rigueur le terme « référendum » 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. Néanmoins, la distinction n'est pas toujours facile à établir. Par exemple, le vote du 1er octobre 2017 en Catalogne aurait été décisionnel selon la loi catalane sur le référendum d'autodétermination[10], mais en raison de l'inconstitutionnalité de la loi et

---

[6] Guy Héraud, *Les communautés linguistiques en quête d'un statut*, (Presses d'Europe, 1994), p. 34-35 ; *L'Europe des ethnies* (2e éd, Presses d'Europe, 1975) p. 271-272.

[7] G. Héraud (préc. n. 6), p. 33.

[8] G. Héraud (préc. n. 6), p. 35-36.

[9] Daniel Turp, « Le " droit de décider " de la Catalogne selon le droit international, européen, espagnol, catalan et comparé », dans Daniel Turp (dir.), *Rapport du groupe international d'experts le référendum sur l'indépendance catalane : une évaluation du processus d'autodétermination* (IRAI, 2017) p. 55-72.

[10] Selon l'art. 4 § 3 de cette loi du 6 septembre 2017, le référendum du 1er octobre aurait eu effet obligatoire. En cas de résultat positif, le Parlement de Catalogne aurait été tenu de déclarer l'indépendance de la Catalogne au plus tard dix jours après la

de son inapplication partielle, ce vote peut être qualifié, au mieux, de consultation. De même, le vote du 18 septembre 2014 en Écosse était qualifié de référendum par le *Scottish Independence Referendum Act* de 2013, même si, du point de vue juridique, une loi postérieure contraire aurait pu y déroger.

En outre, le cadre juridique des référendums d'indépendance n'est pas toujours facile à saisir. Le référendum est parfois organisé de manière conforme au droit interne. Par exemple, l'organisation d'un nouveau référendum d'indépendance au Québec, après ceux de 1980 et de 1995, serait licite. Dans certains cas, le référendum est même organisé d'un commun accord entre les indépendantistes et l'État, ce qui permet de l'encadrer à l'avance par le droit national. Tel a été le cas du Monténégro en 2006 et de l'Écosse en 2014. Tel sera également le cas de la Nouvelle-Calédonie le 4 novembre 2018 et de Bougainville le 15 juin 2019. D'autres consultations sont conçues de manière autonome par des collectivités territoriales, sans que cela contrevienne à aucune norme de droit international, mais *praeter legem* ou *contra legem* en droit interne. Parfois simplement envisagées[11], ces consultations sont empêchées dans d'autres cas[12]. Toutefois, dans certains cas, elles ont effectivement lieu en dépit des obstacles juridiques et matériels qui s'y opposent, s'insérant aux yeux des indépendantistes dans un processus constituant, comme en Catalogne en 2017. Enfin, des consultations sont parfois organisées avec l'appui militaire ou paramilitaire d'un autre État, ce qui en fait des faits illicites en droit international. Cette situation, qu'il peut être difficile d'identifier sur le plan factuel lorsque l'activité de l'État étranger se confond avec la mobilisation spontanée de la population locale, s'est vérifiée notamment dans l'espace postsoviétique.

Malgré leur diversité, les référendums d'indépendance manifestent l'existence de demandes répandues dans la société internationale contemporaine. Comme déjà 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, les référendums d'indépendance jouent un rôle important dans la création de nouveaux États 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, y compris les deux derniers États admis comme membres de l'Organisation des Nations unies, le Monténégro en 2006 et du Soudan du Sud en 2011. Ces dernières années, des mouvements sécessionnistes ont utilisé l'instrument référendaire pour soutenir leurs revendications. Les difficultés rencontrées en présence d'une nette opposition étatique démontrent que l'efficacité du référendum d'indépendance est parfois limitée pour les indépendantistes : en dépit de l'allégation de résultats favorables à l'indépendance, les consultations en Catalogne et au Kurdistan irakien n'ont pas abouti à une tentative de constitution effective d'un État. Cependant, la diffusion de la pratique référendaire est susceptible de susciter l'émulation d'autres communautés.

Dans ce contexte, le référendum d'indépendance peut être décrit comme le véhicule d'un renouveau de l'autodétermination fondé sur les principes libéral-démocratiques. Traditionnellement conçu comme un simple fait qui échappe à l'emprise du droit[13], la création d'un nouvel État est réduite à une prise de décisions encadrée par des procédures et fondée sur la participation directe de la population aux affaires politiques. Certes, cela ne doit pas occulter l'utilisation stratégique du référendum d'indépendance comme instrument politique : souvent conçu comme option dans le cadre d'un processus plus large, il peut faire l'objet de menaces ou de promesses qui permettent d'obtenir d'autres avantages au sein de l'État existant. Toutefois, dans une société internationale encore centrée sur les relations interétatiques, le référendum d'indépendance manifeste aussi à l'immense ambition d'élaborer de nouvelles formes d'expression collective des individus quant à leur avenir politique.

---

proclamation des résultats. En revanche, la consultation du 9 novembre 2014 n'aurait pas eu effet obligatoire, selon la loi catalane du 26 septembre 2014 sur les consultations populaires non référendaires et d'autres formes de participation citoyenne.

[11] Des mouvements sécessionnistes ou autonomistes, qui parfois envisagent un référendum d'indépendance, sont présents dans plusieurs États. Voir Daniel Turp et Marc Sanjaume-Calvet (dir.), *The Emergence of a Democratic Right to Self-Determination in Europe* (Centre Maurits Coppieters, 2016).

[12] Cour constitutionnelle, Rome, 29 avril 2015, n° 118/2015, (Italie), déclarant inconstitutionnelle la loi régionale 16 du 19 juin 2014 sur l'organisation d'une consultation sur l'indépendance de la Vénétie ; Bundesverfassungsgericht, Karlsruhe, 16 décembre 2016, 2 BvR 349/16, (Allemagne), déclarant inconstitutionnelle l'organisation d'une consultation visant à la sécession de la Bavière.

[13] Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (3e éd., Springer, 1922) p. 332.

L'encadrement du référendum d'indépendance par le droit international est-il à la hauteur de cette ambition ? En paraphrasant le célèbre pamphlet de Sieyès « Qu'est-ce que le Tiers État » (1789), on peut affirmer que le référendum d'indépendance est, pour plusieurs mouvements indépendantistes contemporains, tout. Jusqu'à présent, en droit international, il n'a été rien, ou presque : il fait l'objet d'un encadrement qui n'assure pas la sécurité juridique nécessaire à son fonctionnement ordonné. Que demande-t-il ? A être quelque chose. Peu valorisé par le droit international, le référendum d'indépendance peut contribuer au renouveau du droit de l'autodétermination à condition que son encadrement juridique soit développé.

1. LA FAIBLE VALORISATION DU RÉFÉRENDUM D'INDÉPENDANCE

Le droit international n'est pas totalement indifférent aux référendums d'indépendance, car il comprend des normes qui leur sont applicables. Toutefois, en l'absence d'une obligation générale d'organiser un référendum d'indépendance à la demande d'une partie de la population, le droit international n'encourage pas les initiatives référendaires. En outre, le droit international ne reconnaît que des effets très limités aux référendums d'indépendance.

1.1. L'ABSENCE D'UNE OBLIGATION GÉNÉRALE D'ORGANISER DES RÉFÉRENDUMS D'INDÉPENDANCE

Pour tout référendum, la titularité et les modalités de l'initiative référendaire sont cruciales. Or, le droit international n'encourage pas l'initiative référendaire sur l'accession à l'indépendance. Certes, la revendication d'un « droit de décider » en la matière, correspond en partie à des droits reconnus par le droit international tant à l'échelle universelle qu'à l'échelle régionale. Ainsi, les droits d'expression, d'association et de vivre dans une société démocratique, reconnus au niveau universel et régional, impliquent dans une certaine mesure le droit de demander la tenue d'un référendum d'indépendance. 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'indépendance[14].

En outre, les questions relatives aux référendums d'indépendance ne relèvent pas intégralement et par nature du domaine réservé de chaque État. Puisque toutes les prises de position verbales ne constituent pas une ingérence illicite[15], d'autres États peuvent encourager une application ou une modification du droit interne de manière à favoriser l'organisation d'un référendum d'indépendance. Quant aux organisations internationales dont l'État concerné est membre, il serait excessif d'interpréter des dispositions telles que l'article 2 § 7 de la *Charte des Nations unies* (domaine réservé des États membres) ou l'article 4 § 2 du *Traité sur l'Union européenne* (respect de l'identité nationale et des fonctions essentielles des États membres) comme interdisant l'adoption de tout acte en la matière. Par exemple, l'Organisation des Nations unies, l'Union européenne et le Conseil de l'Europe se sont prononcés sur la consultation de 2017 en Catalogne[16]. La portée normative de ces actes est très faible et leur contenu est particulièrement réservé

---

[14] Jan Klabbers « The Right to be Taken Seriously: Self-Determination in International Law » (2006) 28 *Human Rights Quarterly*, 186 ; Christine Bell, « International law, the Independence Debate, and Political Settlement in the UK », dans Mc Harg, Aileen et al. (dir.), *The Scottish Independence Referendum. Constitutional and Political Implications*, (Oxford University Press, 2016), p. 202.

[15] Jean Combacau, et Serge Sur, *Droit international public* (12e éd., L.G.D.J., 2016) p. 266-267.

[16] Dans le cadre des travaux de l'Assemblée générale sur la mise en œuvre du principe d'autodétermination, un expert indépendant a « préconisé que l'ONU fournisse aux États des services consultatifs sur les modèles viables d'autonomie et de fédéralisme et, au bout du compte, une assistance technique pour la tenue de référendums », notamment concernant les peuples autochtones. Voir Conseil des droits de l'homme, *Rapport de l'Expert indépendant sur la promotion d'un ordre international démocratique et équitable*, A/HRC/37/63, Doc off, 37e sess, 25 janvier 2018, par. 35,51, 53; Parlement européen, *Constitution, État de droit et droits fondamentaux en Espagne à la lumière des événements en Catalogne*, 2017/2888(RSP), Doc off, session plénière du 4 octobre 2017 ; Commission européenne, *Réponse écrite à une question sur les conséquences pour l'Union européenne d'une indépendance de la Catalogne*, E-005541-17, Doc off, 5 septembre 2017 ; Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, sans mentionner explicitement la consultation catalane, a exprimé sa préoccupation pour les allégations d'emploi disproportionné de la force par les autorités espagnoles et a recommandé à l'Espagne l'ouverture d'une enquête. Voir Commission européenne, *Déclaration relative aux événements en Catalogne*, STATEMENT/17/3626, (Bruxelles) 2 octobre 2017;

sur l'opportunité de la consultation, mais la compétence de ces organisations d'adopter des actes non obligatoires en la matière n'est pas contestable.

Toutefois, il n'existe pas d'obligation générale d'organiser un référendum d'indépendance à l'initiative de certains sujets déterminés, notamment à l'initiative d'une partie de la population. Dans le cadre de la décolonisation, plusieurs référendums d'autodétermination ont eu lieu, mais le référendum n'est pas nécessaire pour le choix entre indépendance, association à un État existant et intégration à un État existant. Pourvu que ce choix soit libre et volontaire, d'autres méthodes sont également licites[17]. Étant donné le pouvoir discrétionnaire des autorités en charge de la transition, l'organisation d'un référendum ne relève pas d'un véritable droit subjectif : ces autorités n'ont pas l'obligation d'organiser un référendum à la simple demande (d'une partie) des populations concernées. Tel est le cas aussi, *a fortiori*, en dehors des situations où il existe un droit à l'autodétermination externe. Les États confrontés à des phénomènes sécessionnistes peuvent librement décider de ne pas organiser de référendum d'indépendance[18], même face à une demande forte et continue de l'opinion publique. Cette situation, cohérente avec la neutralité d'ensemble du droit international à l'égard des processus sécessionnistes, justifie que l'opportunité (et non la licéité) soit le principal critère d'analyse de l'organisation des référendums d'indépendance.

Une sécession unilatérale non acceptée par le pouvoir central ne constitue pas en tant que telle une violation du droit international[19], mais l'organisation d'un référendum d'indépendance sans la coopération de l'État concerné reste particulièrement difficile sur le plan pratique et juridique. En l'absence de normes internationales contraires, le droit interne relatif à la sécession peut établir non seulement l'interdiction des consultations portant sur l'accession à l'indépendance, mais aussi les moyens d'assurer l'effectivité de cette interdiction, notamment par des sanctions. En définitive, le droit international est plutôt favorable au maintien du *statu quo* : il n'interdit pas de manière générale l'organisation de référendums d'indépendance, mais il ne permet pas de dépasser les obstacles que le droit interne peut leur opposer. A ces conditions, la valeur ajoutée du droit international par rapport au droit interne est très limitée en ce qui concerne le choix d'organiser le référendum. Ainsi, surtout lorsque le droit interne ne favorise pas l'organisation du référendum, la négociation avec le pouvoir central est utile voire nécessaire. La même conclusion s'impose au vu des effets juridiques très limités des référendums d'indépendance en droit international.

1.2. LES EFFETS JURIDIQUES TRÈS LIMITÉS DU RÉFÉRENDUM D'INDÉPENDANCE

Loin d'introduire un changement radical de logique du droit international, le référendum d'indépendance reste un facteur parmi d'autres dans le processus de création des États. Ce processus reste caractérisé par la primauté des relations interétatiques sur la logique démocratique et par un faible encadrement juridique.

Dans les années 1990, le référendum d'indépendance a parfois été considéré comme une condition nécessaire en droit coutumier pour la création de nouveaux États. La Commission Badinter a conforté cette thèse[20], défendue aussi par certains auteurs en ce qui concerne la création de tous les nouveaux États en

---

Commissaire aux droits de l'Homme, Conseil de l'Europe, *lettre du 4 octobre 2017*, COmmHR/NM/jp 036-2017 (Strasbourg) https://rm.coe.int/090000168075ae1a (consulté le 2 juin 2020).

[17] Pour l'association, ce choix doit être « exprimé selon des méthodes démocratiques et largement diffusées ». Pour l'intégration, il est exigé 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 ». Voir Assemblée générale des Nations unies, *Principes qui doivent guider les Etats 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*, Rés 1541(XV), Doc off, 15e sess, (1960), principes VII et IX). Aucune méthode particulière n'est requise pour l'accession à l'indépendance. Voir Assemblée générale des Nations unies, *Déclaration sur l'Octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*, Rés. 1514(XV), Doc off, 15e sess, (1960).

[18] James Crawford, *Creation of States in International Law* (2e éd., Oxford University Press, 2006) p. 417.

[19] *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo* (2008), Avis consultatif, C.I.J. Recueil 2010, p. 403, par. 79-84.

[20] Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie, avis n° 4 (Bosnie-Herzégovine), 11 janvier 1992.

dehors de la décolonisation[21]. Cette thèse est séduisante, car il est difficile de concevoir, en l'état actuel du droit international, une sécession qui ne serait pas illicite mais qui ne respecterait pas, au moins formellement, les principes démocratiques. Si le droit international faisait du référendum d'indépendance une condition nécessaire de toute sécession, le référendum d'indépendance en serait certainement valorisé. Alors qu'il n'est pas nécessaire pour la création d'un État issu de la décolonisation, le référendum d'indépendance aurait un sens particulier en dehors de la décolonisation : il serait nécessaire pour légitimer une situation dont la création ne relève pas du droit subjectif, mais simplement du fait non illicite. Toutefois, il n'est pas sûr que cette thèse reflète le droit coutumier actuel. La pratique en la matière est sujette à débat[22], et il est difficile d'affirmer l'existence d'une *opinio juris*. Contesté par une partie de la doctrine[23], le caractère coutumier de la nécessité d'un référendum d'indépendance pour la création d'un nouvel État laisse désormais songeurs aussi certains de ses partisans[24].

En outre, en dépit de l'engouement dont il fait l'objet, il est certain que le référendum n'est pas une condition suffisante de l'indépendance, car il ne peut pas avoir l'effet de constituer de plein droit un nouvel État. Les effets juridiques des référendums d'indépendance sont donc nécessairement plus limités. Certaines consultations sont nécessairement dépourvues de tout effet, car elles s'insèrent dans le cadre d'une violation du droit international. Tel est le cas du « référendum d'annexion » du 16 mars 2014 sur le rattachement de la Crimée à la Russie, qui a résulté du recours à la menace ou à l'emploi de la force contre l'intégrité territoriale de l'Ukraine, comme l'ont constaté notamment l'Assemblée générale des Nations unies et la Commission de Venise du Conseil de l'Europe[25]. D'autres référendums d'indépendance ont un effet obligatoire, qui est établi et limité par le droit interne sans contrevenir à aucune norme internationale. Ainsi, l'article 4 de la Loi monténégrine de 2001 sur le référendum, appliquée au référendum d'indépendance de 2006, prévoyait l'effet obligatoire du référendum pour l'assemblée qui l'a convoqué. Parfois, le droit interne reconnaît à certaines consultations des effets juridiques intermédiaires entre l'absence totale d'effets et l'effet obligatoire. Par exemple, dans le cas de la Nouvelle-Calédonie, la consultation n'a, par définition, pas d'effet obligatoire, mais elle est soumise à un régime spécifique : jusqu'à deux nouvelles consultations peuvent être organisées si la première rejette l'accession à la pleine souveraineté[26]. Dans la détermination des effets juridiques des consultations, le droit interne développe parfois des solutions originales : ainsi, selon la Cour suprême canadienne, « 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 nécessairement des négociations[27]. Ces solutions, si elles

---

[21] Anne Peters, *Das Gebietsreferendum im Völkerrecht: Seine Bedeutung im Licht der Staatenpraxis nach 1989* (Nomos, 1995); 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 » (*Blog of the European Journal of International Law*,16 avril 2014) https://www.ejiltalk.org/sense-and-nonsense-of-territorial-referendums-in-ukraine-and-why-the-16-march-referendum-in-crimea-does-not-justify-crimeas-alteration-of-territorial-status-under-international-law/ (consulté le 1er juin 2020); Antonello Tancredi, **«** A Normative 'Due Process' in the Creation of States Through Secession **»**, dans Marcelo Kohen, (dir.), *Secession: International law perspectives* (Cambridge University Press, 2006) p. 191 ; Jure Vidmar, *Democratic Statehood in International Law. The Emergence of New States in Post-Cold War Pratice* (Hart, 2013) p. 169-201.

[22] On peut se demander dans quelle mesure le référendum est équivalent à l'exercice de la démocratie représentative lors d'élections dont la campagne électorale est centrée sur la question de la sécession, comme au Kosovo en 2008. L'absence de référendum lors de la dissolution de la Tchécoslovaquie invite aussi à se demander si la sécession est soumise au même régime que la dissolution d'État.

[23] Veronika Bílková, « Territorial (Se)Cession in Light of the Recent Events in Crimea », dans Matteo Nicolini, Francesco Palermo et Enrico Milano (dir.), *Law, Territory and Conflict Resolution* (Brill/Nijhoff, 2016) p. 212.

[24] A. Peters, « Populist International Law? The Suspended Independence and the Normative Value of the Referendum on Catalonia » (préc. n. 4).

[25] Assemblée générale des Nations unies, *Intégrité territoriale de l'Ukraine*, Rés 68/262, Doc off AG NU, 68e sess, 2014 ; 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. Voir Commission de Venise, 98e sess, *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) avis 762/2014, CDL-AD (2014) 002, par.22.

[26] *Loi organique n° 99-209 relative à la Nouvelle-Calédonie*, JO, 19 mars 1999, n° 99-410 (DC), art. 217.

[27] *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, par. 32-108, 151.

peuvent inspirer d'autres ordres juridiques nationaux, ne déclenchent pas automatiquement un processus coutumier à l'échelle internationale.

La sécurité juridique qui découle de l'encadrement interne des référendums d'indépendance n'est jamais totale, mais elle est élevée par rapport à celle assurée par le droit international. En effet, les effets juridiques de plusieurs consultations sont incertains. Il s'agit en particulier des consultations non encadrées, voire illicites au regard du droit de l'État existant, mais organisées selon les standards internationaux et sans contrevenir à des normes internationales. Indéniablement dotées d'une certaine valeur politique, ces consultations semblent avoir un effet normatif faible, mais non nul, si bien qu'on peut envisager qu'il en découle une obligation de prise en compte. Les recommandations du Conseil de la Société des Nations à la suite de la pétition de 1920 aux Iles Åland illustrent ce type de situation. Cependant, les effets juridiques de ces consultations tendent à s'effacer devant les effets politiques. Les doutes sont inévitables sur les modalités de déroulement, sur les résultats et généralement sur l'effectivité des normes applicables. L'incertitude qui a entouré la consultation de 2017 en Catalogne témoigne d'un paradoxe inéluctable : seule une entité qui serait déjà très similaire à un État pourrait organiser une consultation ordonnée sans l'appui de l'État existant[28].

Ce paradoxe est dû à la centralité de l'effectivité en droit international. L'État 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 États[29]. Il est vrai que l'existence d'un État suppose une dimension subjective qui se manifeste typiquement par une déclaration d'indépendance, auquel le référendum d'indépendance peut être préalable[30]. Toutefois, la seule volonté de la population concernée ne suffit pas à déterminer sa constitution en État, ce qui est une autre manière de démontrer que le référendum n'est pas une condition suffisante de l'indépendance. Quand bien même une consultation aboutirait à la constitution effective d'un État, encore faudrait-il que l'État ne soit constitué en violation de normes de droit international. 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* constitue une limite significative à cet égard, comme le démontre la non-reconnaissance internationale de l'annexion de la Crimée par la Russie. S'agissant d'une norme impérative (*jus cogens*), seulement la communauté internationale des États dans son ensemble peut y déroger. Ainsi, cette norme ne peut subir de dérogations par un accord interétatique, ni *a fortiori* par un acte unilatéral. En d'autres termes, un référendum ne suffit en aucun cas à rendre licite la constitution illicite d'un État, ou la 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 y déroger, mais un État et *a fortiori* une population ne peuvent pas y déroger de manière unilatérale.

En définitive, le référendum d'indépendance n'est pas dépourvu de tout effet en droit international, mais il est peu valorisé. Au vu de la réaction internationale aux processus sécessionnistes en Catalogne et au Kurdistan irakien, une évolution du droit positif semble très improbable. On peut donc se demander à quelles conditions le droit international peut évoluer vers une plus grande valorisation du référendum d'indépendance, et donc contribuer au renouveau procédural de l'autodétermination.

---

[28] Le 7 septembre 2017, le Tribunal constitutionnel espagnol a suspendu la loi catalane de la veille sur le référendum d'autodétermination. Le résultat de la consultation ayant été positif selon les autorités catalanes (90,2% de voix favorables, avec un taux de participation de 43%), la déclaration d'indépendance aurait été adoptée le 10 octobre 2017. Après avoir été suspendue par le Président de la Généralité de Catalogne, elle aurait été définitivement adoptée le 27 octobre et déclarée inconstitutionnelle par le Tribunal constitutionnel espagnol.

[29] *Convention concernant les droits et devoirs des États (Convention de Montevideo)*, 26 décembre 1933, n°3802, art. 1er, reflétant le droit coutumier.

[30] Marc Weller, « Secession and Self-determination in Western Europe: The Case of Catalonia » (*Blog of the European Journal of International Law*, 18 octobre 2017) https://www.ejiltalk.org/secession-and-self-determination-in-western-europe-the-case-of-catalonia/ (consulté le 1er juin 2020).

2. LES CONDITIONS DE POSSIBILITÉ DE LA VALORISATION DU RÉFÉRENDUM D'INDÉPENDANCE

Suivant la logique générale de l'évolution des débats sur l'autodétermination, la valorisation du référendum d'indépendance en droit international est impossible sans une attention accrue à ses modalités. Le développement de standards procéduraux applicables aux référendums d'indépendance est nécessaire. Par-delà la clarification de certaines questions ouvertes, l'identification de standards procéduraux internationaux devrait promouvoir la liberté, la loyauté et la régularité du scrutin, ce qui impose de dépasser, dans une certaine mesure, la promotion de l'État de droit.

2.1. LA NÉCESSITÉ DE DÉVELOPPER LES STANDARDS PROCÉDURAUX

La valorisation du statut international du référendum d'indépendance nécessite des éléments de référence quant à son déroulement. Procéduraux par leur objet, de tels standards permettent d'assurer une sécurité juridique accrue sans toucher aux questions substantielles relatives à la titularité de l'initiative référendaire et aux effets du référendum, étroitement liées aux structures de base du droit international. En termes de sécurité juridique, l'utilité de ces standards consiste à fournir une indication objective de la légitimité du référendum d'indépendance, c'est-à-dire de son aptitude abstraite à produire des effets juridiques. Un référendum d'indépendance légitime ne peut qu'être libre, loyal et régulier : des standards plus détaillés permettent de préciser ces notions générales.

Surtout au niveau régional, des recueils de bonnes pratiques donnent un contenu, certes non obligatoire mais suffisamment précis, à ces standards procéduraux. Les standards les mieux établis ne sont pas spécifiquement applicables aux référendums d'indépendance : étant notamment relatifs au déroulement de la campagne électorale et au déploiement d'observateurs internationaux, ils s'appliquent à tous les référendums voire à l'ensemble des élections[31]. Sur des questions concernant spécifiquement les référendums d'indépendance, certains standards semblent correspondre à une pratique internationale suffisamment univoque. Ainsi, le référendum d'indépendance se tient normalement dans les limites territoriales de la région dont est proposée l'éventuelle indépendance, et non dans l'ensemble du territoire de l'État existant[32].

Si les standards procéduraux existants ne sont pas négligeables, ils sont loin de garantir une sécurité juridique intégrale quant au déroulement des référendums d'indépendance. Sur plusieurs questions cruciales, les standards sont incertains : la pratique existante est disparate et plusieurs solutions sont logiquement acceptables. Les conditions du droit de vote (notamment la résidence ou d'autres critères de rattachement avec la communauté concernée) et l'élaboration des listes électorales en sont des exemples[33]. Cependant, il s'agit de questions de la plus haute importance, comme illustrées par les négociations en vue de la consultation néo-calédonienne de 2018[34]. La pratique des organisations internationales contribue parfois à l'incohérence des standards. Par exemple, la Commission de Venise déconseille, de manière générale, d'établir un taux minimum (*quorum*) de participation pour la validité des référendums, car cette

[31] Commission de Venise, *Lignes directrices sur le référendum constitutionnel à l'échelle nationale* (11 juillet 2001) CDL-INF (2001) 10 ; Commission de Venise, 70e sess, *Code de bonne conduite en matière référendaire* (19 mars 2007) étude 371/2006, CDL-AD (2007) 008rev ; Commission de Venise, *Code de bonne conduite en matière électorale* (30 octobre 2002) avis nº190/2002, CDL-AS (2002) 23.

[32] M. Weller (préc. n. 30).

[33] Matt Qvortrup, « Analyse comparative de référendums sur l'indépendance et du référendum catalan proposé du 1er octobre 2017 », dans Daniel Turp (dir.), *Rapport du groupe international d'experts le référendum sur l'indépendance catalane : une évaluation du processus* d'autodétermination (IRAI, 2017) p. 45-48.

[34] Patrick Roger, « Nouvelle-Calédonie : ce que contient l' "accord politique " sur le référendum d'autodétermination » (*Le Monde*, 3 novembre 2017).

solution « assimile les abstentionnistes aux partisans du non[35] ». Toutefois, la Commission a approuvé la loi encadrant le référendum au Monténégro en 2006, qui prévoyait un *quorum* de 50%[36].

La recherche de nouveaux standards, nécessaires pour pallier les limites actuelles, invite à s'interroger sur leur nature juridique. On peut d'abord supposer que leur mode de formation soit identique à celui des normes substantielles, qui sont nécessairement des normes conventionnelles, des normes coutumières ou des principes généraux du droit. Toutefois, supposer que les standards procéduraux aient la même source que les normes substantielles revient à dupliquer des débats rarement concluants. En particulier, le mode de formation coutumier se prête mal à la technicité des questions procédurales concernées. La pratique est limitée et, surtout, l'*opinio juris* est souvent impossible à déterminer : il est rare que les observations des États sur les référendums d'indépendance envisagés ou organisés à l'étranger, lorsqu'elles expriment des considérations juridiques, portent sur des éléments procéduraux. En l'absence de normes spécifiquement applicables, le droit international semble se révéler peu utile pour déterminer la légitimité du référendum, si bien que les mêmes faits peuvent être appréciés de manière radicalement opposée. Cette situation peut parfois satisfaire les acteurs concernés, car elle tend à rendre également recevables sur le plan juridique toute qualification du référendum. Toutefois, l'insécurité juridique empêche d'utiliser le référendum d'indépendance comme véritable vecteur des principes libéral-démocratiques, le réduisant à simple instrument stratégique.

Par conséquent, il faut envisager l'hypothèse que certains standards de légitimité du référendum d'indépendance puissent être produits d'autres manières que les normes substantielles. Certes, comme les normes coutumières, les standards se réfèrent à de bonnes pratiques reproduites dans un environnement et par des acteurs que l'on suppose dignes de confiance. Toutefois, certains standards procéduraux sont des principes de pure logique, nécessaires par nature au déroulement libre, loyal et régulier du référendum d'indépendance. Cela les rend relativement indépendants de la pratique internationale, voire de l'*opinio juris*. Cette hypothèse est peu compatible avec une conception volontariste du droit international, qui fonde directement ou indirectement les normes internationales sur la volonté étatique. Cependant, elle révèle une difficulté qu'il serait utile de dépasser quant à la raison d'être des standards procéduraux internationaux actuels.

2.2. LA NÉCESSITÉ DE DÉPASSER L'ÉTAT DE DROIT

Les standards procéduraux actuellement applicables aux référendums d'indépendance sont orientés essentiellement vers la promotion de l'État de droit, c'est-à-dire vers la prééminence du droit dans le cadre de l'État. L'application de ces standards aux scrutins ordinaires est exempte de critique. En revanche, pour les référendums d'indépendance, ils aboutissent à des situations paradoxales. Des standards procéduraux internationaux sont indispensables lorsque l'État de droit est mis à l'épreuve et qu'il est allégué qu'un référendum libre, loyal et régulier a lieu en dehors, voire contre l'État. Or, c'est précisément dans cette situation que des standards procéduraux centrés sur la prééminence du droit dans le cadre de l'État se révèlent peu utiles. Dans une certaine mesure, la détermination des standards internationaux de légitimité du référendum d'indépendance devrait donc faire abstraction du droit interne. En particulier, la légalité, c'est-à-dire la conformité au droit constitutionnel et aux lois nationales, est généralement considérée comme l'un des critères principaux de la légitimité d'un référendum[37]. Or, pour les référendums d'indépendance illicites en droit interne mais non en droit international, le scrutin ne peut être libre que si la compétition électorale garantit l'égalité de chances entre l'indépendance et le maintien dans l'État existant. En d'autres termes, il est impossible d'assurer à la fois la liberté et la légalité du référendum d'indépendance.

---

[35] Commission de Venise, étude 371/2006 (préc. n. 31), par. III.7.

[36] Commission de Venise, 65e sess, *Avis sur la compatibilité avec les normes internationales applicables de la législation en vigueur au Monténégro concernant l'organisation de référendums* (19 décembre 2005) avis 343/2005, CDL-AD (2005) 041, par. 19-28.

[37] Commission de Venise, CDL-INF (2001) 10 (préc. n. 31), par. II.A ; Commission de Venise, étude 371/2006 (préc. n. 31), par. III.1 ; avis 190/2002 (préc. n. 31), par. II.2.A.

La consultation de 2017 en Catalogne le démontre : se prononcer sur la qualité de la procédure suivie est non seulement difficile sur le plan factuel, mais aussi sur le plan logique. Par exemple, étant donné la restriction matérielle de l'accès aux bureaux de vote par la police, le scrutin ne peut pas être considéré comme libre ; en même temps, ces restrictions étaient nécessaires, au regard du droit étatique, précisément pour garantir l'État de droit et l'interdiction de la consultation. Par-delà la liberté du scrutin, la question de la légalité affecte également sa loyauté et sa régularité. Par exemple, la consultation catalane n'a certainement pas été régulière, notamment car la commission électorale indépendante chargée d'assurer la transparence et l'objectivité de la procédure référendaire n'a pas accompli ses fonctions du fait de la démission collective de ses membres. En même temps, la démission visait à éviter les sanctions dont les membres de la commission étaient susceptibles de faire l'objet selon le droit étatique[38]. La consolidation du statut international du référendum d'indépendance nécessite donc des standards procéduraux internationaux en partie autonomes par rapport au droit étatique.

CONCLUSION

Le renouveau procédural du droit à l'autodétermination semble amorcé et susceptible de se consolider. Après avoir contribué à structurer la société internationale autour de l'État, le principe d'autodétermination pourrait devenir la matrice de nouvelles modalités d'expression collective des individus. Quoique souvent imparfaits, les référendums d'indépendance, vecteurs de demandes liées aux structures de base de la société internationale, contribuent à cette tendance de longue période. Le renforcement de leur encadrement par le droit international pourrait permettre de les perfectionner. Une modification soudaine du cadre juridique actuel, où le référendum d'indépendance est peu valorisé, apparaît improbable. Toutefois, les occasions pour mettre à l'épreuve la possibilité d'évolutions ne devraient pas manquer à l'avenir.

[38] *Loi relative au référendum d'autodétermination*, 202LCD28071700004, art. 17 ; Camilo Baquero, « La Sindicatura del referèndum es dissol per evitar les multes del Tribunal Constitucional » (*El País*, 22 septembre 2017).

DROIT DE DÉCIDER ET DROIT CONSTITUTIONNEL DES ÉTATS

Marthe Fatin-Rouge Stefanini
Université d'Aix-Marseille

INTRODUCTION

La revendication d'un « droit de décider », qui permettrait aux citoyens catalans d'organiser un scrutin sur l'avenir politique de la Catalogne, est de nature à renouveler les réflexions sur le droit à l'autodétermination tel qu'il a été perçu jusqu'à présent par le droit international et le droit constitutionnel des États. Ce droit de décider, qui trouve son origine dans la Loi du Parlement basque n°9/2008 du 27 juin 2008[1], tend à être distingué du principe de libre détermination des peuples reconnu en droit international afin d'être interprété de manière plus large. Il reposerait sur des « fondements démocratiques » constitutionnels, voire extraconstitutionnels en ce qu'il serait l'émanation d'un pouvoir constituant originaire[2].

Pour comprendre les enjeux du débat, il est nécessaire de cerner la définition qu'entendent donner à ce droit, qui constitue avant tout une revendication de nature politique, les auteurs de doctrine qui le soutiennent. Selon la définition de Mercè Corretja Torrens, le droit de décider « est le droit des personnes qui appartiennent à une communauté territorialisée et démocratiquement organisée. Il permet d'exprimer au moyen d'un processus démocratique, la volonté de redéfinir le statut politique et le cadre institutionnel fondamentaux de cette communauté. Cela inclut la possibilité de former un État indépendant à travers un processus de sécession négocié[3] ». Ce droit est présenté comme une nouvelle forme du droit à l'autodétermination des peuples qui pourrait découler de l'interprétation des dispositions de la Constitution espagnole pour le cas de la Catalogne[4]. Ces « fondements démocratiques » seraient[5] :

- Le principe démocratique, consacré par l'article 1er de la Constitution ;
- Le droit à l'autonomie des nationalités et des régions, énoncé par l'article 2 ;
- Les principes d'égalité et de liberté, posés par les articles 1er et 9 de la Constitution ; et
- Le principe de pondération entre les différents droits et principes affirmés par la Constitution.

La reconnaissance d'un droit de décider se base donc sur une autre manière d'interpréter la Constitution qui, au lieu d'être seulement favorable à l'État, serait à l'écoute des composantes de cet État, et tiendrait compte du contexte historique et de compromis dans lequel a été rédigée et acceptée la Constitution espagnole de 1978.

Or, ces « fondements démocratiques » sont un ensemble de valeurs qui se retrouvent dans de nombreuses constitutions. La reconnaissance d'un tel droit pourrait être revendiquée au-delà des frontières de l'Espagne comme un nouveau droit constitutionnel transnational. Ainsi, Mercè Corretja Torrens soutient que « le droit de décider, initialement présenté comme une simple revendication politique, s'est construit en tant que nouveau droit démocratique en s'inspirant de l'expérience d'autres États et d'éléments présents tant dans le droit constitutionnel que dans le droit international[6] ». D'ailleurs, Daniel Turp, utilisant plusieurs exemples puisés dans le droit interne, européen et international, estime qu'une tradition

[1] Le Tribunal constitutionnel espagnol avait eu l'occasion de se prononcer sur cette loi. Voir Cour constitutionnelle, Madrid, 10 octobre 2008, *Sentencia 103/2008*, BOE nº245 (Espagne).
[2] Sandrina Antunes, Nicolas Levrat, Guillaume Tusseau et Paul Williams, *Catalonia's Legitimate Right to Decide. Paths to self-determination* (Rapport d'une commission d'experts internationaux, 2017) p. 48 et 54.
[3] *Id*., p. 3.
[4] Mercè Corretja Torrens, « Le fondement démocratique du droit de décider des Catalans » (2016) 17 *Cahiers de civilisation espagnole contemporaine*.
[5] *Id*., p. 8 et 31.
[6] *Id*., p. 3.

constitutionnelle commune des États consacrant ce droit émergerait[7]. Il est vrai que les éléments avancés constituent la première étape au soutien de la reconnaissance d'un nouveau droit. Comme toute revendication, elle mérite d'être écoutée, discutée et confrontée à l'état du droit existant. En outre, la sécession n'est pas l'objet principal de la revendication du droit de décider. Celui-ci embrasse la question plus large de l'autodétermination par la voie d'un processus démocratique qui pour sa part, est très présente dans les constitutions. Elle fait également écho à divers principes désormais classiques, comme celui de la participation des citoyens aux affaires publiques ou encore l'affirmation de droits pour les minorités nationales.

Force est cependant d'admettre qu'en l'état actuel du droit positif, le « droit de décider » comme droit collectif reconnu à une population identifiée territorialement et pouvant aller jusqu'à la sécession n'est consacré qu'à de rares exceptions. Cela ne signifie pas qu'un tel droit, y compris dans sa version la plus extrême, n'est pas politiquement légitime dans la mesure où le respect d'un cadre démocratique est garanti dans sa mise en œuvre.

1. LE DROIT DE DÉCIDER D'UNE SÉCESSION : UNE CONSÉCRATION CONSTITUTIONNELLE RARE

Une recherche sur le site *Constitute*, qui donne accès à toutes les constitutions du monde en langue anglaise, à partir des mots clefs « right to decide » conduit à constater qu'aucune constitution ne consacre expressément de « droit de décider » en tant que droit collectif qui permettrait à une communauté de décider de son avenir politique. En revanche, le droit individuel de décider existe et, dans plusieurs cas, est reconnu aux parents ou responsables légaux quant au choix du type d'éducation donné à leur enfant[8], quant au choix de leur donner ou non une éducation religieuse[9], quant à la détermination « de manière libre et responsable » du nombre d'enfants souhaité ou encore quant au choix de se marier et de divorcer[10].

La consécration d'un droit de décider collectif n'est pas totalement absente de certaines constitutions comme l'illustre la Constitution du Cap Vert pour le droit de grève[11].

Les termes « droit de décider » ne figurent pas non plus dans les pactes des Nations unies ou conventions internationales pour désigner un droit à l'autodétermination collective. Le droit de décider au sens large peut en revanche être rapproché de la liberté de faire ses propres choix, qui est reconnue en droit constitutionnel comme en droit international. En tant que liberté individuelle, cette liberté désigne la possibilité reconnue à chaque individu de prendre des décisions et peut s'exprimer de différentes manières (liberté personnelle, autonomie personnelle, libre détermination ou auto-détermination personnelle). En tant que droit collectif, la liberté de faire des choix est plus ou moins consacrée selon les États, et divers degrés de reconnaissance peuvent être répertoriés. Le droit à l'autonomie, qu'elle soit individuelle ou collective, est d'ailleurs l'un des fondements de la revendication du droit de décider[12].

Si l'on fait abstraction des termes utilisés, la question qui se pose est de savoir où se situe le droit de décider, dans son contenu et sa portée, par rapport à des notions déjà existantes dont celle de l'autodétermination. Dans son avis du 20 mai 1998, la Cour suprême canadienne distinguait l'autodétermination interne de l'autodétermination externe[13]. Or, nombre de constitutions consacrent

[7] Daniel Turp, « Le "droit de décider " de la Catalogne selon le droit international, européen, espagnol, catalan et comparé », dans Rapport du Groupe international d'experts, *Le référendum sur l'indépendance catalane : une évaluation du processus d'autodétermination* (IRAI, 2017) p. 60 et 69.
[8] Constitution de la principauté d'Andorre, art. 20.
[9] Loi fondamentale allemande, art. 7.
[10] Constitution colombienne, art. 42 ; Constitution mexicaine, art. 4 ; Constitution du Venezuela, art. 76 ; Constitution serbe, art. 62.
[11] Constitution du Cap Vert, art. 64-1.
[12] Du moins sur le plan philosophique. Voir S. Antunes, N. Levrat, G. Tusseau et P. Williams, (préc. n.2), p. 134.
[13] *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, par. 126.

différentes formes d'autodétermination interne en accordant divers degrés de liberté et d'autonomie à des collectivités infra-étatiques. Cela s'est fait sous l'influence de textes internationaux ou régionaux reconnaissant des droits aux populations autochtones, aux minorités, voire aux collectivités locales[14]. Ainsi, a pu être observé un mouvement de décentralisation dans les États démocratiques même unitaires qui s'est notamment traduit par la reconnaissance de plus de liberté aux collectivités locales, et de la diversité de celles-ci.

L'autodétermination externe, en revanche, est rarement consacrée par les constitutions. Or, même si ce n'est pas le seul, l'un des éléments revendiqués au nom du droit de décider est celui d'une autodétermination externe. En effet, selon Jaume López, le droit de décider n'équivaut pas au droit à la sécession : « Le droit de décider englobe l'option de l'autodétermination externe ou sécession, mais il peut être développé de différentes manières qui incluent l'autodétermination interne sans conduire nécessairement à la création d'un nouvel État[15]». Pour cet auteur, le droit de décider constituerait un droit à l'autodétermination de la troisième ou de la quatrième génération répondant aux problématiques du 21e siècle[16]. Son fondement serait l'existence d'une volonté démocratique permanente[17].

La lecture des constitutions et des jurisprudences constitutionnelles fait apparaître qu'en principe, le droit constitutionnel s'oppose à l'autodétermination externe unilatérale. La consécration constitutionnelle d'un droit à l'autodétermination externe, même négociée, reste donc l'exception.

1.1. LE PRINCIPE DE L'INCONSTITUTIONNALITÉ DE L'AUTODÉTERMINATION EXTERNE UNILATÉRALE

Le droit à l'autodétermination est présent dans un certain nombre de constitutions ou de jurisprudences constitutionnelles, mais désigne la plupart du temps un droit à l'autodétermination interne. Cela n'est pas étonnant au regard du fait que la plupart des États sont fermement attachés au respect de leur intégrité territoriale[18], principe souvent relayé par le principe de l'indivisibilité du territoire ou de l'État ou le principe de l'unité de l'État. Certains États comme l'Algérie, le Portugal ou la Roumanie, interdisent une révision constitutionnelle qui porterait atteinte à l'intégrité territoriale ou à l'unité de l'État. De même, quelques constitutions, il est vrai dans des États qui ne constituent pas des démocraties exemplaires, restreignent les libertés des partis politiques ou la liberté d'expression au nom du respect de ces principes[19]. Les juridictions constitutionnelles confirment cet attachement au respect de principes posés par la Constitution et permettant de défendre l'État qu'il soit unitaire ou fédéral. Dans son avis relatif à la sécession du Québec, la Cour suprême du Canada a clairement rappelé que ce dernier ne pouvait entamer de manière unilatérale une procédure de sécession. En 2014, la Cour constitutionnelle Ukrainienne a déclaré inconstitutionnelle la procédure de sécession de la Crimée et le Tribunal constitutionnel espagnol, pour sa part, n'a cessé de rappeler le cadre constitutionnel et le principe de l'indissoluble unité de l'État espagnol à propos des diverses revendications catalanes. En janvier 2017, le Tribunal constitutionnel de Karlsruhe est arrivé aux mêmes conclusions à propos de la Bavière. D'ailleurs, Jean-Pierre Massias souligne à juste titre que

> les règles de droit écrit – et notamment les règles de droit constitutionnel – sont d'essence et de logique étatiques. Elles proviennent des institutions incarnant l'État et reflètent donc sa volonté de préservation et de légitimation. Ces règles garantissent l'État et donc sont par « nature » favorables à l'intangibilité des frontières et l'unité du territoire. Dès lors, cette logique implique d'emblée un déséquilibre : les règles existantes visent

[14] Félicien Lemaire, « La libre détermination des peuples, la vision du constitutionnaliste » (2014) 32 *Civitas Europa* 113, p.129.
[15] *Id*.
[16] F. Lemaire (préc. n.14) p. 128.
[17] *Id*.
[18] Une recherche sur le site *Constitute* montre que ces termes apparaissent dans 114 constitutions (<https://www.constituteproject.org/>).
[19] Constitution d'Algérie, art. 42 ; Constitution du Bénin, art. 5 ; Constitution du Bouthan, art. 15 ; Constitution de la Moldavie, art. 54 ; Constitution de la Roumanie, art. 8 ; Constitution de la Turquie, art. 68.

dans leur très grande majorité à prohiber toute idée de sécession pour garantir le cadre et les frontières de l'État[20].

Les principes et conditions d'autodétermination interne, pour leur part, sont assez répandues. Elles sont généralement organisées par la Constitution elle-même et précisées par la jurisprudence constitutionnelle qui détermine le degré d'autonomie des collectivités fédérées, régionales, provinciales selon les cas. Cependant, cette autonomie dite interne est clairement différenciée de l'autonomie dite externe qui pourrait conduire l'une des collectivités d'un État à procéder unilatéralement à une sécession.

Le droit à l'autodétermination est aussi distingué du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, consacré par les Nations-Unies, et rappelé par nombre de préambules constitutionnels en tant que principe de droit international auquel ils adhèrent. Cette distinction est importante et justifie que beaucoup de constitutions n'utilisent pas le terme de peuple pour désigner des populations faisant partie intégrante de leur territoire. La notion de peuple est une notion particulièrement sensible pour les États. Ainsi, le Conseil constitutionnel français a–t-il censuré en 1991 une loi portant la mention de « Peuple corse [21]» et la Constitution elle-même n'utilise pas les termes de « peuple kanak » pour désigner la population de Nouvelle-Calédonie appelée à s'autodéterminer en 2018[22]. La Cour suprême canadienne s'est également montrée prudente en 1998, en ne souhaitant pas déterminer si la population du Québec constitue juridiquement un peuple[23]. De la même façon, le Tribunal constitutionnel espagnol en 2010 reconnaît, avec une grande maladresse, que « l'autoreprésentation d'une collectivité en tant que réalité nationale dans un sens idéologique, historique ou culturel a pleinement sa place dans l'ordre démocratique en tant qu'expression d'une idée parfaitement légitime » mais dénie toute portée juridique aux termes de « nation catalane » ou « réalité nationale catalane » en précisant que la Constitution ne reconnaît que la « nation espagnole » disposant d'une « unité indissoluble » d'après l'article 2 de la Constitution[24].

Plus largement, de nombreuses Constitutions affirment le principe d'unité et d'indivisibilité de l'État tout en reconnaissant, dans le cadre du droit international, le principe de libre détermination des peuples. Certaines semblent aller plus loin en affirmant le principe d'autodétermination d'un des peules qui la compose (Moldavie[25]) voire « le droit des peuples à l'autodétermination[26] » (Mexique) mais toujours dans le respect de la Constitution et de l'unité nationale. Même la Constitution bolivienne, qui pourtant se proclame « État plurinational » reconnaît le « droit à l'autodétermination et à la territorialité » des « nations et des peuples natifs autochtones » tout en précisant que ces droits s'exercent « dans le cadre de l'unité de l'État et conformément à la présente Constitution[27]».

En somme, une lecture transnationale du droit constitutionnel des États conduit à constater une consécration ferme de la nécessité de préserver l'intégrité de l'État. Le droit de décider est donc en l'état actuel du droit constitutionnel des États, le plus souvent réduit à un droit d'autodétermination interne, plus ou moins étendu. Cela n'empêche pas que, de façon plus rare, soit reconnu un droit à l'autodétermination externe.

---

[20] Jean-Pierre Massias, « La réalité constitutionnelle du droit à la sécession », dans Olivier Lecucq (dir.), *Sécession et processus sécessionniste en droit international, européen et constitutionnel* (Institut Universitaire Varenne, 2017) p. 18.

[21] L'article premier de la loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse était rédigé de la manière suivante : « La République française garantit à la communauté historique et culturelle vivante que constitue le peuple corse, composante du peuple français, les droits à la préservation de son identité culturelle et à la défense de ses intérêts économiques et sociaux spécifiques. Ces droits liés à l'insularité s'exercent dans le respect de l'unité nationale, dans le cadre de la Constitution, des lois de la République et du présent statut. » Voir Loi nº 91-428 du 13 mai 1991 (*Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*), JO, (France).

[22] *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, [1991] Rec 50, 91-290 DC.

[23] *Renvoi relatif à la sécession du Québec* (préc. n. 13) par. 59 et 225,

[24] Cour constitutionnelle, Madrid, 28 juin 2010, Décision n° 31/2010, BOE nº172 (Espagne).

[25] Cela est le cas pour le peuple Gagaouze. Voir aussi Constitution de la Moldavie, art. 111.

[26] Constitution de Mexique, art. 2.

[27] Constitution de la Bolivie, art. 30-II.

1.2. LA CONSÉCRATION EXCEPTIONNELLE D'UN DROIT À L'AUTODÉTERMINATION EXTERNE

Comme Mercè Corretja Torrens le souligne, le contenu même du droit de décider a évolué en tant que revendication politique. S'il s'agissait avant la décision n° 31/2010 de faire accepter la proposition de statut d'autonomie présentée par la Catalogne, après cette décision, face à un constat « d'aggravation du déficit historique d'accommodement [au détriment de la Catalogne] » et au regard de « l'impossibilité constitutionnelle de modifier unilatéralement cette situation », le droit de décider ne porte plus seulement sur le Statut d'autonomie « mais sur tout, la souveraineté pleine et entière et le cas échéant, la constitution d'un nouvel État [28]». Le droit de décider ne correspond donc pas seulement à la demande d'une plus grande autonomie mais exprime la revendication d'un droit de procéder à une sécession. Différents auteurs qui se sont exprimés sur cette revendication soulignent cependant que la sécession demandée ne serait pas une sécession unilatérale mais une sécession négociée. Cette demande suppose que la possibilité même de s'autodéterminer puisse être acceptée par l'État. Les précédents évoqués sont ceux du Monténégro, du Sud-Soudan, ou encore du Québec et de l'Écosse qui bien que n'ayant pas choisi d'accéder à l'indépendance, pour ces deux derniers, ont pu organiser des référendums après y avoir été autorisés. Ces exemples soulignent que le droit de sécession peut être consenti à la suite de négociations entre l'État et la collectivité demanderesse reconnaissant suffisamment d'autonomie à cette dernière pour y procéder. Il se peut également que dans la Constitution se trouvent des dispositions prévoyant la possibilité d'une sécession.

Dans la Constitution française, et à lumière de l'interprétation de celle-ci donnée par le juge constitutionnel, le droit de sécession, par interprétation du terme « cession » prévu à l'article 53 de la Constitution, a été prévu par la Constitution pour les populations des territoires d'outre-mer en application du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Cette situation est assez rarement prévue par les Constitutions et lorsqu'elle l'est, elle est étroitement circonscrite. Ainsi peut être cité le cas bien connu du Sud Soudan qui a pu s'autodéterminer en 2011 sur le fondement de l'article 219 de la Constitution qui dispose que « [l]e peuple du Sud Soudan doit avoir le droit à l'autodétermination par un référendum afin de déterminer leur futur statut ». Par ailleurs, un ensemble de dispositions constitutionnelles prévoient les conditions de cette expression référendaire et les conséquences d'un référendum positif.

L'Ethiopie présente une disposition constitutionnelle unique en son genre à l'article 39 de sa Constitution qui proclame que « [c]haque nation, nationalité ou peuple de l'Ethiopie a un droit inconditionnel à l'autodétermination, y compris le droit à la sécession ». Les conditions d'entrée en vigueur de cette autodétermination sont précisées à l'alinéa 4[29]. La Constitution de Saint Kitts et Nevis contient également des dispositions permettant aux îles de se séparer[30]. Il en va de même pour la

[28] Décision n° 31/2010 (préc. n.24) p. 6.

[29] Constitution de l'Éthiopie, art. 39 al. 4 : « Le droit à l'autodétermination, y compris la sécession, de chaque Nation, Nationalité et Peuple prendra effet :

a. Lorsqu'une demande de sécession a été approuvée à la majorité des deux tiers des membres du Conseil Législatif de la Nation, de la Nationalité ou du Peuple concerné » ;

b. Lorsque le gouvernement fédéral a organisé un référendum qui doit avoir lieu dans un délai de trois ans à partir du moment où il a reçu la décision de sécession du conseil concerné ;

c. Lorsque la demande de sécession est soutenue par un vote majoritaire lors du référendum ;

d. Lorsque le gouvernement fédéral aura transféré ses pouvoirs au Conseil de la Nation, de la Nationalité ou du Peuple qui a voté en faveur la sécession ; et

e. Lorsque la répartition des biens est effectuée d'une manière prescrite par la loi. »

[30] Constitution de Saint Kitts et Nevis, art. 113 : « Séparation de Nevis de Saint Christopher : La Législature de l'île de Nevis peut prévoir que l'île de Nevis cessera d'être fédérée avec l'île de Saint-Christophe et que, par conséquent, la présente Constitution n'aura plus d'effet dans l'île de Nevis ».

République du Karakalpakstan, par exemple, autorisée à s'autodéterminer par la Constitution de l'Ouzbékistan[31].

Cette acceptation constitutionnelle de l'autodétermination externe étant exceptionnelle, on peut en déduire qu'en principe le droit constitutionnel des États ne permet pas cette autodétermination qu'elle que soit la manière dont elle est appelée. Pour des raisons politiques et stratégiques, les États et le droit international, en dehors de la décolonisation et du cas de « sécession remède », ne sont pas interprétés comme favorables au droit de décider d'une sécession. En droit international cependant, la déclaration d'indépendance même unilatérale est appréhendée comme un fait et n'est pas considérée comme contraire au droit international[32]. De la même manière la Cour internationale de justice a affirmé que « la portée du principe de l'intégrité territoriale [en droit international] est limitée à la sphère des relations interétatiques[33] ». Il n'en reste pas moins qu'une fois ce principe intégré au droit constitutionnel positif, à travers des dispositions constitutionnelles, il acquiert une portée différente susceptible d'être opposée à d'autres principes constitutionnels, et aux entités composant un État, et n'est plus limité aux relations entre les États. Une décision de sécession peut donc être inconstitutionnelle sans être inconventionnelle. Une volonté démocratique peut s'exprimer et réclamer un droit d'être écoutée, voire prise en considération lors de l'élaboration des règles juridiques qui s'imposent à elle. La question qui se pose est alors de savoir quelles sont les conditions de la légitimité du droit de décider lorsque la demande exprimée porte sur une sécession.

2. LES CONDITIONS D'UNE LÉGITIMITÉ DÉMOCRATIQUE DU DROIT DE DÉCIDER D'UNE SÉCESSION

Jusqu'à présent, le cas de la Catalogne n'entre pas dans la définition du droit à l'autodétermination des peuples telle que circonscrite par le droit international. La Constitution ne permet pas non plus l'organisation d'une consultation locale qui permettrait aux citoyens catalans de se prononcer sur l'avenir du lien qu'ils entretiennent avec l'État espagnol, cette question ne relevant pas de la compétence de la communauté autonome mais de celle de l'État[34].

Dans le cas du Québec et de l'Écosse, les autorités fédérales et nationales ont consenti à l'organisation de consultations afin de déterminer la volonté des citoyens des territoires concernés. Cependant, ces situations de règlement pacifique d'un conflit entre deux identités politiques restent des exceptions. Dans de nombreux cas, la logique étatique et la volonté d'autodétermination s'affrontent dans un rapport de force qui n'est plus seulement politique et peut conduire à la répression et à la guerre civile. Si le dialogue entre les parties ne peut pas être instauré et que le droit constitutionnel n'est pas en mesure de donner une solution à ce conflit qui puisse satisfaire les deux parties, la revendication tend à sortir du cadre constitutionnel, celui-ci se révélant inadapté à la situation en présence. Dans ce cas, la revendication du droit de décider constitue l'expression d'une volonté constituante qui se situe nécessairement en dehors de la Constitution. Toutefois, la concrétisation de cette volonté ne peut se faire sans le respect d'un certain nombre de garanties démocratiques qui trouvent leur source dans les constitutions ou, du moins, dans un socle commun de garanties démocratiques.

---

[31] Constitution de la République du Karakalpakstan, art. 74 : « La République du Karakalpakstan a le droit de se séparer de la République d'Ouzbékistan sur la base d'un référendum national organisé par le peuple du Karakalpakstan. »; Voir sur ce point, J.-P. Massias (préc. n. 20), p. 21.

[32] Emanuel Castellarin, « Le référendum, nouvel outil de droit international pour les aspirants sécessionistes ?», dans Olivier Lecucq (dir.), *Sécession et processus sécessionniste en droit international, européen et constitutionnel* (Institut Universitaire Varenne, 2017) p. 67 ; *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, Avis consultatif, [2010] CIJ Recueil 2010 à la p 403, par. 79 et s.

[33] *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo* (préc. n. 32) par. 80.

[34] Cour constitutionnelle, Madrid, 25 février 2015, STC 31/2015, BOE nº64 (Espagne) ; Cour constitutionnelle, Madrid, 11 juin 2015, STC 138/2015, BOE nº160 (Espagne).

2.1. LES JUSTIFICATIONS « POLITIQUES » DU DROIT DE DÉCIDER D'UNE SÉCESSION

Dans son *Renvoi sur la sécession du Québec*, la Cour suprême canadienne a indiqué que le droit constitutionnel canadien n'autorisait pas une province à décider unilatéralement d'une sécession. Elle indique cependant qu'un vote québécois clairement favorable à la sécession ne peut être ignoré du gouvernement fédéral. La Cour suprême précise d'ailleurs qu'en cas d'expression claire, par une majorité claire, de la volonté des Québécois de ne plus faire partie du Canada, cela obligerait le gouvernement fédéral et les autres provinces à négocier[35]. La Cour a posé, en outre, les conditions de cette négociation :

- Une négociation qui interviendrait à partir de l'expression claire de la volonté sécessionniste de la part du Québec ;
- Une négociation d'égal à égal et de bonne foi, c'est-à-dire dans le respect des droits des uns et des autres ; et
- Le résultat de la négociation doit faire l'objet d'un accord par les représentants des deux majorités légitimes (les Canadiens et les Québécois).

Cet avis a été jugé très satisfaisant par les deux parties en présence. Au-delà du cas du Québec, cet avis est très souvent cité et considéré comme exemplaire dans le raisonnement suivi par la Cour et les solutions proposées. En Espagne, au contraire, les différents arrêts rendus par le Tribunal constitutionnel depuis 2010 n'ont fait qu'attiser les tensions, d'autant qu'il ne s'est pas agi de simples consultations sur l'interprétation de la Constitution, mais de véritables arrêts avec des réserves d'interprétations neutralisantes sur le statut d'autonomie proposé en 2006 ou des censures de différents actes adoptés par les autorités catalanes. Au regard des critiques virulentes dont il a fait l'objet, le Tribunal constitutionnel a toutefois tenté d'inciter les deux parties au dialogue en essayant, semble-t-il, de s'inspirer de l'argumentation retenue par la Cour suprême canadienne[36]. Dans sa décision n° 42 de 2014, il indique, en effet, d'une part, que la volonté de modification du statut émanant d'une composante de l'État espagnol doit être résolue par « le dialogue et la coopération[37] » et par les autorités responsables des Autonomies. D'autre part, il évoque « le devoir de loyauté constitutionnelle » des parties si un processus de réforme est souhaité, « ce qui suppose que si le Parlement d'une communauté présente une proposition de réforme constitutionnelle, le Parlement devra la prendre en considération[38] ». La référence à ce devoir incombant au Parlement espagnol montre que le Tribunal constitutionnel essaie de jouer un rôle de médiateur entre l'État espagnol et la Communauté catalane. La juridiction souligne aussi clairement que le droit de décider constitue une « aspiration politique qui peut être atteinte seulement à travers un processus politique conforme à la légalité constitutionnelle », en respectant les principes de « légitimité démocratique », de « pluralisme » et de « légalité[39] ». Ce faisant, le Tribunal constitutionnel légitimise le processus d'exercice du droit de décider sans que cela conduise à une obligation de résultat qui puisse être imposée au Gouvernement espagnol ; puisqu'il n'existe aucun moyen d'obliger les parties à négocier ou de contraindre l'État espagnol à dialoguer avec les autorités catalanes quant aux revendications de ces dernières.

En effet, à la différence du Canada et de l'Écosse, plusieurs obstacles se dressent qui empêchent cette « aspiration politique » de pouvoir réellement s'exprimer dans le cadre constitutionnel. D'une part, l'État espagnol n'autorise les référendums ou les consultations que dans certains cas et la Constitution a été interprétée comme n'autorisant pas le référendum ou la consultation populaire d'autodétermination

[35] *Renvoi relatif à la sécession du Québec* (préc. n.13) par. 150-53.
[36] D'ailleurs, le Tribunal constitutionnel espagnol fait expressément référence à cet avis dans sa décision n° 42/2014 même si cette référence est très succincte. Voir Cour constitutionnelle, Madrid, 25 mars 2014, STC 42/2014, BOE nº87 (Espagne).
[37] STC 42/2014 (préc. n. 36) par 6 (b).
[38] *Id*., par. 6(c).
[39] *Id*., 6(3).

externe à l'initiative d'une communauté[40]. D'autre part, les procédures de révision de la Constitution sont particulièrement rigides et si les communautés autonomes en Espagne peuvent initier une procédure de révision, les chances que ces initiatives soient prises en considération sont faibles[41]. La procédure de révision reste donc maîtrisée par la majorité gouvernementale.

Dès lors, les décisions rendues par le Tribunal constitutionnel, qui a procédé à une interprétation stricte de la Constitution, et qui empêchent tant une plus grande autonomie de la Catalogne que l'organisation de consultations en Catalogne, ne peuvent pas être surmontées en pratique. Or, si on ne peut reprocher à une juridiction constitutionnelle de donner des interprétations de la constitution susceptibles de déplaire, sa légitimité repose sur le fait qu'elle n'a pas le dernier mot. Une révision constitutionnelle qui confère le dernier mot au pouvoir constituant doit rester possible pour que certaines aspirations politiques puissent être discutées et conduire, éventuellement, à une révision de la Constitution. Or, le gouvernement espagnol ne souhaitant pas entreprendre de négociations sur la question de l'indépendance de la Catalogne, le cadre constitutionnel n'est plus en mesure de répondre de manière satisfaisante à la situation politique créée par le conflit entre la Catalogne et l'Espagne. Dès lors, la volonté des Catalans de participer voire de décider de leur avenir politique semble devenir, de fait, une revendication légitime au regard de l'impossibilité de dialoguer et de trouver une solution juridique de compromis. Ainsi, Antonio Cassese souligne que

> Lorsque les autorités centrales d'un État souverain refusent obstinément d'accorder des droits de participation à un groupe religieux ou ethnique, bafouent nettement et systématiquement ses droits fondamentaux ou lui refusent la possibilité de parvenir à un règlement pacifique dans le cadre constitutionnel de l'État… ce groupe peut procéder à la sécession – exerçant ainsi la forme la plus radicale d'autodétermination – une fois qu'il est devenu clair que toutes les tentatives d'autodétermination ont échoué ou sont vouées à l'échec [42].

Le droit de décider devient ainsi l'expression de la volonté d'une communauté de s'autodéterminer quant à son appartenance à l'État. L'expression par une majorité de la population d'un État de sa volonté de faire sécession, dans la mesure où elle n'est ni prévue par le droit constitutionnel de l'État ni autorisée par ce dernier, devient alors un acte de proclamation de souveraineté et peut être considéré comme l'expression d'un pouvoir souverain détenant la compétence originaire. C'est d'ailleurs la démarche qu'ont opéré les autorités catalanes, à travers leur déclaration de souveraineté, faute de pouvoir obtenir gain de cause dans le respect de la Constitution. Juan José Ruiz Ruiz souligne : « Ainsi conçu, le droit de décider a la même portée que le droit à la révolution puisque sous la revendication d'un droit supposé universel ce qui existe n'est pas un droit, mais la justification juridique d'un fait [43]». En effet, la proclamation de souveraineté puis d'indépendance peut être considérée comme un acte révolutionnaire au sens juridique, en ce sens qu'il conduit à une nouvelle situation juridique sur laquelle l'État auquel appartenait l'entité qui s'est proclamée indépendante n'a plus de prise. Ainsi, une situation politique peut déboucher sur une consécration juridique à plus ou moins long terme, et ne constituer que la transition d'un cadre juridique vers un autre cadre juridique.

Il n'est donc pas nécessaire de rechercher des « fondements démocratiques » dans la Constitution espagnole, par exemple, pour justifier le droit de décider si ce droit est l'expression d'une volonté qui se situe en dehors de la constitution. Cela suppose toutefois que les conditions d'expression de la volonté de faire sécession soient loyales, claires afin de garantir l'authenticité de la volonté exprimée.

---

[40] Dave Guénette parle ainsi de « rationnalisation de l'impact des dispositions constitutionnelles ». Voir aussi Constitution de l'Espagne, art. 92, 151, 167 et 168 ; STC 31/2015, (préc. n.34) ; Dave Guénette, « Initier le processus constituant en contexte plurinational – Etude comparative des pouvoirs catalans et québécois de mettre en branle la procédure de révision constitutionnelle de leur État » (2016) 24 *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals* 46, p.71.

[41] D. Guénette (préc. n. 40) p. 68 et 70.

[42] Antonio Cassese, *Self-Determination of the Peoples. A Legal Reappraisal* (Cambridge University Press, 1995) p. 119-20.

[43] Juan José Ruiz Ruiz, « Droit de décider, démocratie constitutionnelle et pouvoir constituant en Espagne » (2017) 38 *Civitas Europa* 287, p. 307.

2.2. LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT DE DECIDER

La Constitution ne peut pas être perçue uniquement comme un carcan. Dans les États de droit démocratiques, la Constitution contient un certain nombre de droits et libertés fondamentaux et, plus largement, de garanties démocratiques destinées notamment à protéger les différents intérêts en présence. Or parmi ces garanties démocratiques, figurent celles de loyauté des consultations (ou référendums) et de la sincérité des scrutins organisés. Il s'agit de s'assurer que tous les citoyens appelés à voter puissent exprimer clairement leur choix et de vérifier le bon déroulement de la campagne référendaire comme des opérations de vote elles-mêmes.

Dans les cas canadien et écossais, les scrutins ont été autorisés et encadrés par des textes juridiques comme l'est également le scrutin relatif à l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie se tenant en 2018. Dans ces situations, le corps électoral a été clairement déterminé, et les exclusions peuvent être éventuellement contestées. Un contrôle, juridictionnel ou non juridictionnel, mais pratiqué par une autorité indépendante, devrait également porter sur la manière dont la question est libellée ainsi que les choix proposés, comme cela a été le cas en Écosse. Des contestations doivent pouvoir être portées devant une juridiction quant à l'organisation du scrutin, la manière dont la campagne est menée et le déroulement des opérations électorales. Comme l'a rappelé la Commission de Venise à propos des référendums en général[44], l'égalité, la liberté de choix, la liberté d'expression la liberté d'accéder aux urnes, le secret du vote, sont autant de principes qu'il est essentiel de garantir pour que le vote puisse être valablement considéré comme étant l'expression de la volonté authentique du corps électoral. La Cour Internationale de Justice, dans son avis sur le Sahara occidental de 1975 affirme d'ailleurs que « l'application du droit à l'autodétermination exige une expression libre et authentique de la volonté des peuples concernés[45] ».

Or, dans le cas de la Catalogne, comme dans celui du Kurdistan irakien, les consultations opérées n'étaient pas autorisées, et même clairement interdites par l'État ce qui s'est notamment traduit par l'interdiction faite aux collectivités locales d'organiser des scrutins, la confiscation des urnes, le déploiement des forces de police devant et dans les bureaux de vote. Autant de conditions ne permettant pas que le respect des règles d'expression démocratiques soient assurées et qui conduisent nécessairement à contester les résultats obtenus, malgré les efforts déployés par les organisateurs des scrutins pour se conformer aux règles internationales de bonne conduite en matière d'organisation de référendums.

Même lorsque le scrutin est autorisé, une attention doit également être portée aux effets du scrutin et pose notamment la question de la détermination d'une majorité qualifiée pour des sujets qui ont un impact sur l'avenir de l'État.

Dans son *Renvoi sur la sécession du Québec*, la Cour suprême canadienne indiquait que la volonté des Québécois de ne plus faire partie du Canada devait faire l'objet d'une expression claire par une majorité claire. Elle n'a pas déterminé cependant ce que signifiait ces notions d'« expression claire » et de « majorité claire », ce qui a donné lieu par la suite à des contestations lorsque la *Loi sur la clarté* a été adoptée[46]. En effet, comme le note Patrick Taillon, « il n'est guère facile de dégager un consensus rationnel sur un seuil d'appui ou de participation » et de relever que ces seuils sont déterminés en fonction de considérations politiques[47]. Néanmoins, il s'agit d'une question importante car elle introduit une rupture d'égalité entre les

---

[44] Conseil de l'Europe, Commission de Venise, 70e sess, *Code de bonne conduite en matière référendaire*, CDL-AD (2007) 008.
[45] *Sahara Occidental*, Avis consultatif, CIJ Recueil 1975 à la p 12, par. 55.
[46] Voir sur ce point la thèse de Patrick Taillon, qui conteste le recours à la notion de majorité qualifiée. Patrick Taillon, *Le référendum expression directe de la souveraineté du peuple ? Essai critique sur la rationalisation de l'expression référendaire en droit comparé* (Dalloz, 2012).
[47] Patrick Taillon, « Le contrôle de la clarté de l'expression référendaire par le biais des majorités renforcées » dans Marthe Fatin-Rouge Stefanini, Massimo Luciani et Patrick Taillon (dir.), *Annuaire international de justice constitutionnelle* (Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2017) p. 634.

citoyens puisque « l'importance du vote varie en fonction des positions exprimées[48] ». La question de seuil de majorité doit donc être préalablement réglée.

Le respect de l'ensemble de ces règles est un pas qui contribue à la légitimation d'un processus d'autodétermination. Il n'en reste pas moins que les suites qui peuvent être données au référendum d'autodétermination, si celui-ci est un succès, dépendent de l'État dont cette entité souhaite se séparer ainsi que de la communauté internationale qui reconnaîtra, ou non, un nouvel État.

CONCLUSION

Même si le droit de décider conduit à l'expression d'une autodétermination externe, l'État de droit offre un certain nombre de garanties indispensables pour que la volonté exprimée soit acceptable. Dès lors, il est difficile de considérer que le droit de décider puisse valablement s'exprimer sans avoir été préalablement soit reconnu conforme à la Constitution, d'où la tentative des partisans de l'indépendance de la Catalogne de fonder cette revendication en droit, soit reconnu conforme au droit international. Or, il est bien évident que dans les deux cas, cela pourrait constituer un précédent susceptible d'alimenter d'autres revendications, ce qui ne va pas sans déplaire aux principaux acteurs du droit international que sont les États. Cela permet d'expliquer que les revendications sécessionnistes conduisent à des solutions au cas par cas, soit imposées par la force, soit par la voie diplomatique interne ou internationale. Il semble donc peu probable qu'un droit constitutionnel de décider puisse faire consensus, pour l'instant, entre les États et au niveau international et puisse être reconnu de manière générale comme une nouvelle forme d'autodétermination sans que préalablement le principe de la négociation entre l'État et l'entité à l'origine de la revendication soit accepté. En effet, une revendication sécessionniste oppose deux intérêts, qui peuvent être considérés comme légitimes mais qu'il convient de concilier pour éviter le rapport de force et le recours à la violence. Or, reconnaître un droit de décider à toutes les minorités nationales pourrait affaiblir les États et introduirait un déséquilibre à la défaveur de ces derniers. Le droit devrait plutôt chercher à rééquilibrer les forces en présence en laissant plus de place à la participation des minorités dans l'élaboration des règles juridiques étatiques et dans le processus de prise de décision politique, par exemple, qu'à introduire de nouveaux déséquilibres au profit de ces dernières. Une interprétation acceptable, mais nécessairement faible, du droit de décider pourrait d'ailleurs être limitée au principe de participation des représentants de l'entité territoriale au processus politique national ou fédéral. C'est ce qui existe déjà en Espagne ou au Canada, par exemple, mais cette lecture ne répond pas aux aspirations indépendantistes. Un autre problème que pose la reconnaissance du droit de décider est celui de la définition de la notion de minorité nationale, cette notion étant extensible à l'infini. La construction juridique du droit de décider nécessite donc d'être étayée et si elle demeure intéressante, se heurte à des obstacles constitutionnels de taille pour pouvoir espérer sa consécration prochaine y compris en droit international. Cela n'est pas de nature à empêcher que, dans le cas de la Catalogne, un dialogue puisse s'établir et qu'un référendum négocié puisse être organisé dans un contexte plus apaisé.

[48] *Id.*, p. 635.

LE « DROIT DE DECIDER » :
UN DROIT CONSTITUTIONNEL DANS LES ÉTATS DÉMOCRATIQUES

Mercè Barceló i Serramalera
Université Autonome de Barcelone

INTRODUCTION : CADRE CONSTITUTIONNEL ET NOUVELLES REVENDICATIONS POLITIQUES

Le cadre constitutionnel espagnol en vigueur, ou, plus précisément, l'interprétation qui en est majoritairement faite et qui est soutenue par les forces politiques majoritaires et défendue par la Cour constitutionnelle espagnole, ne semble pas apporter de réponse satisfaisante aux demandes de nouveaux droits exprimées par les citoyens, en particulier en matière de participation politique, en vue d'affronter les graves problèmes structurels que présente le système politique espagnol, tels que la corruption, les déséquilibres sociaux, l'absence de contrôle efficace des pouvoirs publics, la déréglementation et la privatisation de services essentiels, ou l'absence de correspondance entre les frontières de l'État et les communautés politiques qui le composent. La seule réponse apportée à la partie des citoyens qui revendique de nouvelles formes de participation et de contrôle politique est la nécessité d'une réforme constitutionnelle, qui requiert en Espagne des majorités très qualifiées (3/5 ou 2/3 selon les cas). Cette contrainte fait de toute réforme une chimère, quand bien même elle serait soutenue par une large majorité, et quand bien même, par exemple, la majorité d'une communauté politique — comme c'est le cas de la Catalogne — souhaiterait modifier démocratiquement ce cadre constitutionnel.

Que faire, dès lors, quand la réforme constitutionnelle, en tant que mécanisme de garantie du système constitutionnel — dans la mesure où elle constitue la voie qui est censée permettre son adaptation aux transformations sociales — devient précisément le principal moteur de la désaffection envers le système ? Que faire lorsque cette désaffection s'oriente vers différentes formes de désobéissance à l'interprétation majoritaire de la Constitution ?

En effet, l'un des principaux problèmes de la situation politique espagnole actuelle est la désaffection ressentie par une grande partie des citoyens à l'égard du système politique. Les mouvements sociaux massifs de la dernière décennie ont montré que la Constitution (ou plus exactement son interprétation majoritaire) a cessé d'être un cadre juridique efficace et satisfaisant à plus d'un titre. Et l'un des motifs les plus importants est celui qui a trait à la dimension territoriale. Ce problème vient ajouter une question supplémentaire à celles qui ont déjà été formulées : que faire dans un État démocratique lorsqu'une partie de son territoire, définie comme une communauté politique sous quelque forme que ce soit, considère que sa volonté démocratiquement exprimée n'est pas suffisamment prise en compte par les institutions et les organes centraux de l'État, de sorte que les propositions majoritairement exprimées par les citoyens qui forment cette communauté sont constamment exclues des décisions de l'État ? Le problème se résume à ce que la science politique a appelé le « déficit d'accommodement » et qui a majoritairement pour solution théorique, mais aussi historique, la formulation de diverses propositions de redéfinition territoriale passant par une reconnaissance de la communauté déficitaire en tant que sujet politique au sein de l'État et/ou par l'octroi d'une plus grande capacité politique dans la prise de décisions de l'ensemble, l'objectif final étant de surmonter le problème dit des « minorités permanentes[1] » .

Comme on le sait, les différents fédéralismes et autres formes d'État composé ont historiquement constitué des formules pour résoudre ces problèmes d'accommodement, en essayant d'éviter que l'organisation de l'État réponde à une logique majoritaire unique et en tendant vers l'harmonisation de logiques différentes dans un même contexte politique démocratique. Mais que se passe-t-il quand ces voies ne permettent pas non plus d'atteindre ces objectifs, soit parce qu'elles ne sont pas pleinement mises en œuvre, soit parce qu'elles ne bénéficient pas du soutien de majorités suffisantes, si bien que le sentiment d'exclusion, y compris l'exclusion dans le processus de

[1] Jaume López, « Reconocimiento y construcción del derecho a decidir en el sistema constitucional español » dans Mercè Barceló i Serramalera *et al.*, *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho* (Atelier, 2015) p. 19.

réforme constitutionnelle, et le besoin de formuler une proposition alternative deviennent permanents ? Le droit constitutionnel apporte-t-il une réponse à l'adéquation qu'exigent ces minorités permanentes ?

Bien que la réponse doive être abordée avant tout en termes politiques, le droit constitutionnel, selon nous, pourrait et devrait également orienter cette réponse du point de vue procédural. Et parmi les possibilités existantes, nous proposerons ici l'actualisation du texte constitutionnel au moyen de son interprétation systématique fondée sur une pondération adéquate des principes constitutionnels en cause. Cette actualisation sera défendue ici sous la formule du « droit de décider » tel qu'il s'inscrit dans le cadre concret de la Constitution espagnole.

1. ÉLEMENTS CONSTITUTIONNELS POUR UNE CONSTRUCTION JURIDIQUE DU DROIT DE DECIDER

Afin de formuler à partir du cadre constitutionnel espagnol un éventuel « droit de décider », il convient de préciser d'emblée quel pourrait en être le contenu. Il s'agirait d'un droit individuel à exercice collectif dont sont titulaires les membres d'une communauté localisée territorialement et organisée démocratiquement, leur permettant d'exprimer et de réaliser moyennant une procédure démocratique la volonté de redéfinir le statut politique et le cadre institutionnel fondamentaux de cette communauté, ce qui comprend la possibilité de constituer un État indépendant[2]. Cette formulation et sa reconnaissance pourraient être atteintes, dans notre système constitutionnel, par une pondération des principes : celui de l'unité indissoluble, celui de la souveraineté concentrée et celui du principe de démocratie.

Lorsque la possibilité de reconnaître un droit de décider, ou une consultation des citoyens de Catalogne, est refusée au nom de l'ordre constitutionnel espagnol, deux dispositions sont principalement invoquées : d'une part, l'article 1er, paragraphe 2, de la Constitution espagnole, où il est proclamé que « *la souveraineté nationale réside dans le peuple espagnol* » ; et, d'autre part, l'article 2 de la Constitution espagnole, qui établit que « [l]*a Constitution se fonde sur l'indissoluble unité de la Nation espagnole, patrie commune et indivisible de tous les Espagnols* ». C'est pourquoi il est avancé qu'il serait inconstitutionnel qu'une partie de la population soit consultée sur son avenir politique territorial, car la revendication de la sécession romprait l'unité territoriale indissoluble, une décision qui, en tout état de cause, à supposer qu'elle soit possible, ne pourrait être adoptée que par le peuple espagnol dans son ensemble en tant que titulaire de la souveraineté. Cependant, cette position, qui est présentée comme étant la plus respectueuse du texte constitutionnel, pourrait aussi être celle qui s'en éloigne le plus, car elle ignore d'autres principes et d'autres normes constitutionnelles.

Il ne fait aucun doute que le droit de décider n'est certainement pas reconnu dans la Constitution. Ce n'est pas parce que la Constitution espagnole est différente des autres, mais précisément parce qu'il s'agit d'une « Constitution » : sa fonction est de constituer un État, une unité organisée de décision et d'action. Tout État est donc, par définition, unitaire (indépendamment du fait qu'il soit fédéral, régionalisé, ou, comme en Espagne, « autonomique »). Cela implique également que le fait que l'article 2 de la Constitution espagnole proclame une unité indissoluble ne fait pas de l'État espagnol un État plus unitaire que les autres, tels que le Royaume-Uni et le Canada, dont l'unité a été remise en cause sur la base du principe de démocratie et, partant, du principe de respect des minorités et du principe de légalité [3]. En effet, ce qui a permis la tenue de référendums sur la sécession tant en

[2] Cette définition est celle qui fonde l'ouvrage collectif de Mercè Barceló i Serramalera *et al*, *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho* (Atelier, 2015).

[3] Ni le système constitutionnel du Canada ni celui du Royaume-Uni ne reconnaissent expressément le droit de décider, ce qui n'a pas empêché la population d'une partie de leur territoire de se prononcer, par le biais d'un référendum, sur une éventuelle indépendance. À partir de l'expérience canadienne, et plus particulièrement du *Renvoi sur la sécession du Québec* [1998] 2 RCS 217 de la Cour suprême du Canada, on constate que la structure démocratique de l'État impose le transfert des règles sur l'indépendance à une construction constitutionnelle interne, loin à la fois du droit international et du droit à l'autodétermination, qui seraient fondées dans quatre principes constitutionnels, pouvant être écrits ou non: le principe démocratique, le principe fédéral, celui relatif à la constitutionnalité et la primauté du droit, et, finalement, le principe du respect des minorités. Aucun de ces principes ne peut prévaloir sur les autres. De cette façon, la collectivité territoriale ne peut se déclarer unilatéralement indépendante en vertu du principe démocratique, mais l'État auquel elle appartient ne peut rester indifférent à sa volonté. Si la population concernée le souhaite et manifeste clairement sa volonté à travers une procédure de consultation démocratique, l'État ne peut pas non plus nier son droit à l'indépendance. De plus, l'expérience britannique met en évidence des principes similaires aux précédents sur lesquels repose la formulation du droit de décider. Ces principes sont les suivants : un principe

Écosse qu'au Québec, c'est la coexistence dans leurs ordres constitutionnels respectifs du principe d'unité, formulé de manière explicite ou implicite, et du principe de démocratie.

Or, le principe de démocratie est précisément reconnu dans la Constitution espagnole à l'article premier, paragraphe 1, en tant que principe structurel du système politique et de l'ordre juridique, ce qui signifie qu'il agit en tant que principe recteur lors de la création, de l'interprétation et de l'application de chacune des autres règles de la Constitution et du système juridique dans son ensemble. La direction indiquée dépendra donc du contenu et de la portée de la conception démocratique introduite.

En ce sens, il y a consensus pour dire que les Constitutions occidentales actuelles ne comprennent pas seulement une idée procédurale de la démocratie, selon laquelle il est légitime de faire prévaloir la volonté de la majorité sur celle de la minorité tant que les procédures établies sont respectées. Parallèlement à ce concept, qui perdure, des limites ont été introduites à ce que, au sein d'une communauté, une majorité de la population peut imposer à des minorités dissidentes. C'est pourquoi on incorpore, à côté des éléments procéduraux, des éléments substantiels de non-domination par la majorité : la démocratie signifie donc également le respect des minorités et de leurs droits constitutionnels — droits constitutionnels dont l'existence et l'exercice ne sauraient dépendre des majorités dans un État démocratique, mais qui, précisément, constituent la façon d'assurer une protection permanente des minorités. Il devient ainsi possible d'offrir une opportunité démocratique à des groupes qui, pour des raisons démographiques, par exemple, ne peuvent pas devenir majoritaires.

Dès lors, la liberté que la Constitution consacre en tant que « *valeur supérieure de l'ordre juridique* » suppose une autorisation donnée aux citoyens de mener toutes les activités que la loi ne prohibe pas, y compris lorsque les citoyens interagissent avec l'ordre de valeurs et de principes reconnus par la Constitution[4].

Par conséquent, il peut être soutenu, comme l'a fait la Cour constitutionnelle espagnole[5], que la Constitution espagnole n'établit pas de « démocratie militante » ou de « démocratie protégée » (comme celle de l'Espagne des années soixante et soixante-dix). Qu'est-ce à dire ? Le fait que le texte constitutionnel ne contienne pas de limites matérielles à sa réforme et qu'il reconnaisse, en même temps, un ensemble de libertés pour renforcer la défense de la liberté idéologique, permet de distinguer la démocratie espagnole de celles qui ne tolèrent pas les options idéologiques contraires aux valeurs et principes consacrés par la Constitution. La démocratie espagnole, telle qu'elle est définie pas la Constitution, ne juge pas inconstitutionnelle la défense d'objectifs qui lui sont contraires ni ne condamne les idéologies défendant de tels objectifs ; il ne s'agit pas d'une démocratie générant un « méta-droit naturel et fondamental » d'autodéfense de l'État qui se transforme en paramètre de référence pour la validité et l'interprétation des droits individuels et collectifs, et qui s'impose hiérarchiquement à ces derniers.

Au contraire, loin de cette notion de « démocratie militante » ou de « démocratie protégée », la Constitution espagnole établit une démocratie plurielle et pluraliste, non dirigée et, par conséquent, elle n'exclut pas de la légalité les sujets de droit ou les groupes qui ont une idée du Droit ou de l'organisation sociale différente ou incompatible avec celle qu'énonce la Constitution.

En conséquence, pourquoi l'expression collective d'une volonté contraire au maintien de l'unité avec l'État espagnol devrait-elle être inconstitutionnelle, si la Constitution n'impose aucune adhésion au principe

---

de décentralisation politique (équivalent du principe fédéral), une reconnaissance explicite de la plurinationnalité de l'État (qui remplace le principe du respect des droits des minorités et qui place le peuple écossais dans une meilleure position que les autres collectivités territoriales, puisqu'il est reconnu en tant que communauté possédant un droit de décider), et un principe démocratique qui devrait permettre la négociation et l'acceptation de résultats d'une éventuelle consultation démocratique. En somme, les expériences britannique et canadienne redéfinissent le référendum en tant qu'instrument juridique permettant de connaître la volonté de la communauté politique qui cherche son indépendance. Voir Mercè Corretja, dans Mercè Barceló i Serramalera et al, *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho* (Atelier, 2015), p. 41-65; Joan Ridao, *El dret a decidir. La consulta sobre el futur polític de Catalunya* (IEA, 2014).

[4] Cour constitutionnelle, Madrid, 24 juillet 1984, STC 83/1984, BOE nº203 (Espagne).

[5] Cour constitutionnelle, Madrid, 12 mars 2003, STC 48/2003, BOE nº63 (Espagne) ; Cour constitutionnelle, Madrid, 16 janvier 2004, STC 5/2004, BOE nº37 (Espagne) ; Cour constitutionnelle, Madrid, 10 décembre 2007, STC 235/2007, BOE nº295 (Espagne) ; Cour constitutionnelle, Madrid, 29 février 2008, STC 12/2008, BOE nº52 (Espagne) ; Cour constitutionnelle, Madrid, 25 mars 2014, STC 42/2014, BOE nº87 (Espagne); Cour constitutionnelle, Madrid, 21 mai 2009, STC 126/2009, BPE nº149 (Espagne).

d'unité ? Comment l'organisation d'une consultation des citoyens de Catalogne sur leur avenir en tant que communauté politique, à laquelle le gouvernement espagnol se refuse catégoriquement, pourrait-elle porter atteinte au principe démocratique ou aux droits fondamentaux, alors même que l'expression par voie de consultation est protégée par le principe démocratique et constitue un exercice de droits fondamentaux reconnus par la Constitution elle-même ?

Sauf à défendre ouvertement que la Constitution espagnole établit une démocratie militante, ce qui est très ardu au regard du libellé de la Constitution et de la jurisprudence en la matière, on ne saurait affirmer à bon droit le caractère inconstitutionnel de la volonté d'organiser, par exemple, un référendum en Catalogne portant sur son indépendance territoriale. Aucun élément juridique ne vient étayer une telle affirmation : le fait que l'article 2 de la Constitution espagnole reconnaisse l'unité indissoluble de la nation espagnole n'impose pas une unité perpétuelle ; il n'existe pas de méta-droit fondamental de l'État s'imposant aux droits constitutionnels reconnus aux citoyens, de façon à rendre impossible la tenue d'une procédure démocratique permettant de savoir quelle est la volonté majoritaire des citoyens catalans.

Sur cette base, on peut donc soutenir la présence dans l'ordre constitutionnel espagnol d'un droit conférant à ses titulaires la faculté d'être ouvertement en désaccord avec le statu quo territorial et de proposer des alternatives, exprimées par le biais d'une procédure démocratique devant garantir en tout état de cause :

a) La participation du titulaire de la souveraineté, à savoir le peuple espagnol dans son ensemble, soit directement, soit par l'intermédiaire de ses représentants ;
b) Les droits des minorités ; et
c) L'équilibre entre ces deux éléments, de sorte que le projet politique proposé (la sécession, le cas échéant) ne puisse être imposé unilatéralement, sans pour autant devenir à jamais irréalisable du simple fait qu'il est soutenu par une majorité qui se trouve diluée dans l'ensemble du titulaire de la souveraineté.

La Cour constitutionnelle espagnole a également admis, quoique de manière ponctuelle [6], que le cadre constitutionnel espagnol permet la reconnaissance d'un « droit de décider ». Dans cet arrêt, la Cour déclare inconstitutionnel et nul l'un des neuf principes de la *Déclaration de souveraineté* adoptée par le Parlement de Catalogne (le premier principe, relatif à la souveraineté), mais elle admet également que les références au « droit de décider des citoyens de Catalogne » contenues dans la Déclaration ne sont pas inconstitutionnelles, si elles sont interprétées comme le fait le Cour dans les motifs de l'arrêt. Ce droit, tel qu'il est exprimé dans ses motifs, ne peut avoir pour contenu ni un droit à l'autodétermination ni une attribution de souveraineté, mais il permet néanmoins de formuler

> une aspiration politique qui ne peut être atteinte que par un processus conforme à la légalité constitutionnelle, dans le respect des principes de « légitimité démocratique », de « pluralisme « et de « légalité », expressément proclamés dans la Déclaration en lien étroit avec le « droit de décider » [7].

L'idée susmentionnée selon laquelle l'ordre constitutionnel espagnol ne répond pas à un modèle de « démocratie militante » serait donc à la base de ce droit. Ainsi, cet ordre constitutionnel permet de « défendre quelque idée que ce soit », quand bien même ces idées « entendraient modifier le fondement même de l'ordre constitutionnel [8]». Selon cet arrêt, le fait de proposer une sécession territoriale ne serait pas contraire à cet ordre constitutionnel,

---

[6]Le Tribunal constitutionnel espagnol se prononce dans cet arrêt sur le conflit entre le gouvernement espagnol et le Parlement catalan. Rappelons que le gouvernement espagnol avait contesté la *Résolution du Parlement de Catalogne 5 / X*, du 23 janvier 2013, qui approuvait la Déclaration de la souveraineté et le droit de décider du peuple catalan. De plus, cette Résolution présentait les principes sur lesquels se fondait l'organisation d'un référendum ayant pour but de décider de l'avenir de la Catalogne, en tant que communauté politique. Ladite Résolution était rédigée dans les termes suivants: « Conformément à la majorité démocratiquement exprimée par le peuple de la Catalogne, le Parlement de Catalogne accepte d'initier le processus pour rendre efficace l'exercice du droit de décider afin que les citoyens de la Catalogne puissent décider de leur avenir politique collectif, conformément aux principes suivants (...) » Voir Cour constitutionnelle, STC 42/2014 (préc. n.5).

[7] Cour constitutionnelle, STC 42/2014 (préc. n.5).

[8] *Id*.

> à condition que celle-ci ne soit pas préparée ou défendue par une activité contraire aux principes démocratiques, aux droits fondamentaux ou aux autres obligations constitutionnelles, et que sa tentative de mise en œuvre effective se fasse dans le cadre des procédures de réforme de la Constitution, puisque le respect de ces procédures est toujours et en tout état de cause impératif [9].

L'arrêt STC 42/2014 énonce donc l'exercice d'un droit de décider à deux moments (comme nous le faisons également dans le présent article quoique, comme on le verra ci-après, par des moyens différents au stade de la mise en œuvre du droit) : lors de la formulation de la proposition de modification de l'ordre constitutionnel, en l'occurrence l'ordre territorial ; et lors de la mise en œuvre effective de la proposition qui, selon la Cour, nécessiterait une réforme de la Constitution.

Cependant, l'ouverture par la Cour constitutionnelle espagnole d'une porte juridique pour résoudre le conflit catalan a été rapidement refermée. Dans les arrêts qui ont immédiatement suivi [10], la Cour s'est progressivement écartée de l'interprétation précédente, en concluant même dans ce dernier arrêt que le seul référendum que l'État pourrait tenir à cet effet serait un référendum de réforme constitutionnelle [11], mais en aucun cas un référendum consultatif tel que prévu à l'article 92 de la Constitution espagnole, en vue de connaître la volonté des citoyens catalans quant à leur avenir en tant que communauté politique.

Telle est la position actuelle de la Cour constitutionnelle espagnole, soutenue par la majorité de la doctrine en Espagne. Mais, selon nous, cette position laisse sans effet un certain nombre de règles constitutionnelles : elle exclue certaines institutions juridiques établies par la Constitution, telles que le référendum consultatif prévu à l'article 92 de la Constitution espagnole, ou certaines compétences de l'État telles que celle énoncée à l'article 149, paragraphe 1, point 32, de la Constitution espagnole ; et elle contribue à perpétuer une situation territoriale qui n'apporte pas de solution démocratique au problème de départ en ce qu'elle relègue au rang de minorité ce qui constitue une majorité territoriale.

Toutefois, conformément aux conclusions auxquelles la Cour constitutionnelle espagnole est parvenue, de manière ponctuelle, par le passé, et comme nous l'avons soutenu ici, il existe des éléments suffisamment importants dans la structure fondamentale de la Constitution espagnole qui permettent de reconnaître un droit de décider intrasystémique, dont les éléments constitutifs sont brièvement examinés ci-après.

---

[9] *Id*.

[10] Tribunal constitutionnel, Madrid, 16 mars 2015, STC 31/2015, BOE nº64 (Espagne) ; Tribunal constitutionnel, Madrid, 6 juillet 2015, STC 138/2015, BOE nº160 (Espagne).

[11] En effet, dans les arrêts postérieurs à l'arrêt 42/2014 - STC 31/2015 et 138/2015 - la Cour prends une distance par rapport à la conception précédente, en deux phases, du droit de décider. Dans l'arrêt suivant, STC 31/2015, sur le recours d'inconstitutionnalité des consultations populaires catalanes interposé par le gouvernement espagnol, la Cour maintient une position tiède concernant la disparition de la première phase du droit de décider. En se basant sur l'arrêt STC 42/2014, la Cour soutient que « les problèmes de cette nature ne peuvent être résolus par cette Cour ». Dans l'arrêt ultérieur du 11 juin, concernant les actes préparatoires du « processus de participation citoyenne », la Cour affirme, en reprenant le STC 103 / 2008, que même l'État ne peut appeler à la tenue d'un référendum qui permette aux citoyens de la Catalogne de décider de la possibilité de continuer à faire partie de l'État espagnol. L'arrêt de la Cour signalait que « lorsqu'il s'agit d'une consultation qui aborde des questions fondamentales de cette importance, nous déclarons que "[le] respect de la Constitution impose que les projets de révision de l'ordre constitutionnel, et notamment de ceux qui affectent la fondation de l'identité de l'unique détenteur de la souveraineté, soient instruits ouvertement et directement à travers la voie prévue par la Constitution à ces fins. Il n'est pas possible d'agir autrement pour les Communautés Autonomes ni pour aucun autre organe de l'État, puisque par-dessus tous se trouve, exprimée par une décision constituante, la volonté du peuple espagnol, détenteur exclusif de la souveraineté nationale, qui fonde la Constitution et est l'origine de tout pouvoir politique. [...] [D]ans la mesure où cela [la révision de l'ordre constitutionnel] implique de reconsidérer l'identité et l'unité du sujet souverain ou, du moins, de la relation que seule la volonté de ce dernier peut établir entre l'État et les communautés autonomes » et bien que cela ne soit pas expressément indiqué ici, mais dans STC 103/2008, le seul référendum possible en ce qui concerne toute proposition de changement de l'ordre constitutionnel territorial est le référendum de révision constitutionnelle à caractère décisionnel et auquel tout le peuple espagnol serait appelé à y participer.

2. ÉLÉMENTS STRUCTURELS DU DROIT DE DÉCIDER : TITULARITÉ, CONTENU, LIMITES

Au début de cet article, nous avons exposé une définition possible du « droit de décider » conciliable avec le cadre constitutionnel espagnol : le droit individuel à l'exercice collectif dont sont titulaires les membres d'une communauté localisée territorialement et organisée démocratiquement, leur permettant d'exprimer et de réaliser moyennant une procédure démocratique la volonté de redéfinir le statut politique et le cadre institutionnel fondamentaux de cette communauté, ce qui comprend la possibilité de constituer un État indépendant.

De ce point de vue, dans la mesure où le contenu du droit de décider combine une liberté, principalement la liberté d'expression, et un droit à la participation politique, cette expression s'exerçant par une procédure démocratique, ce n'est pas un sujet de droit collectif qui est titulaire de ce droit de décider mais chaque sujet de droit individuel considéré comme jouissant de la condition politique de citoyen. Il n'en reste pas moins que le bien juridique que ledit droit protège (la formulation d'un projet de modification de l'ordre constitutionnel et sa mise en œuvre) exige un exercice collectif du droit pour donner un sens à chaque volonté considérée individuellement, comme l'exigerait, par exemple, le droit de manifestation. L'attribution de la proposition revient donc à l'ensemble des citoyens ayant participé à sa formulation. Partant dans l'ordre juridique espagnol, le droit de décider est un droit à titularité individuelle, mais dont l'exercice est nécessairement collectif, en vue de doter de signification politique et juridique chaque volonté individuelle exprimée au travers du vote.

Pour ce qui est du contenu, le droit de décider comprendrait un double faisceau de facultés : la formulation et la réalisation de la volonté de redéfinir le statut politique et le cadre institutionnel fondamentaux d'une communauté territoriale.

Et ce droit de décider génère diverses obligations pour les pouvoirs publics : lors de la formulation de la proposition[12], le droit de décider crée une obligation de ne pas mettre d'obstacles ou de ne pas mener d'actions limitant ou entravant le processus de formulation de l'idée, de sorte que le positionnement collectif puisse atteindre ses destinataires, les pouvoirs publics. Et à partir du lien positif qu'irradient les droits, il crée également une obligation pour le gouvernement de l'État de mettre à disposition des citoyens les instruments juridiques nécessaires pour pouvoir formuler et doter de signification politique unitaire la somme des volontés qui souhaitent s'exprimer dans l'exercice du droit de décider. L'État pourra donc maintenir un pouvoir discrétionnaire sur le contenu et le moment de la consultation, mais il ne pourra pas refuser indéfiniment d'organiser une consultation ; en l'espèce, il ne pourra pas refuser indéfiniment de consulter par voie de référendum les citoyens catalans sur l'avenir politique de leur territoire[13].

Le droit de décider permettrait également de réaliser cette volonté s'il s'agit d'une volonté majoritaire, c'est-à-dire qu'il créerait une obligation de prise en considération de la volonté exprimée démocratiquement sous la forme d'une concrétisation négociée. C'est cette interprétation que la Cour suprême du Canada tire de la relation entre les principes de démocratie, de fédéralisme, de constitutionnalisme, de primauté du droit et de respect des minorités qui sous-tendent l'ordre démocratique constitutionnel canadien et qui, dans une certaine mesure, sont

[12] Puisque, comme nous l'avons déjà mentionné, le principe d'une unité perpétuelle ne peut pas être imposé et étant donné que les citoyens, en raison du principe de « liberté » qui est véhiculé dans la Constitution, comptent avec l'autorisation constitutionnelle, d'interagir avec l'ordre des valeurs et des principes constitutionnellement reconnus, il est possible d'affirmer que le cadre constitutionnel espagnol permet la tenue d'une consultation à travers laquelle une majorité pourrait se prononcer sur la formation d'un État proposée par un *demos* territorial différent du détenteur de la souveraineté dans son ensemble.

[13] La Cour constitutionnelle s'est également prononcée en ce sens, dans son arrêt STC 31/1994 sur la liberté d'expression, en affirmant que ni l'absence d'activité, ni la réglementation de l'activité « permet en aucune manière d'éliminer le droit d'exprimer librement des idées et de communiquer librement des informations ». Voir Cour constitutionnelle, Madrid, 2 mars 1994, STC 31/1994, BOE nº52 (Espagne); Cours constitutionnelle, Madrid, 17 décembre 1990, STC 206/1990, BOE nº9 (Espagne), base juridique 6; Cour constitutionnelle, Madrid, 3 octobre 1991, STC 189/1991, BOE nº265 (Espagne), base juridique 3. De plus, la Cour constitutionnelle a soutenu que le législateur ne pouvait nier la protection des libertés fondamentales en ne régulant pas l'exercice des activités à partir desquelles elles s'exercent. En effet, bien que le législateur puisse réguler les différentes formes dans lesquelles s'exercent les libertés fondamentales, en respectant l'article 53.1 de la Constitution espagnole, il est évident qu'il ne peut pas statuer sur l'existence même des libertés fondamentales qui sont garanties *ex Cosntitutione*.

transposables à la Constitution espagnole[14] : le principe de démocratie et son corollaire, le respect des droits des minorités — l'existence et l'exercice de ces droits ne dépendant pas des majorités ; le principe de constitutionnalisme et de primauté du droit, dans la mesure où le processus d'expression et de réalisation du droit de décider ne peut s'exercer que dans le cadre constitutionnel établi ; et le principe fédéral, ou, si l'on préfère, le principe d'autonomie, qui, dans le cas espagnol, permet la reconnaissance d'un *demos* politique, auquel est attribuée la somme des volontés démocratiquement exprimées et qui devient sujet négociateur, avec des obligations constitutionnelles concrètes, et avec un devoir de fidélité à la Constitution qui impose un devoir de « soutien réciproque et de loyauté mutuelle[15] » vis-à-vis de l'État dans le processus de négociation.

De toute évidence, il ne peut y avoir d'interprétation univoque de la portée du pouvoir de mise en œuvre de cette volonté majoritaire. Comme indiqué précédemment, la Cour constitutionnelle espagnole, dans son arrêt STC 42/2014[16], interprète que ce pouvoir comprend un droit de proposer une réforme constitutionnelle. Le point de vue défendu ici est que, au contraire, la portée du pouvoir de mise en œuvre de cette volonté majoritaire consisterait, comme l'indique la Cour suprême du Canada, en une négociation de bonne foi entre les pouvoirs publics concernés qui pourrait potentiellement aboutir, dans le respect de conditions éventuelles, à un acte de sécession, comme c'était aussi potentiellement le cas en Écosse. Les négociations entre les parties requièrent un dialogue, s'articulant désormais entre deux majorités, et fondé sur le principe de bonne foi, compris comme une exigence de respect de la volonté démocratiquement exprimée [17]. Et l'objet de la négociation, c'est la proposition et ses conditions de mise en œuvre, la conciliation de divers droits et obligations, ainsi qu'un ensemble de concessions réciproques dans les limites mentionnées ci-après.

Dès lors, si le droit de décider est interprété en se fondant sur le cadre constitutionnel en vigueur, il ne peut venir à l'appui d'un pouvoir de sécession unilatérale pour le territoire qui le propose, car les principes de constitutionnalisme et de primauté du droit exigent dans ce processus la présence du titulaire de la souveraineté, conformément à l'article 1, paragraphe 2, de la Constitution espagnole. Il s'agirait d'une première limite à l'exercice de ce droit. Mais il existe également une limite à cette limite : la participation du titulaire de la souveraineté à la procédure d'exercice du droit de décider ne peut être exercée de manière à empêcher l'exercice de l'ensemble des pouvoirs que le droit de décider confère à ses titulaires.

Le droit de décider n'est donc pas un droit de sécession unilatérale, c'est ce qui en constituerait la limite, mais un droit à la mise en œuvre négociée de la volonté exprimée par la majorité.

---

[14] Ces principes ont permis à la Cour suprême du Canada d'affirmer que : « 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. Le Québec ne pourrait, malgré un résultat référendaire clair, invoquer un droit à l'autodétermination pour dicter aux autres parties à la fédération les conditions d'un projet de sécession ». Bien que la proposition inverse ne soit pas non plus acceptable, il n'en demeure pas moins que : « […] l'ordre constitutionnel canadien existant ne pourrait pas demeurer indifférent devant l'expression claire, par une majorité claire de Québécois, de leur volonté de ne plus faire partie du Canada. Les autres provinces et le gouvernement fédéral n'auraient aucune raison valable de nier au gouvernement du Québec le droit de chercher à réaliser la sécession, si une majorité claire de la population du Québec choisissait cette voie, tant et aussi longtemps que, dans cette poursuite, le Québec respecterait les droits des autres. Les négociations qui suivraient un tel vote porteraient sur l'acte potentiel de sécession et sur ses conditions éventuelles si elle devait effectivement être réalisée ». *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, par. 150-51.

[15] Cour constitutionnelle, Madrid, 12 décembre 2007, STC 247/2007, BOE nº13 (Espagne).

[16] Cour constitutionnelle, STC 42/2014 (préc. n.[5]).

[17] Par conséquent, la bonne foi ne serait pas reconnue dans les négociations qui forceraient unilatéralement une déclaration d'indépendance, c'est-à dire dans les négociations qui rejetteraient toute possibilité de dialogue ou qui conditionneraient l'indépendance à des exigences telles que, par exemple, une réforme constitutionnelle avec un référendum de tous les Espagnols - qui supposerait dans les faits le refus d'envisager toute autonomie possible pour la Catalogne.

CONCLUSION : VERS UN NOUVEAU DROIT INTERNATIONAL D'AUTODETERMINATION DES PEUPLES COMME PALLIATIF A L'ABSENCE DE RECONNAISSANCE DU DROIT DE DECIDER ?

Au regard de tout ce qui précède, que faire si l'État espagnol nie l'existence d'un droit de décider dans le cadre de la Constitution espagnole, alors qu'il existe en Catalogne une majorité claire favorable à son exercice constitutionnel ?

Le Parlement de Catalogne a jugé que le mandat résultant des élections de septembre 2015 était suffisamment large pour organiser unilatéralement un référendum[18]. Et il a adopté deux lois à la majorité absolue : la loi relative au référendum et la loi relative au régime juridique transitoire[19]. La loi 19/2017 du 6 septembre 2017 relative au référendum d'autodétermination de la Catalogne régit la tenue d'un référendum d'autodétermination contraignant portant sur l'indépendance de la Catalogne vis-à-vis de l'Espagne. Elle dispose que « [l]e peuple de Catalogne est un sujet politique souverain et, en tant que tel, il exerce le droit de décider, librement et démocratiquement, de sa condition politique » et que « [l]e Parlement de Catalogne agit en tant que représentant de la souveraineté du peuple de Catalogne ». La loi invoque le droit international, en particulier les pactes internationaux de 1966, qui reconnaissent le droit des peuples à l'autodétermination comme étant le premier des droits de l'homme.

C'est sur cette base théorique qu'a eu lieu le référendum du 1er octobre 2017 où le « Oui » a recueilli 90,18 % des suffrages[20]. Et sur la base de ce résultat, le 27 octobre 2017, le Parlement de Catalogne a adopté la déclaration d'indépendance et a proclamé la République catalane, déclaration qui a été suspendue le 31 octobre par la Cour constitutionnelle espagnole.

Tous les faits entourant le vote du 1er octobre sont bien connus : plutôt que le dialogue comme instrument de résolution du conflit, l'État espagnol a privilégié la voie de la judiciarisation et de la répression, avec de graves violations de droits fondamentaux, notamment la liberté d'expression et de manifestation, l'inviolabilité du domicile, la liberté, le droit à l'intégrité physique, le droit à un juge impartial et désigné préalablement par la loi et le droit à la participation politique. Il a mis en examen pour des crimes inexistants de rébellion et de sédition les dirigeants des deux organisations civiques qui ont soutenu le processus souverainiste, de même que le président, le vice-président et les ministres du gouvernement catalan, plaçant certains d'entre eux en détention provisoire et en forçant d'autres à choisir l'exil[21]. Enfin, il a de facto supprimé l'autonomie de la Catalogne, en actionnant, de manière inconstitutionnelle selon nous, l'article 155 de la Constitution espagnole et en adoptant notamment, au titre de cet article, plusieurs décrets, parmi lesquels un décret portant sur l'organisation d'élections au Parlement de Catalogne et sur la dissolution du Parlement de Catalogne[22] .

---

[18] Dans les élections autonomes, 59,25% des voix sont allées aux forces politiques qui ont soutenu la tenue d'un référendum sur la souveraineté en Catalogne. Il est important de noter que 47,8% de ces forces politiques se déclaraient comme étant indépendantistes.

[19] Loi 19/2017 (*Loi sur le référendum sur l'autodétermination*), Parlement de Catalogne, 6 septembre 2017; Loi 20/2017 (*Loi de transition juridique et constitutive de la République*), Parlement de Catalogne, 8 septembre 2017.

[20] Recensement: 5 313 564; Votes comptés: 2 286 217 (votes recensés dans les écoles clôturées par les forces de l'ordre du gouvernement central: 770 000); Oui: 2 044 038 (90,18%); Non: 177 547 (7,83%); Votes vides: 44 913 (1,98%).

[21]Voir, en ce sens, la dénonciation internationale promue par *Col·lectiu Praga*, où sont décrites les violations des droits de l'homme qui ont eu lieu pendant le référendum du 1er octobre (« Atencio. Denuncia internacional » (*Col.lectiu praga*, 2017) <http://collectiupraga.cat/wp-content/uploads/2017/12/Den%C3%BAncia- internacional.pdf> consulté le 2 juin 2020).

[22] Avant d'appliquer de telles mesures, et conformément à l'art. 155 CE, le gouvernement a dû obtenir l'accord du Sénat. Ce dernier approuva effectivement la plupart des mesures proposées par le gouvernement. Cet accord a été contesté devant la Cour constitutionnelle et le décret royal précité a été contesté devant la Cour suprême. Ces deux contestations sont fondées sur l'inconstitutionnalité de tels actes normatifs pour violation, d'une part, du droit de toute personne de participer au gouvernement de son pays par l'intermédiaire de ses représentants et, d'autre part, du droit des députés d'exercer leurs fonctions publiques sans perturbation pour ceux qui ont été élus démocratiquement (aux élections autonomes du 27 septembre 2015). En effet, le droit de participation politique (article 23 de la Constitution espagnole), en ce qui concerne le Parlement de Catalogne, comprend le droit d'élire des députés, dans les termes établis par la législation électorale. Ce droit inclut le droit des élus d'exercer leurs fonctions de représentants pour lesquelles ils ont été élus. Ces fonctions ne peuvent cesser d'être exercées que pour les raisons établies dans la loi. Cette loi n'est nulle autre que le Statut d'Autonomie de Catalogne qui est conçue comme émanant d'un mandat constitutionnel (Article 147.2.c et Article 152.1 de la Constitution espagnole). Par conséquent, la résiliation anticipée de la législature, par le biais de l'art. 155 de la Constitution espagnole, et non par les voies prévues par le Statut, telles que le pouvoir de dissolution que le Statut accorde au Président de la *Generalitat* pour le faire, met fin, de manière inconstitutionnelle, au mandat de représentation reçu par les électeurs. Ceci est sans aucun doute une violation des droits fondamentaux cités auparavant dans ce texte. Voir

Et lors des élections au Parlement de Catalogne, tenues le 21 décembre 2017, l'indépendantisme a de nouveau obtenu la majorité absolue et a augmenté le nombre de suffrages obtenus [23]. Les citoyens de Catalogne continuent de réclamer, dans leur majorité, le droit de décider.

Comment, dès lors, résoudre ce conflit qui remet en cause la structure même de l'État démocratique et de droit ? Au niveau constitutionnel interne, il est difficile de trouver une solution tant que continuera d'être imposée par la majorité une interprétation de la Constitution qui limite les possibilités de solution dans le cadre démocratique. Il n'existe pas, à cet égard, de mécanismes juridiques obligeant l'État à organiser en Catalogne un référendum permettant de préciser quelle est la volonté majoritaire, dans un sens ou dans l'autre. À titre d'exemple, il n'existe pas de *recurso de amparo* par omission permettant de défendre le droit de décider en cas de non-respect des obligations décrites au niveau interne.

La question est donc la suivante : le droit à l'autodétermination des peuples reconnu par le droit international peut-il s'appliquer à des situations telles que celle de la Catalogne ? En d'autres termes, peut-il s'appliquer à des peuples qui vivent et sont régis dans le cadre d'une Constitution démocratique, mais qui se voit nier par leur État le droit de décider de leur avenir en tant que communauté politique ? Le Parlement de Catalogne a répondu par l'affirmative à cette question et il a organisé un référendum le 1er octobre 2017 en se fondant sur le droit international, comme indiqué ci-avant. Néanmoins, il reste à voir si les instances internationales chargées de l'interprétation des textes internationaux commenceront à formuler une version plus large du droit à l'autodétermination des peuples, en y incorporant également le droit à une sécession corrective si le non-respect par l'État des obligations résultant du droit de décider devait conduire — au sens indiqué par Buchanan[24] — à la production d'une juste cause.

Real Decreto 946/2017, de 27 de octubre, de convocatoria de elecciones al Parlamento de Cataluña y de su disolución, BOE-A-2017-12330 (Espagne).

[23] Les forces de l'indépendance ont obtenu aux élections du 21 décembre 2017, 35 302 votes plus que lors du référendum du 1er octobre et 112 832 de plus que lors des élections du 27 septembre 2015.

[24] Allan Buchanan, *Secesión: causas y consecuencias del divorcio político* (Ariel, 2013).

III- AUTODÉTERMINATION DES PEUPLES, DÉMOCRATIE ET CITOYENNETÉ

LES PROCESSUS CONSTITUANTS ET LES DÉMARCHES INDÉPENDANTISTES : UNE JUXTAPOSITION LIMITÉE ET UN IMPÉRATIF DÉMOCRATIQUE

Daniel Turp
Université de Montréal

INTRODUCTION

La question d'accession à l'indépendance nationale a intéressé la communauté scientifique et a engendré de nombreux travaux réalisés par des chercheurs de plusieurs disciplines, principalement en science politique, en philosophie et en droit[25]. La littérature est particulièrement riche en droit international et en droit constitutionnel sous l'angle particulier de l'émergence du droit à l'autodétermination des peuples et d'un droit à la sécession donnant ouverture à l'indépendance[26].

La question de l'élaboration de la constitution a également suscité un intérêt soutenu dans la même communauté scientifique et a fait l'objet de travaux disciplinaires et interdisciplinaires[27]. Les modes d'élaboration des constitutions, et en particulier le recours à une assemblée constituante[28], ont été particulièrement bien analysés et suscitent un intérêt soutenu dans le monde à la lumière de la création récente d'assemblées constituantes dans les Amériques et de la récente proposition de modalité d'accession à l'indépendance formulée par les OUI-Québec comportant l'institution d'une Assemblée constituante[29].

Le présent texte prend sa source dans Daniel Turp, « Les mécanismes d'accession à l'indépendance et les initiatives d'élaboration d'une constitution », dans IRAI, *Les processus constituants et les indépendances nationales : perspectives internationales, comparées et québécoises* (Étude nº 1, Montréal, IRAI, 2017) p. 3 [ci-après IRAI, *Les processus constituants et les indépendances nationales]*.

[25] Voir Jens Bartelson, *A Genealogy of Sovereignty* (Cambridge University Press, 1995); Jacques Derrida, « Declarations of independence » (1986) 7 *New Political Science* 1; Alan Buchanan, *Secession: The Morality of Political Divorce From Fort Sumter To Lithuania And Quebec* (Westview Press, 1991); Aleksandert Pavkovic et Peter Radan, *Creating New States : Theory and Practice of S*ecession (Ashgate, 2007); Mikulas Fabry, *Recognizing States: International Society and the Establishment of New States Since 1776* (Oxford University Press, 2010); James Crawford, *The Creation of States in International Law* (2e ed, Oxford University Press, 2011); Bridget Coggins, *Power Politics and State Formation in the Twentieth Century. The Dynamics of Recognition* (Cambridge University Press, 2014); Ryan Griffiths, *Age of Secession. The International and Domestic Determinants of State Birth* (Cambridge University Press, 2016).

[26] Voir notamment Spyros Calegeropoulos-Stratis, *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* (Bruylant, 1973); Lee Bucheit, *Secession : The Legitimacy of Self-Determination* (Yale University Press, 1978); Hurst Hannum, *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination. The Accommodation of Conflicting Rights* (édition révisée, University of Pennsylvania Press, 1990); Alan Buchanan, *Secession. The Morality Of Political Divorce From Fort Sumter To Lithuania And Quebec* (Westview Press, 1991); Wolfgang Danspeckgruber et Arthur Watts, *Self-Determination and Self-Administration. A Sourcebook* (Lynne Rienner Publishers,1997); Théodore Christakis, *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation* (La Documentation française, 1999); Uriel Abulof et Karl Cordell, *Self-Determination in the Early Twenty-First Century. A double edge concept* (Routledge, 2016); Jacques Brossard et Daniel Turp, *L'accession à la souveraineté et le cas du Québec. Conditions et modalités politico-juridique*s (2e éd, Presses de l'Université de Montréal, 1995) ; Daniel Turp, *Le droit de choisir. Essais sur le droit du Québec de disposer de lui-même* (Thémis, 2001) ; Frédéric Bérard et Stéphane Beaulac, *Droit à l'indépendance. Québec, Monténégro, Kosovo, Écosse, Catalogne* (XYZ Éditeur, 2015).

[27] Voir Charles Chauvel, Charmaine Rodrigues et Rushika De Silva, « Réflexions sur l'élaboration de constitutions à travers le monde. Études des bonnes pratiques et des enseignements tirés », dans programme des Nations unies pour le développement, *La constitution de la Tunisie. Processus, principes et perspectives* (PNUD, 2016), p. 355-68 ; Tom Ginsburg, *Comparative Constitutional Design* (Cambridge University Press, 2012) ; Sujit Choudury et Michael Heyman, *Constitution-Making* (Edward Elgar, 2016). Constitution Unit, « Constitutions and Constitution Making », (University College London) http://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/research/constitutions-constitution-making (consulté le 25 septembre 2017) ; Nations unies, « Guidance Note of the Secretary-General. United Nations Assistance to Constitution-Making Processes » (*Nations unies*, 2009) https://www.un.org/ruleoflaw/files/Guidance_Note_United_Nations_Assistance_to_Constitution-making_Processes_FINAL.pdf (consulté le 25 septembre 2017).

[28] Voir Patrick Fafard et Darrell Reid, *Constituent Assemblies. A Comparative Surve*y (Research Paper nº39, Institute of Intergovernmental Relations of Queen's University, 1991); Yash Ghai, *The Role of Constituent Assemblies in Constituion Making* (*Institute for Democracy and Electoral Assistance*, 2005) https://www.agora-parl.org/sites/default/files/The%20Role%20of%20Constituent%20Assemblies%20in%20Constitution%20Making.pdf (consulté le 4 juin 2020).

[29] Des assemblées constituantes ont été instituées en Colombie en 1991, en Bolivie en 2006-2007 et en Équateur en 2007. Pour une analyse des travaux de deux de ses trois assemblées, voir Denis Langlois, « Bolivie-Équateur - Des constituantes refondatrices : Entre le discours et la réalité » (*Diffusion de l'information sur l'Amérique latine*, 2016) http://www.alterinfos.org/spip.php?article7214 (consulté le 25

Rares sont toutefois les travaux de recherche qui se sont intéressés à la démarche d'accession à l'indépendance sous l'angle de la diversité de ses mécanismes et en procédant à des comparaisons de tels mécanismes[30]. Plus rares encore, voire inexistants, sont les travaux qui ont cherché à savoir si certains peuples avaient greffé un processus d'élaboration de la constitution à leur démarche d'accession à l'indépendance[31].

Plusieurs questions méritent dès lors d'être posées. Existe-t-il des cas où des peuples désireux de devenir des États souverains ont cherché à greffer un processus constituant à une démarche indépendantiste ? Les peuples ayant accédé à l'indépendance ont-ils ainsi juxtaposé un processus constituant à leur démarche indépendantiste ? Dans le cas où l'on a opté pour cette juxtaposition, a-t-on retenu un processus constituant faisant appel à l'assemblée parlementaire ou a-t-on institué une assemblée constituante pour élaborer la future constitution de l'État indépendant ? Et a-t-on fait culminer le processus d'accession à l'indépendance par la tenue d'un référendum portant sur l'indépendance seulement ou, à la fois, sur l'indépendance et le projet de constitution du futur État indépendant ? À ces questions, on peut ajouter une autre : Quelles sont les raisons qui ont milité en faveur ou contre une telle juxtaposition ?

La présente communication a pour objet principal de s'intéresser aux processus constituants qui ont accompagné de telles démarches et ont donné lieu à l'élaboration de constitutions pour les futurs États indépendants. L'examen de ces processus révèle une juxtaposition limitée, mais une analyse des raisons qui ont conduit une telle juxtaposition fait toutefois penser qu'il s'agit d'un impératif démocratique.

1. LES PROCESSUS CONSTITUANTS ET LES DÉMARCHES INDÉPENDANTISTES : UNE JUXTAPOSITION LIMITÉE

Une recension des cas d'accession à l'indépendance où un processus constituant a été greffé à une démarche indépendantiste permet de constater que dix tels processus ont vu le jour, débutant avec le processus d'accession à l'indépendance des États-Unis d'Amérique en 1787 jusqu'à la récente naissance du Soudan du Sud en 2011.

---

septembre 2017). Une assemblée constituante a également été créée au Vénézuela en 1999 et une nouvelle assemblée a récemment été instituée à la suite d'élections constituantes le 30 juillet 2017 qui ont suscité la controverse. Voir AFP, « Vénuézela ; Nicola Maduro inaugure sa Constituante malgré les manifestations. La Constituante est rejetée par 72% des Vénuézéliens selon un sondage » (*Huffington Post*, 4 août 2017) http://www.huffingtonpost.fr/2017/08/04/venezuela-nicolas-maduro-inaugure-sa-constituante-malgre-les-ma_a_23064325 (consulté le 25 septembre 2017). Cette assemblée détient des pouvoirs non-constituants dont elle s'est d'ailleurs prévalue pour limoger la procureure générale et, par la voie d'un décret, « assumer le pouvoir de légiférer sur les sujets visant directement à garantir la préservation de la paix, la sécurité, la souveraineté, le système socio-économique et financier, les biens de l'Etat et la primauté des droits des Vénézuéliens » (« Vénézuela: la Constituante s'empare des pouvoirs du Parlement » (*Le Figaro*, 18 août 2017) http://www.lefigaro.fr/international/2017/08/18/01003-20170818ARTFIG00295-venezuela-la-constituante-s-empare-des-pouvoirs-du-parlement.php] (consulté le 25 septembre 2017)). Sur cette question, voir Arnaud Le Pillouer, *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes. Essai sur le pouvoir instituant* (Dalloz, 2013). Pour la proposition des Oui-Québec, voir « Proposition de travail sur une modalité commune d'accession à l'indépendance » (OUI-Québec, 10 avril 2017) https://www.ouiquebec.org/single-post/2017/05/25/modalit%C3%A9-commune (consulté le 30 septembre 2017).

[30] Le mécanisme d'accession à l'indépendance qu'est le référendum a fait quant à lui l'objet de plusieurs études approfondies et en particulier dans trois ouvrages de Matt Qvortrup, *A Comparative Study of Referendums* (Manchester University Press, 2005) ; Matt Qvortrup, *Referendums Around the World. The Continued Growth of Direct Democracy* (Palgrave/MacMillan, 2013); Matt Qvortrup, *Referendums and Ethnic Conflict* (University of Pennsylvania Press, 2014); Matt Qvortrup, « Referendums on Independence 1860-2011 » (2014) 85 *The Political Quarterly* 57. Voir aussi Robert Liñeira et Daniel Cetrà, « The Independence Case in Comparative Perspective » (2015) 86 *The Political Quarterly* 257; Johannes Mattern, *The Employment of the Plebiscite in the Determination of Sovereignty* (Johns Hopkins University Press, 1921). Dans le cadre de travaux de l'Assemblée nationale du Québec, l'auteur de la présente étude a préparé des recherches comportant certaines comparaisons des modes d'accession à l'indépendance. Voir Daniel Turp, *Le droit à l'autodétermination du Québec et le processus d'accession à la souveraineté*, dans Commission parlementare d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté (1991-1992), *Les attributs d'un Québec souverain : exposés et études* (vol. 1, Secrétariat du Québec aux relations canadiennes, 1992) p. 655 et l'annexe 2 à la p 679; Daniel Turp, *Le droit à l'autodétermination du Québec et le processus d'accession à la souveraineté (Mise à jour et compléments de 2001)*, dans Gouvernement du Québec, *Mises à jour des études originalement préparées pour la Commission parlementaire d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté (1991-1992*) (vol. 3, 2002) p. 160 et l'annexe 2 aux pages 208 à 210, https://www.saic.gouv.qc.ca/documents/institutions-constitution/commision-souverainete-1991-1992/22-DanielTurp.pdf (consulté le 31 mars 2017).

[31] Dans ses travaux sur les référendums, le professeur Matt Qwortrup fait mention – sans procéder à une analyse du lien qui pourrait les unir- des consultations populaires qui ont porté à la fois sur l'accession à l'indépendance et l'approbation de la constitution du futur État indépendant. Voir M. Qwortrup (préc. n. 30).

Entre ces deux événements, on note les cas de l'Islande (1944), des Samoa (1962), de Malte (1964), de Nioué (1974), de la Namibie (1990), de la Croatie (1992), de la Slovaquie (1993) et de l'Erythrée (1993).

L'examen de ces dix cas, présentés en annexe ci-après, permet de mettre en lumière trois traits particuliers des démarches indépendantistes et leur dimension constitutionnelle :

- La présence d'*assemblées constituantes* chargées de rédiger la constitution du futur État indépendant dans quatre des dix cas, comme le révèlent la création par les États de la Confédération des États-Unis d'Amérique d'une « Constitutional Convention » (« Convention de Philadelphie »), l'existence d'une convention constitutionnelle aux Samoa, d'une commission constitutionnelle en Erythrée ainsi que d'une assemblée constituante en Namibie ;
- La tenue de *référendums* dans quatre des dix cas également, soit dans ceux de l'Islande, de Samoa, de Malte et de Nioué, donnant lieu à la formulation de questions référendaires comportant tantôt une question à double volet relative à l'acceptation de l'indépendance et à l'approbation de la constitution (Islande et Samoa), tantôt une question unique invitant les électeurs et électrices à approuver la constitution d'un État indépendant (Malte) ou à voter pour l'indépendance (*self-governement*) sur la base (*on the basis*) d'une constitution (Nioué) ; et
- Un *taux de participation et un soutien à l'indépendance* exceptionnellement élevés, s'établissant, pour ce qui est de la participation dans un ordre croissant, à 77,0% (Samoa), 79,7% (Malte), 96,6 % (Nioué) et 98,4% (Islande). Quant au soutien accordé lorsque la question référendaire liait l'indépendance à la Constitution proposée, l'appui a été de 54,55% (Malte) et de 65,4% (Nioué). Lorsque des questions distinctes sur l'indépendance et la constitution apparaissaient sur le bulletin de vote, il est intéressant de constater que les résultats ont été très semblables. Ainsi, dans le cas du référendum de 1944 en Islande, l'appui à la fin de l'union avec le Danemark et donc avec l'indépendance fut de 97,35% et la nouvelle constitution républicaine recueillit le soutien de 98,4 % des personnes votantes. En ce qui concerne Samoa, la proportion de votes favorables à l'indépendance et à la nouvelle constitution était respectivement de 85,4 % et 86, 9%[32].

Par ailleurs, à la lecture du tableau en annexe, il est possible de constater que l'entrée en vigueur des premières constitutions des nouveaux États indépendants a généralement coïncidé avec la date d'accession à l'indépendance ou a précédé celle-ci de quelques jours. Les cas de la Croatie et de la Slovénie révèlent toutefois un délai d'environ quatre mois entre ces deux événements. Quant au délai nettement plus long –d'une durée de 18 mois – de l'entrée en vigueur de la constitution fédérale des États-Unis d'Amérique, il s'explique par les délais variables de l'intervention des congrès des treize États confédérés appelés à donner leur approbation à la nouvelle constitution américaine.

Si l'on devait identifier une tendance générale lorsqu'il s'agit de la juxtaposition d'un processus constituant à une démarche indépendantiste, il faudrait constater qu'il s'agit d'une juxtaposition limitée. Ainsi, sur les 198 États indépendants qui existent aujourd'hui, seuls dix d'entre eux ont ainsi juxtaposé un processus constituant à leur démarche indépendantiste.

S'agissant des différences qui caractérisent les processus constituants ayant été intégrés à des mécanismes d'accessions à l'indépendance, on constate d'abord que la création d'assemblées constituantes ne s'est pas avérée systématique. Les parlements ou les gouvernements se sont ainsi réservés, plus souvent qu'autrement, la responsabilité d'élaborer la première constitution du nouvel État indépendant plutôt que de confier cette tâche à

[32] Il est intéressant de comparer les libellés des questions référendaires posées dans le cadre des quatre référendums d'autodétermination « constitutionnelle » : *Islande* : Question 1 : Fin de l'Acte d'Union, Question 2 : Constitution républicaine ; *Samoa* : Question 1 : Do you agree with the Constitution adopted by the Constitutional Convention on 28 October 1960? Question 2 : Do you agree that on January 1st 1962 Western Samoa should become an independent State on the basis of that Constitution ?; *Malte* : Question : Do you approve of the Constitution for Independence proposed by the Government of Malta, endorsed by the Legislative Assembly and published in the Malta Government Gazette of the 9th April, 1964 ?; Nioué *:* Question : Do you vote for self-government of Niue in free association with New Zealand on the basis of the Constitution and the *Niue Constitution Act 1974*?

un organe constituant distinct. Ainsi, dans six des dix cas, l'élaboration s'est faite sous la direction des parlements ou des gouvernements. Pour prendre deux exemples, c'est le Parlement islandais (*Althing*) qui a lui-même procédé à la rédaction de la nouvelle constitution républicaine, alors qu'au Soudan du Sud, c'est le président du futur État indépendant qui a institué un *Southern Sudan Constitutional Drafting Committee* ayant la responsabilité de rédiger la constitution transitoire du nouvel État indépendant.

Dans les quatre cas où les assemblées constituantes ont eu le mandat de rédiger la première constitution du futur État indépendant, on observe par ailleurs des différences notables dans la composition, le mode de désignation et la durée des mandats des organes constituants. Ainsi, avec 55 et 72 membres, la Convention constitutionnelle des États-Unis d'Amérique et l'Assemblée constituante de Namibie comportaient un nombre restreint de constituants et de constituantes, alors que la Convention constitutionnelle des Samoa et la Commission constitutionnelle de Namibie en comptaient un nombre plus élevé, soit respectivement 180 et 150.

Pour ce qui est des modes de désignation, le choix des membres de la Convention de Philadelphie avait été effectué par les congrès des treize États membres de la Confédération américaine. Dans le cas de la Namibie, les 72 constituants et constituantes ont été élus au suffrage universel lors du scrutin tenu entre les 7 et 11 novembre 1989. Dans le cas de la Convention constitutionnelle de Samoa, ses membres étaient issus de l'assemblée législative existante. Les membres de la Commission constitutionnelle d'Érythrée avait été pour leur part désignés par une proclamation du Président avec le devoir de faire rapport à l'Assemblée nationale.

En ce qui concerne la durée du mandat de ces assemblées constituantes, celle-ci a été assez courte, à savoir d'une durée de quatre à cinq mois, tant pour la convention constitutionnelle américaine (25 mai au 17 septembre 1787) que pour l'Assemblée constituante de Samoa (7 mai- 28 octobre 1960) et de Namibie (21 novembre 1989 au 20 mars 1990). Celle de l'Érythrée a débuté ses travaux avant l'accession à l'indépendance mais a complété ceux-ci qu'après 27 mois de délibérations.

L'examen de la pratique permet de mettre en lumière la différence sans doute la plus significative entre les processus constituants, soit l'approbation ou non de la Constitution par les peuples par la voie référendaire. Seuls quatre référendums d'approbation ont eu lieu et les peuples n'ont donc pas été directement associés à l'approbation de la Constitution dans six des dix cas. On peut ainsi affirmer que le référendum n'a certainement pas été l'instrument privilégié pour obtenir le consentement du peuple lorsqu'il s'est agi de l'approbation de la constitution.

L'analyse qui précède apporte des réponses à plusieurs questions que nous avons formulées au début de la présente étude et qui visaient à savoir si les mécanismes d'accession à l'indépendance comportaient une dimension constitutionnelle et si, dans le cas où une constitution avait été élaborée pendant la démarche indépendantiste, celle-ci l'avait été par une assemblée constituante. Les faits révèlent qu'un nombre plutôt limité de cas ont été greffés des processus constituants à des démarches indépendantistes et que ce n'est que dans une proportion plus limitée encore que l'on a institué une assemblée constituante pour mener à terme un processus constituant dans le cadre de telles démarches. S'agissant de la tenue de référendums relatifs à l'indépendance à l'occasion desquels le projet de constitution du futur État indépendant a été assujetti à une approbation, il a été permis de constater la tenue de quatre référendums constitutionnels comportant des questions à volet unique ou à double volet.

Mais, une autre question mérite toujours une réponse. Quelles raisons expliquent qu'une telle juxtaposition ne se soit produite que dans des cas limités ?

2. LES PROCESSUS CONSTITUANTS ET LES DÉMARCHES INDÉPENDANTISTES : UN IMPÉRATIF DÉMOCRATIQUE

Comme on le constate, les cas où des peuples désireux de devenir des États souverains ont cherché à greffer un processus constituant à une démarche indépendantiste ont été plutôt rares. La très grande majorité des peuples désirant accéder à l'indépendance n'ont ainsi pas jugé essentiel de juxtaposer un processus constituant à leur démarche indépendantiste. Les peuples qui ont effectué ce choix ont par ailleurs opté pour des processus constituants qui ne faisaient pas toujours appel à une assemblée constituante et ne culminaient pas nécessairement avec une approbation populaire de la première loi fondamentale du nouvel État par référendum.

Quelles sont les raisons qui expliquent le fait que peu de peuples aient fait le choix d'emprunter parallèlement une voie constitutionnelle dans le cadre d'une démarche indépendantiste ? Sans doute, l'une d'entre elles pourrait être qu'un processus constituant accentue la complexité de la démarche et y ajoute un élément supplémentaire susceptible de nuire aux possibilités de réussir un projet indépendantiste. Ayant pour objet de formuler les principes sur lesquels est appelé à se fonder le nouvel État et de prévoir en outre sa structure institutionnelle, les débats entourant le contenu d'une constitution ont parfois été vus comme pouvant diviser les citoyens et citoyennes et les amener à ne pas adhérer à un projet d'indépendance qui n'est pas accompagné de l'architecture constitutionnelle désirée. Il a été également suggéré qu'il valait mieux reporter le grand débat constitutionnel après que le statut d'État indépendant ait été définitivement acquis pour ne pas mettre en péril l'option indépendantiste, mais aussi pour permettre aux constituants et aux constituantes, tout comme à la population dans son ensemble, d'avoir les coudées franches et de pouvoir échafauder une constitution conforme aux convictions des uns et autres après le règlement définitif de la question nationale.

N'est-il toutefois pas permis de constater que dans les dix cas étudiés le choix de faire converger la démarche indépendantiste avec le processus n'a pas fait obstacle à l'accession des peuples à l'indépendance. Qu'il s'agisse de l'Islande, de Samoa, de Malte ou Nioué, l'élaboration d'une constitution pendant la démarche indépendantiste ne semble pas avoir empêché les électeurs et électrices de voter, avec des majorités oscillant entre 54.5% et 96,06 %, pour la création d'un nouvel État et sa première constitution. Dans les cas où une nouvelle constitution n'a pas été assujettie à une approbation référendaire et que celle-ci ne portait que sur l'indépendance, l'existence d'une constitution élaborée au préalable ne semble pas non plus avoir freiné l'élan vers l'indépendance des Américains en 1787, et plus récemment des Namibiens, de Croates, des Slovaques, des Érythréens et des Soudanais du Sud. Et même si cela n'a pas suffi à accéder à l'indépendance en raison d'un seuil majoritaire des deux tiers prévus dans la Constitution de Saint Christophe et Nièves, on pourrait ajouter à ces exemples le cas de Nièves. Le fait que le « full and complete text » de la constitution du futur État indépendant de Nièves ait été porté à la connaissance de sa population n'a pas empêché celle-ci de voter dans une proportion de 64, % en faveur de l'indépendance.

Il n'est pas non plus sans intérêt de remarquer que les tentatives contemporaines d'accession à l'indépendance du Québec et de l'Écosse, qui ne juxtaposaient pas un processus constituant à la démarche indépendantiste, ont été infructueuses. Si le gouvernement du Québec avait préparé[33], sans le rendre public, un projet de *Constitution initiale* en 1995 et le gouvernement d'Écosse avait également dévoilé le texte d'une constitution transitoire en 2014[34], il s'agissait dans l'un et l'autre de cas, de documents qui n'avaient pas été élaborés dans le cadre d'un processus visant à définir avec la population les contours des futurs États indépendants québécois et écossais.

La démarche d'accession de la Catalogne à l'indépendance a été fondée au départ sur une proposition

[33] Voir au sujet du projet de *Constitution initiale du Québec*, Paul Journet, « Référendum de 1995. Le projet de constitution du PQ dévoilé » (*Le Soleil*, 14 avril 2012) http://www.lapresse.ca/actualites/politique/politique-quebecoise/201204/14/01-4515330-referendum-de-1995-le-projet-de-constitution-du-pq-devoile.php (consulté le 8 novembre 2017).

[34] The Scottish Government, *The Scottish Independence Bill. A Consultation on an Interim Constitution for Scotland* (juin 2014) partie II http://www.gov.scot/Resource/0045/00452762.pdf (consulté le 4 juin 2020). Voir Severin Carrell, « SNP publishes draft of first constitution for an independent Scotland » (*The Guardian*, 16 juin 2014) https://www.theguardian.com/politics/2014/jun/16/scottish-constitution-first-draft-issued-nicola-sturgeon (consulté le 4 juin 2020).

greffant un processus constituant à la démarche indépendantiste. Ainsi, la feuille de route unitaire adoptée par des partis politiques et des organismes de la société civile indépendantiste le 30 mars 2015 prévoyait la préparation d'un projet de texte constitutionnel en 10 mois environ, à travers un mécanisme participatif qui permettrait d'encourager l'adhésion au projet par le biais d'un processus constitutionnel ouvert dans lequel il y aurait une participation directe des citoyens par le biais d'une convention constitutionnelle catalane et qui serait soumis à un référendum ultérieur[35]. Les résolutions adoptées subséquemment par le Parlement catalan auront voulu plutôt qu'une constitution soit élaborée au lendemain d'un référendum sur l'indépendance et d'une élection constituante[36]. Cette position a été confirmée lors de l'adoption par le Parlement catalan le 8 septembre 2017 de la *Loi de fondation de la République et de transition juridique* qui définit avec précision les modalités du processus constituant[37]**.**

L'idée de faire converger une démarche indépendantiste et un processus constituant ne s'est pas imposée à ce jour, mais ne faudrait-il pas se demander si une telle convergence ne servirait pas mieux la démocratie ? Peut-on penser que le consentement d'un peuple à l'indépendance serait davantage éclairé si, au moment de statuer sur son nouveau statut politique, les principes constitutionnels sur lesquels serait fondée la vie du nouvel État étaient énoncés et si sa structure constitutionnelle était connue. La population ne serait plus face à un projet de pays désincarné, mais plutôt devant un projet de pays concret. Lorsqu'un peuple envisage de se constituer en État indépendant et souverain, la démocratie du XXIe siècle exige-t-elle aujourd'hui qu'il le fasse à travers l'instrument que l'on aime bien qualifier de loi fondamentale et suprême : la Constitution ? La juxtaposition du processus constituant au processus d'accession à l'indépendance nationale ne répondrait-t-il pas ainsi à un impératif démocratique ?

CONCLUSION

En guise de conclusion, il n'est pas sans intérêt de chercher dans les contributions de l'étude sur *Les processus constituants et les indépendances nationales* que l'IRAI a rendu public en marge du présent colloque des pistes des réponse à cette question. Si le professeur Matt Qvortrup ne statue pas en la matière, il formule par ailleurs des avis fort utiles sur les moyens de satisfaire un tel impératif si un processus constituant était mis en place dans le cadre d'une démarche indépendantiste :

> Bien entendu, le processus d'élaboration de la constitution doit absolument obtenir soutien populaire et légitimité, mais on atteindra plus sûrement cet objectif en recourant à une assemblée constituante élue démocratiquement dont les travaux seront menés en public. De plus, si cette constituante est élue au moyen d'une procédure démocratique – de préférence par mode de scrutin proportionnel –, les chances sont meilleures que les électeurs acceptent le produit final. Enfin, les constituants rechercheront davantage le consensus – et la légitimité de la constitution sera renforcée – si l'adoption du document dépend en bout de ligne de l'assentiment des électeurs exprimé par référendum[38].

S'agissant de l'analyse de Danic Parenteau consacrée au pouvoir constituant[39], celui-ci révèle que plusieurs acteurs du mouvement indépendantiste québécois ont proposé l'adjonction d'un processus constituant à la démarche d'accession du Québec à l'indépendance nationale, les OUI-Québec faisant d'ailleurs aujourd'hui la promotion d'une telle avenue, comme en fait la proposition de travail présentée aux partis politiques indépendantistes du Québec le 10 avril 2017[40]. Il rappelle par ailleurs que

> l'exercice du pouvoir constituant est une prérogative exclusive des Parlements, ou plus précisément des gouvernements issus des Parlements, aussi bien du Parlement fédéral que celui des provinces, conformément au principe de la souveraineté parlementaire [, et que s'impose] un virage républicain et la reconnaissance de la primauté non pas des

[35] Voir au sujet de cette feuille de route Marc Sanjaume-Calvet, *Le processus constituant en Catalogne* (IRAI, 2017), p. 54.
[36] *Id*., p. 67.
[37] *Loi du 8 septembre sur la transition juridique et fonctionnelle de la république*, Loi 20/2017, DOGC nº 7451A (Espagne), art. 85-89.
[38] Voir Matt Qvortrup, « L'élaboration des constitutions. Survol pratique et considérations sur le rôle des experts », dans IRAI, *Les processus constituants et les indépendances nationales*, p. 42.
[39] Voir Danic Parenteau, « Le pouvoir constituant au Canada et au Québec », *id*., p. 67.
[40] Voir OUI-Québec (préc. n. 29).

Parlements, mais du peuple, suivant le principe de la souveraineté populaire[41].

Une telle souveraineté populaire pourrait d'ailleurs s'exprimer, au terme d'un processus constituant juxtaposé à une démarche d'accession du Québec à l'indépendance, lors d'une consultation populaire. Dans la contribution du chercheur Anthony Beauséjour, dont je vous recommande fortement la lecture, l'enjeu de la clarté d'une question référendaire pourrait dès lors être évaluée à la lumière des prescriptions du *Renvoi relatif à la sécession du Québec* et de la *Loi sur la clarté*[42]. Une question comportant deux questions distinctes, l'une sur l'indépendance et l'autre sur la constitution du Québec ou une question unique englobant les enjeux de l'indépendance et de la constitution du Québec respecterait, selon le chercheur, de telles prescriptions[43].

En définitive, le premier chantier de recherche de l'IRAI sur *Les processus constituants et les indépendances nationales* et les contributions des chercheurs à sa première étude soulèvent des questions fondamentales relatives à la manière dont le droit à l'autodétermination des peuples devrait être exercé dans l'avenir. Le débat est maintenant ouvert sur la place que devrait occuper ou non, un processus constituant dans une démarche indépendantiste ou dans toute démarche d'un peuple désirant déterminer librement son statut politique et assurer aussi librement son développement économique et social et culturel.

ANNEXE

TABLEAU RELATIF AUX PROCESSUS CONSTITUANTS ET AUX DÉMARCHES INDÉPENDANTISTES

	ÉTAT NOUVEAU (ÉTAT PRÉDÉCESSEUR)	**ASSEMBLÉE CONSTITUANTE DÉSIGNATION DURÉE**	**RÉFÉRENDUM SUR LA CONSTITUTION DATE QUESTIONS RÉSULTAT % PARTICIPATION %**	**APPROBATION RÉFÉRENDAIRE (R) PARLEMENTAIRE (P) GOUVERNEMENTALE (G) ENTRÉE EN VIGUEUR (EEV)**
1	**ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE**[44] (Grande-Bretagne)	**OUI** (Constitutional Convention) **Désignation** : Congrès des 13 États **Durée** : 25 mai -17 septembre 1787	**NON** (sauf au Rhode Island)	17 septembre 1787 (C)
2	**ISLANDE**[45] (Union du Danemark et de l'Islande)	NON	**OUI** **20 au 23 mai 1944** Question 1 : Fin de l'Acte d'Union **OUI : 97,35 %** Question 2 : Constitution républicaine **OUI : 95,06 %** **Participation : 98,4%**	20 au 23 mai 1944 (R)
3	**SAMOA**[46] (Nouvelle-Zélande)	OUI (Constitutional Convention of Western Samoa) **Désignation** : Parlement **Durée** : 7 mai- 28 octobre 1960	**OUI** **19 mai 1961** Question 1. Do you agree with the Constitution adopted by the Constitutional Convention on 28 October 1960? **OUI : 85,4%** Question 2. Do you agree that on 1 January 1962 Western Samoa should become an independent State on the basis of that Constitution ? **OUI : 86,49%** **Participation : 77,0%**	1er janvier 1962 (R)

[41] D. Parenteau (préc. n. 39) p. 86-87.

[42] *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217 ; *Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec*, LC 2000, c. 26.

[43] Voir Anthony Beauséjour, « Un référendum sur l'indépendance et la Constitution du Québec. L'architecture d'une question claire », dans IRAI, *Les processus constituants et les indépendances nationales*, p. 121.

[44] « The Constitutional Convention of 1787 » (*Faculté de droit de l'Université de Missouri*) http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/convention1787.html (consulté le 8 novembre 2017).

[45] Guðni Johannessson, « The Origins and Provisional Nature of Iceland's 1994 Constitution » (2000) 7 *Iceland Review of Politics & Administration* 61, p.61-72.

[46] « *Samoa Constitutional Convention Ordinance 1960* » (*Wipo IP Portal*, http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=198469#LinkTarget_128 (consulté le 8 novembre 2017).

	ÉTAT NOUVEAU (ÉTAT PRÉDÉCESSEUR)	ASSEMBLÉE CONSTITUANTE DÉSIGNATION DURÉE	RÉFÉRENDUM SUR LA CONSTITUTION DATE QUESTIONS RÉSULTAT % PARTICIPATION %	APPROBATION RÉFÉRENDAIRE (R) PARLEMENTAIRE (P) GOUVERNEMENTALE (G) ENTRÉE EN VIGUEUR (EEV)
4	**MALTE**[47] (Royaume-Uni)	NON	**OUI** **2 au 4 mai 1964** Question : Do you approve of the Constitution for Independence proposed by the Government of Malta, endorsed by the Legislative Assembly and published in the Malta Government Gazette of the 9th April, 1964 ? **OUI : 54,5 %** **Participation : 79,7%**	21 septembre 1964 (P)
5	**NIOUÉ**[48] (Nouvelle-Zélande	NON	OUI 3 septembre 1974 Question : Do you vote for self-government of Niue in free association with New Zealand on the basis of the Constitution and the *Niue Constitution Act 1974*? OUI: 65,4% Participation : 96,6%	19 octobre 1974 (R)
6	**NAMIBIE**[49] (Afrique du Sud)	OUI (Constituent Assembly of Namibia)	NON	9 février 1990 (P)
7	**CROATIE**[50] (Yougoslavie)	NON	NON	22 décembre 1990 (P)
8	**SLOVAQUIE**[51] (Tchécoslovaquie)	NON	NON	1er septembre 1992 (P) 1er janvier 1993 (EEV)
9	**ÉRYTHRÉE**[52] (Éthiopie)	OUI (Constitutional Commission) Désignation : Président Durée : 1993- 1997	NON	19 mai 1993 (G)
10	**SOUDAN DU SUD**[53] (Soudan)	NON	NON	7 juillet 2011 (G)

[47] Yasmin La Rosa, *The 1961 constitution. The road to independence* (*University of Malta*, 2015) https://www.um.edu.mt/library/oar/handle/123456789/14043 (consulté le 8 novembre 2017).
Tony Angelo, « The Niue Constitution » (2009) 15 Revue juridique polynésienne 157 https://www.wgtn.ac.nz/law/research/publications/about-nzacl/publications/cljpjdcp-journals/volume-15,-2009/Niue.pdf (consulté le 5 juin 2020).
[49] « The Constitution of the Republic of Namibia » (*Government of Namibia*, 15 mars 2017) http://www.gov.na/constitution (consulté 8 novembre 2017).
[50] « Croatia 1990 » (*Constitution Writing and Conflict Resolution*) http://pcwcr.princeton.edu/reports/croatia1990.html (consulté le 8 novembre 2017).
[51] Darina Malova, « Slovakia: From the Ambiguous Constitution to the Dominance of Informal Rules », dans Jan Zielonka (ed), *Democratic Consolidation in Eastern Europe : Institutional Engineering* (vol. 1, Oxford University Press, 2003).
[52] Luwam Dirar et Kibrom Tesfagabir, « Introduction To Eritrean Legal System And Research » (*Hauser Global Law School Program*, mars 2011) https://www.nyulawglobal.org/globalex/Eritrea.html (consulté le 6 juin 2020).
[53] Ingo Henneberg, *Text comparison of the Interim Constitution of Southern Sudan (2005) and the Transitional Constitution of the Republic of South Sudan* (2011) (University of Freiburg, 2016) http://portal.uni-freiburg.de/politik/medien/pdf/ls-panke/henneberg-2012-text-comparison-constitutions-of-south-ern-sudan-2005-and-2011.pdf (consulté le 8 novembre 2017).

BREAKING UP IS HARD TO DO :
REALISM AND THE NEIL SEDAKA THEORY OF INDEPENDENCE REFERENDUMS

Matt Qvortrup
Université de Coventry

INTRODUCTION

Almost twenty years ago the American political scientist Stephen Krasner wrote a book entitled *Sovereignty*. But what was most telling about it was the sub-title, "organised hypocrisy".[1] Analysing international relations from a largely *realist* perspective, the scholar broadly concluded that, all things considered, arguments dressed up in idealistic rhetoric were manifestations of power politics. References to laudable principles, tended to fall down when tested against the 'national interest'.

The argument to be tested in the following is if the recognition of independence referendums follows legal principles, democratic norms or merely the political interests of the strongest powers.

1. THE CONTEXT AND DEVELOPMENT OF INDEPENDENCE REFERENDUMS

Before looking at the factors determining the fate of independence referendums, it is useful to put these into context. Overall, there are three types of referendums: ad hoc referendums which have questions to solve a perceived political issue such as David Cameron's decision to hold a referendum on UK membership of the European Union in 2016, initiatives which have votes initiated by a specified number of electors either on an already enacted legislation as in Switzerland or on new laws as in Hungary, and constitutional referendums.

By convention, there are three types of Constitutional Referendums: "The Constitutional doctrine normally distinguishes between three types of constitutional referendums: on the approval of the constitution, on its revision, and on sovereignty issues (like the foundation of a new state)."[2]

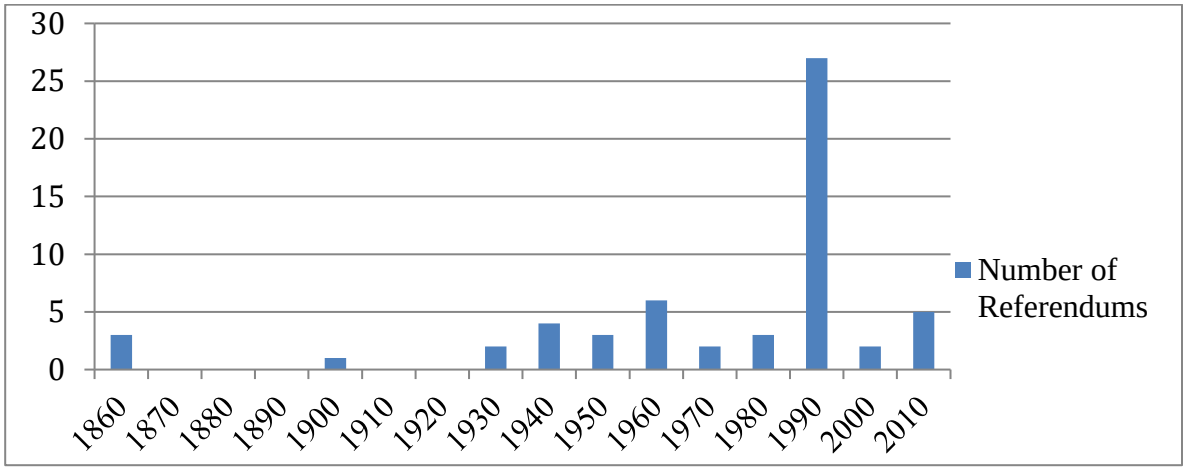
While there has been a considerable debate on independence referendums and scholarly writings about them,[3] the number of them is comparatively small. Thus out of the 1200 nation-wide only 61 have pertained to independence of which only three have returned a 'no' vote (Quebec, in respectively, 1980 and 1995 and in Scotland in 2014) – though other referendums have failed because they did not satisfy super-majority requirements such as in Nevis in 1998 and in several referendums in Palau in the 1980s.

Historically, the independence referendums have come in waves, a few in the early 1860, when the US states of Arkansas, Tennessee, Texas and Virginia held referendums on independence following the election of Abraham Lincoln to the US presidency. All the referendums were won but no country recognised the results.[4]

---

[1] Stephen Krasner, *Sovereignty: Organised Hypocrisy* (Princeton University Press, 1999).
[2] Laurence Morel, "Referendum", in Michel Rosenfeld and András Sajo (ed.) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press, 2012) p. 504.
[3] Jean Laponce, *Le référendum de souveraineté: comparaisons, critiques et commentaires* (Les Presses de l'Université Laval, 2010); Lawrence Leduc, *The Politics of Direct Democracy. Referendums in Global Perspective* (Toronto Broadview Press, 2003); Matt Qvortrup, *Referendums and Ethnic Conflict* (University of Pennsylvania Press, 2014).
[4] Johannes Mattern, *The Employment of the Plebiscite in the Determination of Sovereignty*, (Johns Hopkins University Press, 1921).

Figure 1: Referendums on Independence 1860-2017[5]



Further subdividing the referendums, we can distinguish between three forms,[6] namely, post-colonial, for example in the Philippines in 1935, by agreement such as in Montenegro and Bougainville and unilateral such as in Catalonia, Quebec and Estonia.

Not all of these different types of independence referendums have been equally conducive to the establishment of a new independent state. As Figure 2 shows, all the referendums in post-colonial territories, such as the Philippines in 1935, Micronesia in 1983 and most recently in East Timor in 1999, have been recognised. The same is true for referendums held following an agreement, such as in the cases of the Montenegro referendum in 2006 and the referendum in South Sudan in 2011. It seems that the international community – which oversees these two types of referendums – have been keen to ensure that their endeavours have not gone to waste, though it should be noted that some international agreement on referendums have not resulted in actual referendums, such as the referendum on the future of Kashmir and Western Sahara. These two referendums deserve to be mentioned although – or perhaps because – no referendum has taken place in either of the jurisdictions.

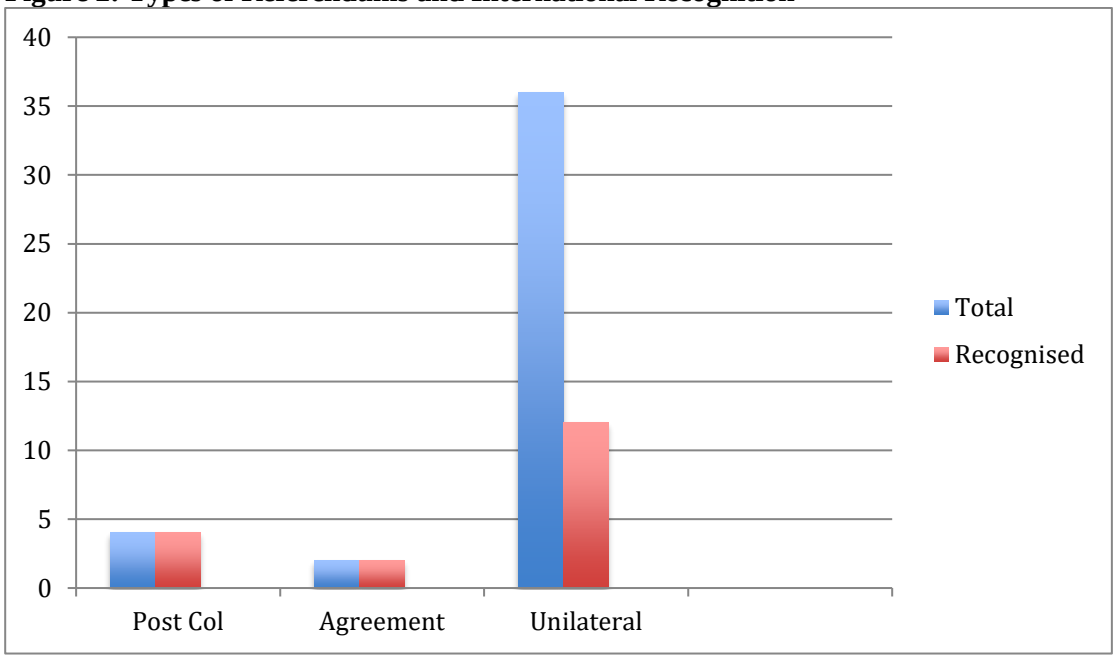
Thus, despite being condemned by the UN Security Council for its illegal annexation of Western Sahara, Morocco has delayed holding a referendum on the future status of annexed Western Sahara in contravention of international law due to uncertainties over the electorate. Similar delaying tactics have been deployed by India over the disputed territory of Kashmir. The UN Security Council called for a referendum in Resolution 47, which stated that "A plebiscite will be held when it shall be found by the Commission that the cease-fire and truce arrangements set forth in Parts I and II of the Commission's resolution of 13 August 1948".[7] That was 70 years ago and to date no referendum has been held.

[5] Based on M. Qvortrup (préc. n. 3), see p.69 and Laurence Morel and Matt Qvortrup (dir) *The Routledge Handbook of Referendums and Direct Democracy* (Routledge, 2017). This Figure does not include the four multi-option referendums in Puerto Rico (1968, 1993, 1998 and 2012), which formally included 'independence' as one of the options. However, the table includes the two-round multi-option referendum in Newfoundland in 1948 as independence was one of the choices in the run-off. The independence options lost to 'statehood' and the former British territory became a Canadian Province.

[6] See İlker Gökhan Şen, "Sovereignty Referendums. People Concerned and people entitled to vote", in Laurence Morel and Matt Qvortrup (dir) *The Routledge Handbook of Referendums and Direct Democracy* (Routledge, 2017) p. 213.

[7] *The India-Pakistan Question*, 21 April 1948, Res. 47 UN.

Figure 2: Types of Referendums and International Recognition[8]



However, when referendums are held, the outcome has been accepted by the international community and by the parent states. Indeed, even when the result of the referendum was not legally binding due to the doctrine of parliamentary sovereignty, the outcome of the referendum has been ratified by parliaments. Thus, the parliament of Indonesia – after considerable pressure from the international community – recognised the outcome of the 1999 East Timorese independence referendum.

The situation is markedly different for unilateral independence referendums. This type of independence referendum constitutes the majority of the 42 independence referendums held since 1980. 36 or 85 per cent were in this category. Only in twelve cases was the referendum followed by international recognition of the new state.

Why is it that some referendums – even unilateral ones – result in the establishment of a new state, such as in the case of Bosnia, Estonia and the Ukraine, but not in other cases such as in Catalonia, Tartarstan and Somaliland? To answer this, we need to look at the legal aspects pertaining to – what misleadingly – is called the 'right to self-determination'.[9]

2. THE LEGAL ARGUMENT

Legal philosophers may disagree at the theoretical level as to whether the law is the way acts or parliament or legal precedents are interpreted by the courts or whether there is some higher legal principle – or natural law – which overrides 'black letter law'. Proponents of the latter view – such as Thomas Aquinas (1224-1274)- hold that statutes and precedents that are at odds with natural law must give way. That is, "a legal norm fails to be valid if it goes against the human reason, regardless of the fact that it has been adopted by the state".[10] Whatever the philosophical merits of this view, courts and governments do not tend to be persuaded by legal theory or jurisprudence. Thus, while the late legal theorist Neil MacCormick, in the case of the United Kingdom, believed one could answer the question "Is there a constitutional path to Scottish independence?" [11] affirmatively, this is very much a minority view among practicing lawyers. Thus, while one may philosophically disagree with the

[8] Based on I. Gökhan Şen (prec. n.6) and M Qvortrup (prec. n.3).
[9] Jean-François Dobelle, « Référendum et droit à l'autodétermination » (1996) 77 *Pouvoirs* 41.
[10] Thomas Aquinas quoted in Ilker Gökhan Şen, *Sovereignty Referendums in International and Constitutional Law* (Springer, 2015) p.59.
[11] Neil MacCormick "Is There a Constitutional Path to Scottish Independence?" (2000) 53 *Parliamentary Affairs* 721.

ethical and moral tenants of legal positivism, this doctrine holds sway in practical politics. Hence, the following is based on a reading of the black letter law pertaining to independence referendums.

The black letter law of the 'right' to self-determination referendums is, in a sense, very simple. In the words of James Crawford, "there is no unilateral right to secede based merely on a majority vote of the population of a given sub-division or territory".[12] Those who espouse a similar legal positivist approach will further stress that this is consistent with the jurisprudence if international counts. Thus, in an *obiter dicta* in the Kosovo Case Judge Yusuf, held: "A radically or ethnically distinct group within a state, even if it qualifies as a people for the purposes of self-determination, does not have the right to unilateral self-determination simply because it wishes to create its own separate state."[13]

This view regarding the legality of independence referendums is near identical to the doctrine followed by domestic courts. In the Canadian case of *Bertrand* v. *Québec*,[14] it was held *per* Justice Robert Lessage that a referendum on a unilateral declaration would be "manifestly illegal". This is still the legal position notwithstanding the reasoning in the much cited, and little often misunderstood, *Re Secession of Quebec*.[15]

Thus, the general rule is that referendums have to be held in accordance with existing constitutions, such a provision exists in article 39(3) of the Ethiopian constitution but in few other states, or following an agreement between the area that seeks secession and the larger state of which it is part; this is what happened in the very different cases of East Timor 1999, South Sudan, 2011, Scotland 2014, and a fortiori Bougainville 2020.[16]

Following this logic, it would seem that the referendums in both Catalonia and Kurdistan were both illegal and unconstitutional.

Based on this reasoning the Soviet leader Mikhail Gorbachev was well within his right to claim that the Latvian, Estonian and Lithuanian referendums on independence in the Spring of 1991 were illegal and that he was the guarantor of *Pravovoe gosudarstvo* – the equivalent of the rule of law in Soviet jurisprudence. Of course, some would say, previously, under the so-called *Stalin Constitution 1936*, individual Soviet states did indeed have the right to self-determination referendums under article 48, but this provision had been dropped in Khrushchev Constitution of 1956. Consequently, the Baltic republics were in breach in the early 1990s.

As, respectively, the Iraqi and the Spanish constitutions do not allow for independence referendums; the two referendums held in these two entities referendum were, ipso facto, unconstitutional.

Yet, matters are not that simple. Yes, all other things being equal, a country only has a right if it follows the rules. However, when a region is part of an undemocratic constitutional order matters are a bit more complex. Antonio Cassese has argued:

> When the central authorities of a sovereign State persistently refuse to grant participatory rights to a religious or racial group, grossly and systematically trample upon their fundamental rights, and deny them the possibility of reaching a peaceful settlement within the framework of the State structure…a group may secede – thus exercising the most radical form of external self-determination – once it is clear that all attempts to achieve internal self-determination have failed or are destined to fail.[17]

---

[12] James Crawford, *The Creation of States in International Law* (2nd ed, Cambridge University Press, 2006) p.417.
[13] *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, advisory opinion, [2010] ICJ p. 403, Justice Yusuf, 1410.
[14] *Bertrand v. Québec (Procureur général)* [1995] R.J.Q. 2500.
[15] *Reference re Secession of Quebec* [1998] 2 SCR 217.
[16] Peter Radan, "Secessionist Referenda in International and Domestic Law" (2012) 18 *Nationalism and Ethnic Politics* 8.
[17] Antonio Cassese, *Self-Determination of the Peoples. A Legal Reappraisal* (Cambridge University Press, 1995) p.119-120.

As Iraq is not a well-functioning democratic state, it could be argued that Kurdistan meets these criteria. Again, the comparison with the Soviet Union is illustrative. Notwithstanding Gorbachev's reforms, the USSR was not a democratic regime, which consequently, provided the Baltic States with a justification for holding referendums.

But, given that Spain is a democratic state, this rule hardly covers Catalonia. While the Spanish government, arguably acted in a way that appeared grossly disproportionate, the legal argument remains the same. Catalonia is not currently part of a non-democratic state. Based on the situation, as it stands now, the referendum was from a purely legal perspective extra constitutional. In a legal system under the rule of law, the powers of state institutions have to be enumerated in law. The basic principle of *État de Droit* is that citizens can do anything unless it is expressly prohibited. Public bodies or 'emanations of the state' can only do things that are expressly allowed. Thus, the latter cannot *legally* speaking take actions that are not prescribed in enabling legislation. To pass legislation outside the boundaries of the constitution or enabling legislation is the very definition of being *ultra vires*.

But does the law have to be that inflexible? Not necessarily. In Canada, the two referendums held in Quebec in, respectively 1980 and 1995, were not strictly speaking within the powers granted to the Provinces by the Canadian Constitution.[18]

Technically speaking, the referendums were *ultra vires.* Yet, the Canadian judges, realising that legality ultimately rests on a modicum of legitimacy followed a more pragmatic logic. In the celebrated case, *Reference re Secession of Quebec*, the Court was asked the question, "Under the *Constitution* of Canada, can the National Assembly, legislature or Government of Quebec effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?"

The Court held that while the "secession of Quebec from Canada cannot be accomplished…unilaterally", a referendum itself was not unconstitutional but a mechanism of gauging the will of the francophone province. Consequently, a referendum, provided it resulted in a "clear majority", "would confer legitimacy on the efforts of the Quebec government".[19]

In other words, a result in favour of secession would require the rest of Canada to negotiate with Quebec. Needless to say, this ruling does not apply in Spain. But the Canadian example suggests that other countries' courts have shown a flexibility and appreciation of nuances that is conducive to compromises.

These examples would seem to suggest that the international law pertaining to independence referendums is clear and simple. Alas, this is very far from being the case.[20]

While governments may confidently cite principles, the practice of independence referendums seemingly owes more to national interest than to adherence to principles of jurisprudence. For example, the states of Western Europe readily recognised the secessions of several former Yugoslav republics in the early 1990s – although these new states did not adhere to the aforementioned legal principles. And yet, in other cases international recognition has been less forthcoming even if the countries have seemingly followed the established norms.

No state has to date recognised the outcome of Nagorno-Karabakh's referendum in 1991, although Azerbaijan is very far from being a democratic state, for instance the country has a Freedom House Score of 7 – the same as North Korea, and despite the greater freedoms for the citizens/inhabitants of the break-away republic. Similarly, no state recognised the referendum in Somaliland although this enclave is considerably more democratic, peaceful and respecting of the rule of law than Somalia, which at the time of the referendum was an arch-typical failed state. For all the legal arguments, acceptance of referendum results is ultimately a political rather than a legal decision. In other words, are all these arguments just examples of the aforementioned 'organised

[18] I. Gökhan Şen (prec. n.10).
[19] *Reference re Secession of Quebec* (prec. n.15) par. 87.
[20] See I. Gökhan Şen (prec. n.10), 77ff.

hypocrisy'? Or, are states actually recognised if they follow the rules of the game? Or, it is simply a matter of power politics?

3. WHEN ARE REFERENDUMS ON INDEPENDENCE RECOGNISED?

Lawyers are interested in what is – or is not – legal and in accordance with more or less rigid rules. Political scientists, by contrast, are interested in what actually happens.

Are there from a political science– or international relations – point of view causes and tendencies associated with recognition of referendum results? Or, are independence referendums simply recognised when the rules are followed?

Alternatively, do we now live in a democratic age in which the gold standard of legitimacy is popular support? And, if the answer is in the affirmative, do independence referendums tend to be recognised when secession is supported by a large majority of the new *demos* on a large turnout? Or is it all down to power politics?

Politicians who are sure of the backing of the people often point to the legitimizing effects of referendums. This, indeed, has been characteristic of independence referendums since the earliest days. Camillo Benso di Cavour (1810-1861), the Italian statesman who was the responsible for the politics of Italian unification, was an early exponent of this view. Before the referendum in Tuscana and Emilia in 1860, he wrote,

> I await with anxiety the result of the count, which is taking place in Central Italy. If, as I hope, this last proof is decisive (*questa ultima prova)*, we have written a marvellous page in the history of Italy. Even should Prussia and Russia contest the legal value of universal suffrage, they cannot place in doubt (*non potranno mettere in dubbio*) the immense importance of the event today brought to pass. Dukes, archdukes and grand-dukes will be buried forever beneath the heap of votes deposited in urns of voting places of Tuscany and Emilia.[21]

At the time – over 150 years ago – democratic legitimacy seemingly had a legitimizing effect. And this effect was even stronger a couple of generations later when the American political scientist Sarah Wambaugh observed that "[t]here was not one of the great powers, not even Austria or Russia, which did not participate in those years [1848-1870] in some form of appeal to national self-determination to settle Europe's numerous territorial questions".[22]

In the light of this, it would seem reasonable and plausible that outcomes of referendums on independence would have an even stronger legitimizing force in an age where 'democracy' – to use a term from analytical philosophy - is an illocutionary speech-act, a term that demands unconditional observance.

Yet, in the light of recent votes – such as the ones cited above – it seems that independence referendums, despite this near universal acceptance of the rhetoric of democracy, only tend to lead to independence and recognition when this is in the national interest. Whether it is one or the other – or more likely a combination of the two – is an empirical question.

The hypothesis in the following is that power politics is the more important factor and that this can be demonstrated statistically.

4. STATISTICAL ANALYSIS

Since the 1980s, there have been 44 successful referendums on independence. This analysis is based on the referendums held since the break-down of the Soviet Union. Before that date there had been relatively few independence referendums, only a handful in each decade. The first independence referendums were held in the US Confederate States Texas, Virginia, Tennessee and Arkansas, where narrow majorities voted for independence

[21] Camillo Cavour, *Lettere edite ed inedite di Camillo Cavour* Roux e Favale, 1883) p.211.
[22] Sarah Wambaugh, *Plebiscites Since the World War* (Carnegie, 1933) p. xxxiii.

in 1861. Other independence referendums include Norway (1905), Iceland (1944), Jamaica (1961), Algeria (1962) and Malta (1964).[23] Of these 16 have resulted in the establishment of a new state. What are the factors associated with the establishment of these new states?

Factors associated with recognition are the legal one 'the seceding entity was part of a non—democratic state. But there are also more political ones, for example a high turnout and a massive yes-vote. And then, there is the factor, which I think is the most important one, whether the new state has the support of the international community, or, more specifically, the three 'democratic' permanent members of the UN security council.

In the analysis below we have measured some of the factors that statistically could be conducive for when states are recognised using what is known as a multiple logistic regression analysis. Without going into technical detail, this analysis measures the strength of the different given factors behind a phenomenon.

The dependent variable is whether the state was recognised and took up a seat in the UN. The independent variables are the official yes vote, the turnout, the Freedom House score of the country from which the entity sought to secede and lastly a dummy variable for whether there was a support for secession among the five permanent members of the Security Council, in practice the USA, Britain and France.

As the Table 1 shows, Security Council Support from the three permanent Western powers is the key determining factor (statistically significant at $p<0.01$). All the other variables were not statistically significant.

Whether the country is part of a democracy or not, i.e. if the vote was held under the rules prescribed by the legal norms, is statistically speaking irrelevant. While the direction of the statistical correlation is negative as expected (a high Freedom House score indicated less democracy), the level of margin of error – is several times above the conventionally accepted levels.

Table 1: Logistic Regression: Determinants of Recognition of Successful Independence Referendums

Variables	Model 1
Security Council Dummy	4.258***
	(1.778)
Freedom House Score	-.298
	(.742)
Turnout	.100
	(.90)
Yes-Vote	.055
	(.065)
Negotiation/Constitutional Provision	1.054
	(2.35)
Constant	-15.134
	(9.709)

R;Squared: .72 (Nagelkerte): .52 N: 38

*: p< .1, **: p< .05, *** p< .01

Likewise, whether the turnout was high or low did not matter one jut when it came to recognizing states. Some countries with low turnout became independent, e.g. Bosnia, and others did not, e.g. Tartarstan. Whether the support, i.e. the yes-vote, was high or low was equally academic. Indeed, both Somaliland (1999) and Krajina (1992) had very high yes-votes and both countries remain unrecognized.

[23] For a discussion of these referendums see M. Qvortrup (prec. n.3) and I. Gökhan Şen (prec. n.10).

CONCLUSION

Not all independence referendums are equal. There are three basic forms: referendums in post colonial states (e.g. The Philippines in 1935), referendums following an agreement (e.g. Eritrea in 1993) and Unilaterally Declared Independence Referendums (e.g. the Baltic Republics in the early 1990s). Whereas *all* the referendums in the two first categories were recognized by the international community and duly led to the establishment of new states, the same is not true for Unilaterally Declared Independence Referendums. Less than half of the latter were recognized. What determine this low success rate?

The answer is that the factors, which determine to success – or otherwise – of an independence referendum are not whether the entity is part of a non-democratic regime, as legal theory would have us believe, nor the turnout and the yes-vote, as democratic norms would suggest, but above all if secession is supported by, and in the interest of, Britain, France or the USA.

To put it crudely, it was not in the interest of these democratic countries to recognize Kurdistan, Tartarstan, South Ossetia –or Catalonia. The great democratic powers' arguments for not doing so might be legalistic or even philosophical but the statistical evidence suggest that these factors rarely are adhered to in practice; ultimately, what matters is the elusive and yet very real 'national interest'. Recognizing new states and their 'right' to hold referendums on independence is statistically and empirically unrelated to high theory and owes a lot to power politics and *Realpolitik*. This is not a comfortable conclusion in an age of democracy, nor is it one that may appeal to those who espouse theories of natural rights in the sphere of democracy. But as political scientists we are bound to describe the world as it is not as we would like it to be. Only a 'realistic' appreciation of the existing practices will enable us to challenge these – if we so wish. But overall, it is imperative that we acknowledge how difficult it is not just to hold a referendum on independence but also to ensure that the result is implemented. One is tempted to cite Neil Sedaka and say, "Breaking up is hard to do". The lesson for those who espouse statehood and independence, and those who contemplate holding independence referendums, is this. Make sure you have strong international backers before you initiate the vote. With the benefit of hindsight, Jacques Parizeau made the right decision to visit Paris in 1995 to win support for independence. But, of course, he didn't manage to convince enough of his compatriots of the merits of – what he would have called – a *Québec libre*. Breaking up *is* hard to do.

APPENDIX A

SUCCESSFUL INDEPENDENCE REFERENDUMS 1980-2017

Parent Country	Seceding Entity	Year	Turnout %	Yes-Vote%
USA	Micronesia		64	77
United Socialist Soviet Republics (USSR)	Lithuania	1991	91	84
USSR	Estonia	1991	77	83
USSR	Latvia	1991	74	88
USSR	Georgia	1991	98	90

USSR	Ukraine	1991	70	85
Georgia	South Ossetia	1991	98	90
Georgia	Abkhasia	1991	99	58
Yugoslavia	Croatia	1991	98	83
Croatia	Serbs	1991	98	83
Yugoslavia	Macedonia	1991	70	75
USSR	Armenia	1991	95	90
Bosnia	Serbs	1991	90	-
Serbia	Sandjak	1991	96	67
Serbia	Kosovo	1991	99	87
USSR	Turkmenistan	1991	94	97
USSR	Uzbekistan	1991	98	94
Macedonia	Albanians	1991	99	93
Moldova	Transnistie	1991	97	78
Azerbaijan	Nagorno-Karabakh	1991	80	99
Russia	Tartarstan	1992	82	67
Yugoslavia	Bosnia	1992	99	64
Georgia	South Ossetia	1992	NA	NA
Bosnia	Krajina	1992	99	64
USA	Palau	1993	64	68
Ethiopia	Eritrea	1993	99	98
Bosnia	Serbs	1993	96	92
Georgia	Abkhasia	1995	96	52
Indonesia	East Timor	1999	78	94
Somalia	Somaliland	2001	99	97
Yugoslavia	Montenegro	2006	55	86
Sudan	South Sudan	2011	97	98
Ukraine	Donetsk Oblast	2014	32	89
Iraq	Kurdistan	2017	99	72
Spain	Catalonia	2017	43	90

LES PROCESSUS CONSTITUANTS PARTICIPATIFS ET LE DROIT DE DÉCIDER

Jaume Lopez Hernandez
Université Pompeu Fabra (UPF)
Institut d'Études Internationales de Barcelone (IBEI)

INTRODUCTION

Thomas Jefferson a déclaré: « Prévoyons que notre constitution fixe des périodes déterminées pour en faire la révision[1] ». Bien que le conseil n'ait pas été largement suivi, à quelques exceptions près, comme en Suisse où les référendums d'initiative citoyenne pour une réforme constitutionnelle partielle sont relativement communs, toutes les sociétés devraient pouvoir se demander, de temps en temps, si les valeurs qui ont inspiré leurs ancêtres dans la définition de la communauté politique et de ses institutions de base leur tiennent toujours à cœur, ou s'ils ont besoin de les mettre à jour et / ou de les développer. Chaque société doit certainement équilibrer les valeurs indéniables du passé avec celles de l'avenir et, en fin de compte, s'assurer qu'elles ne constituent pas un fardeau pour les citoyens. Plusieurs voix, tant dans le monde juridique que politique, mais aussi dans le grand public, affirment que c'est précisément ce qui se passe en Espagne, où la Constitution qui est très difficile à amender, crée ainsi une situation de remise en question par plusieurs acteurs.

Cependant, une réforme constitutionnelle n'est jamais facile. C'est toujours le résultat de négociations d'accords équilibrés. Pour engager une telle réforme, il est nécessaire de s'attendre raisonnablement à ce que les changements apportés amélioreront la vie de la grande majorité. Ces améliorations, qui doivent être hautement légitimes, bénéficient du renforcement du soi-disant « trépied démocratique »: démocratie participative + démocratie représentative + démocratie directe. Toutefois ceci n'est pas simplement une formule théorique, ni juste un joli nom. C'est la manière la plus solide de parvenir à l'intelligence collective, tout en augmentant la légitimité démocratique du résultat. Cela signifie qu'il est nécessaire de concevoir des méthodes pour surmonter les facteurs largement considérés comme négatifs ou pervers, comme le fait de ne considérer que les gains à court terme, se concentrer uniquement sur un seul côté de l'argument ou sur des intérêts exclusivement privés. L'objectif est d'obtenir une vision globale, une vision intégrée et partagée, un projet aussi consensuel que possible. En somme, d'en arriver à un plan où « nous » est quelque chose de plus que la somme des parties.

Pour y parvenir, la formule la plus saine consiste à passer par un processus de délibération de qualité, qui peut être réalisé si ces trois dimensions de la démocratie sont correctement articulées. Un bon design dans le processus décisionnel facilite l'obtention d'un bon résultat. Ce n'est pas simplement le résultat d'une participation accrue. La participation en elle-même ne garantit rien. Mais une bonne méthodologie démocratique, incluant la participation, est la meilleure garantie de succès.

Bien sûr, il y aura des gens qui s'opposeront à cette mise en commun des idées et des connaissances qui peuvent être réalisées grâce à des processus bien conçus, car ce processus, en remettant en question le statu quo, menace leur propre pouvoir. Ces pouvoirs sont de différents types (économiques, politiques, médiatiques). Mais ce ne sont finalement pas des pouvoirs démocratiques, car ils ne reposent pas sur l'idée simple et révolutionnaire que tous les citoyens ont des droits égaux pour définir le genre de pays dans lequel ils veulent vivre. C'est pourquoi les énormes difficultés associées à la réforme du cadre constitutionnel ne peuvent être dépassées que lorsqu'il

[1] Thomas Jefferson « To Samuel Kercheval » (12 juillet 1816) dans Joyce Appleby et Terence Ball (eds), *Jefferson. Political Writings*, (Cambridge University Press, 1999), p. 216:

> What these periods should be, nature herself indicates. (…) Each generation is as independent as the one preceding, as that was of all which had gone before. It has then, like them, a right to choose for itself the form of government it believes most promotive of its own happiness; (…) and is for the peace and good of mankind, that a solemn opportunity of doing this every nineteen or twenty years, should be provided by the constitution.

existe une fenêtre d'opportunité, une dynamique de changement rendue possible uniquement par l'accumulation de forces politiques, sociales et narratives.

En Catalogne, nous sommes plongés dans un processus de souveraineté, ce qu'il était au début, qui est devenu par la suite un mouvement indépendantiste entendu comme un processus qui vise la restauration de la dignité collective, soit la reconnaissance d'un groupe et de son peuple, et de l'émancipation, soit le respect de leurs souhaits. Ces deux objectifs ont été le moteur de la réforme du statut de la Catalogne. La croissance du soutien aux revendications en faveur de l'indépendance est basée sur la prise de conscience, atteinte par une large partie de la société, que cela n'est pas possible dans le cadre institutionnel et politique actuel en Espagne. Tout cela est très bien exprimé par le terme « droit de décider », qui est le cri de ralliement du processus politique catalan depuis 2006. Il repose tout autant, voire plus, sur le principe de la démocratie que sur celui de la nation. Il ne serait pas logique que cette vision serve uniquement à exiger un référendum sur l'autodétermination. L'émancipation politique - souvent appelée de nos jours *empowerment* - doit aller de pair avec l'émancipation individuelle. Vous ne pouvez pas revendiquer le droit de décider pour une chose et pas pour une autre, ni exiger un type de souveraineté populaire et pas un autre. L'émancipation collective doit être basée sur l'émancipation des citoyens, et cela devrait se refléter dans tout processus constituant. Je reviendrai sur la situation catalane à la fin du chapitre.

1. UN BON PROCESSUS CONSTITUANT: DES LEÇONS INTERNATIONALES

Si nous essayons d'identifier les éléments déterminants d'un bon processus constituant au XXIème siècle, nous pourrions mettre en évidence qu'un bon processus constituant vise à produire un texte constitutionnel de la plus haute qualité possible et devrait être conforme à une conception actuelle de la démocratie, devrait développer des mécanismes de participation citoyenne utilisant différents types de canaux, c'est-à-dire à la fois électroniques et en face-à-face, garantis sur un pied d'égalité sur l'ensemble du territoire ainsi que garantir l'inclusion de tous les groupes sociaux et de tous les points de vue.

De plus, un bon processus constituant devrait être le plus grand représentant de l'autonomisation des citoyens. Il devrait permettre de donner une légitimité maximale au nouveau système politique et, en pratique, établir un niveau élevé de développement démocratique. Tout en permettant de comprendre qu'il est nécessaire de combiner les vertus de la démocratie représentative, de la démocratie participative et de la démocratie directe, il devrait produire des débats de la plus haute qualité sur tous les sujets et à tous les niveaux. Enfin, il devrait faciliter les communications directes entre les citoyens et leurs représentants.

Nous pouvons tirer une série de leçons importantes de l'expérience internationale récente en matière de rédaction de constitutions ou de réformes constitutionnelles qui ont incorporé des mécanismes innovants de participation et de débat, en particulier les expériences de l'Irlande, la Bolivie, l'Équateur, l'Islande, le Chili et l'Écosse[2].

En Bolivie (2006 et 2009), les autorités ont organisé un référendum participatif préalable sur une question de nature constitutionnelle et ont permis la ratification du référendum avec une question distincte sur un point controversé. Les problèmes découlent de la coexistence du Parlement ordinaire et de l'Assemblée constituante et de ne pas avoir préalablement convenu de la méthodologie de l'Assemblée.

En Équateur (2007-2008), la participation en face-à-face du grand public a atteint entre 1 et 2%. Les difficultés à intégrer cette participation découle d'un maque de méthodologie claire et de l'absence de mécanismes pour résoudre les désaccords profonds.

En Islande (2010-2013), les principaux éléments ou principes inspirants de la Constitution ont été élaboré grâce à la participation par tirage au sort dans un forum antérieur. La proposition constitutionnelle, quant à elle, a

[2] Bien que l'Écosse n'ait pas produit un processus constituant, il est intéressant d'examiner les préparatifs qui ont été faits et les débats qui ont eu lieu avant le référendum sur l'indépendance.

été rédigée par un conseil des citoyens choisi lors des élections, à l'aide de multi-référendums consultatifs préalables. Cependant, le manque de soutien politique au Parlement a bloqué le projet et le processus.

Pour ce qui est de l'Irlande (2012 et 2017), la convention constitutionnelle a été élaborée de façon mixte, c'est-à-dire avec un mélange de citoyens et de représentants. Les citoyens ont été sélectionnés grâce à un système aléatoire de sélection afin de former un mini-public. Les propositions devant être approuvées par le Parlement ont chacune été débattues selon une bonne procédure qui se terminait avec un référendum final sur les propositions.

Bien que dans le cas de l'Écosse (2012-2014) il n'y avait pas de processus constitutionnel, il faut souligner certains aspects pertinents. Tout d'abord, le gouvernement écossais avait la volonté de se conformer à la procédure suivie en Irlande et en Islande. Aussi, l'accent a été mis sur la promotion des débats concernant l'avenir du pays et, surtout, de la future démocratie en tant que formule d'autonomisation des citoyens, qui a contribué à élargir le soutien au processus de souveraineté.

La participation citoyenne à grande échelle, dans le cas du Chili en 2016, a été possible grâce à des réunions autooraganisées (*Encuentros Locales Autoconvocados* (ELA)) suivant une méthodologie commune. Bien que l'on puisse considérer que ce système ne garantissait pas la transversalité, il faut souligner que la transversalité a été produite par l'agrégation des ELA et aussi par les différences politiques au sein des groupes d'affinités non politiques tels que les clubs sportifs et les groupes de voisinage. Les débats à trois niveaux, c'est-à-dire sans intégration claire, ont affaibli la part de participation citoyenne au processus. Aux niveaux supérieurs, le débat a été mené par des personnes politiquement engagées liées à des groupes sociaux, qui n'ont pas repris les sujets abordés par les niveaux inférieurs, et comme on l'a vu plus tard, qui ont parfois renversé les accords majoritaires ELA.

2. CARACTÉRISTIQUES D'UN BON PROCESSUS CONSTITUANT

Après avoir examiné tous ces cas, qui fournissent un niveau élevé de connaissances empiriques actuelles et internationales, il est possible de formuler des conclusions générales pouvant servir de cadre à un débat sur la meilleure méthodologie à suivre pour un processus constituant de haute qualité.

2.1. QUELLE EST LA MEILLEURE MÉTHODE?

Ce qui semble le plus approprié, ou sensé, consiste à combiner plusieurs méthodes différentes. Les diverses formules qui ont été mises en pratique dans plusieurs processus constituants renforcent différentes vertus délibératives et, ensemble, peuvent grandement améliorer la légitimité du processus et son résultat final, la Constitution.

L'idée est de combiner plusieurs critères qui rassembleront différents types de contributions: celles des experts (techniques), de la société civile (expérience), du grand public (sens commun[3]) et des représentants politiques (perspective globale).

Il est bon d'avoir une combinaison de tous ces éléments. Par conséquent, les processus constituants les mieux préparés passent par différentes phases, comme le cas du Chili. Il est également important que la connexion entre les éléments soit aussi bien articulée que possible, afin que la valeur générée dans chacune de ces phases ne soit pas perdue, mais développée. Les conclusions d'une phase précédente devraient faciliter et orienter le débat dans une phase ultérieure.

[3] Il y a beaucoup de preuves sur la valeur des critères proposés par des citoyens, en général, dans les processus délibératifs que nous regroupons sous le concept de « bon sens ». Voir, par exemple, Kimmo Grönlund, « Designing Mini-Publics for Constitutional Deliberative Democracy », dans Min Reuchamps et Jane Suiter (ed.), *Constitutional Deliberative Democracy in* Europe (ECPR Press, 2016). L'affaire irlandaise examinée a également été considérée comme un bon exemple, face aux critiques initiales sur le rôle des citoyens dans la convention constitutionnelle.

En ce sens, ce qui s'est passé dans le processus constituant chilien est un exemple de ce qu'il ne faut pas faire. Des problèmes ont surgi lorsque le débat est passé du niveau local au niveau provincial lors de la première phase participative. Souvenons-nous de ce qui s'est passé: les conclusions des réunions des citoyens locaux n'avaient pas encore été réunies lorsque les débats ont commencé au niveau provincial. La sélection des matières à ce niveau a été effectuée en ne considérant que celles qui avaient été le plus débattues au niveau local, c'est-à-dire uniquement en fonction de critères quantitatifs, mais non qualitatifs. Certains des débats sur des sujets choisis au niveau provincial, où le profil des contributeurs était différent de celui des participants au niveau local, ont complètement inversé ce qui avait été dit au niveau local, comme on l'a vu plus tard, de telle sorte que les premiers débats n'ont eu aucun impact sur les derniers en termes de contenu.

2.2. DÉLIBÉRATION

L'un des principaux objectifs de la combinaison des phases est d'assurer un débat efficace tout au long du processus, de transcender les points de vue personnels et d'atteindre une vision qui ne soit pas centrée sur les positions socioéconomiques, sur les identités socioculturelles ou géographiques. J'oserais dire que c'est un vrai point de vue national qui se reflète, tout d'abord, dans le pacte social que suppose la constitution d'une nouvelle communauté politique[4].

Tout processus d'autonomisation et d'autodéfinition du citoyen aussi fondamental qu'un processus constituant devrait, à travers le débat, garantir la réalisation de la plus haute qualité de discussion dans trois domaines: la vérité, les valeurs et le bien commun.

Tableau 1 : Domaines de discussion

Vérité	Valeurs	Le bien commun
- Niveau épistémique (scientifique) - Les meilleures informations dont nous disposons - Pas de mensonge	- Niveau éthique - La meilleure réflexion possible sur les principes - Pas seulement la légalité et les traditions	- Niveau inclusif-cohésif (niveau national) - Le meilleur point de vue collectif - Pas seulement les intérêts privés

Pour y parvenir, nous avons besoin de la contribution de citoyens ayant des points de vue différents et qui sont aussi éloignés que possible des intérêts acquis dans les diverses questions à traiter. Cela facilite l'émergence de propositions raisonnables et consensuelles, diamétralement opposées à des actions résultant d'obligations ou de pactes conclus entre des parties intéressées.

On doit rechercher un débat de qualité à chacune des phases, ce qui signifie dans chacune des dimensions démocratiques[5], et simultanément dans l'articulation entre elles. La qualité du débat doit être maintenue lors de la plus petite assemblée de citoyens ou du mini-public, par exemple les rencontres locales autoorganisées au Chili (ELA), ou la convention constitutive irlandaise, jusqu'au maxi-public soit la société en tant que tout, au moment de la rédaction du texte constitutionnel; c'est la société qui devra finalement entériner ce texte avec son vote.

[4] Lorsque le débat et la constitution font partie de la même idée, il est plus facile de comprendre le concept de « patriotisme constitutionnel » proposé par Jürgen Habermas, l'un des plus grands représentants théoriques de la défense de la délibération publique.

[5] Parfois, la démocratie délibérative est présentée comme une quatrième dimension de la démocratie. Cependant, il faut comprendre que le débat public est une condition transversale dans tout processus décisionnel de qualité, que ce soit à l'occasion des processus législatifs dans un Parlement, lors d'un processus participatif pour le public ou par les expressions de l'opinion publique et des médias durant une campagne préréférendaire.

Sans cercles concentriques, au-delà de n'être qu'une simple déclaration de bonnes intentions, les débats de petit format ont peu de chances d'être transcendants et d'avoir un réel impact. Malheureusement, ce fut le cas dans deux exercices connus d'assemblées de citoyens, composées de personnes choisies au hasard, en Colombie-Britannique et en Ontario au Canada. Ces assemblées ont fait des propositions sur la réforme du système électoral, mais en dépit d'un débat de haute qualité, les propositions n'ont pas été ratifiées par l'ensemble des citoyens. Cela s'est probablement produit parce que le travail des assemblées n'a pas été suivi d'un débat public ultérieur qui aurait repris les conclusions des discussions initiales[6].

D'autre part, le cas de l'Irlande nous montre comment une bonne connexion peut exister entre le mini-public et le maxi-public. À partir des gens qui parlent dans la rue jusqu'au débat parlementaire, avec une convention au milieu, au besoin, il est essentiel que le débat progresse en développant graduellement les mêmes principes.

2.3. PARTICIPATION INITIALE

La participation initiale à un processus constituant par les membres de la communauté devrait servir de première caisse de résonance. Cette participation devrait être ouverte à tous les membres du public qui décident d'y prendre part, toujours sur une base individuelle et volontaire. En effet, une phase de participation populaire ouverte peut amener un grand nombre de contributeurs. Dans les cas examinés, cela représentait environ 1 à 2% de la population dans son ensemble. Mais ce type de participation n'intègre pas facilement d'autres points de vue tout aussi importants, tels que ceux des experts, de la société civile ou des représentants politiques, et ne garantit pas l'inclusivité, puisqu'elle n'incorpore pas activement les secteurs et profils qui n'y participent pas automatiquement. Alors, comment pouvons-nous atteindre ces autres valeurs dans un processus constituant?

2.4. LOTERIE PUBLIQUE

Une formule possible consiste à sélectionner les membres du public en tirant au hasard une liste de noms, qui sera généralement corrigée en fonction d'une série de critères sociodémographiques tels que le sexe et les niveaux d'études, de revenus ou de résidence, de telle sorte que tous les collectifs auront une voix. Évidemment, il ne s'agit pas d'un échantillon statistique aléatoire où les pourcentages correspondent au poids réel de la population dans son ensemble. Cependant, en créant un groupe au sein duquel des débats de qualité peuvent se dérouler en tenant compte de points de vue divergents, il peut constituer une forme de représentation très efficace.

Cette formule est aussi efficace pour des groupes de 1000 personnes, comme dans le cas du Forum national islandais, que pour des groupes de 100 personnes, comme dans le cas de la Convention irlandaise. Les groupes peuvent être soit des assemblées mixtes, où il y a des représentants politiques aussi bien que des membres du public, comme dans le cas de l'Irlande, ou des assemblées qui incluent seulement des membres de la communauté comme en Ontario et en Colombie-Britannique, aussi appelés G1000.

Si un débat fructueux doit avoir lieu, il est nécessaire de parvenir à une diversité suffisante de connaissances et de réflexions, même s'il ne provient pas d'un échantillon représentatif au sens statistique. Cependant, ce n'est pas un problème sérieux de surreprésenter certains groupes. Lorsqu'il s'agit de donner la parole à différents points de vue tenus par les gens d'un pays, les groupes sociaux et les organisations ne sont rien de plus qu'une approximation et une intermédiation de cette diversité sociale de points de vue. Il n'est pas nécessaire de s'inquiéter de toute surreprésentation si le processus constituant traverse ensuite d'autres phases où ces biais disparaissent, comme dans le cas d'une phase parlementaire où les participants représentent l'ensemble des citoyens et ont plus ou moins la capacité d'intervenir en fonction du nombre de votes reçus, ou dans la phase du référendum final de ratification.

[6] Stefan Rummens, « Legitimacy without Visibility? On the Role of Mini-Publics in the Democratic System », dans Min Reuchamps et Jane Suiter (ed.), *Constitutional Deliberative Democracy in* Europe (ECPR Press, 2016).

Une leçon qui peut être tirée des cas examinés est qu'un large éventail de participants, en plus de constituer une garantie pour un débat solide, est également bon pour faciliter le lien entre les phases. S'il y a un certain mélange, cela permet aux protagonistes d'une phase de se voir facilement reflétés parmi les participants aux débats dans une phase ultérieure. L'exemple de l'Irlande est positif à cet égard, puisque deux ministres figuraient dans la convention des citoyens avant de devenir des représentants politiques, assurant ainsi une connaissance directe de ce type de méthodologies. L'autre aspect de la pièce serait l'exemple islandais, avec l'exclusion des représentants politiques, et ses résultats négatifs ultérieurs.

2.5. PARTICIPATION ET LOTERIE: DEUX PHASES POSSIBLES

Si la participation de masse et les débats de plus petit format sont considérés comme des sources de contributions et de légitimité importantes, la meilleure formule devrait chercher à les combiner. D'une part, l'auto-sélection au cours de la phase participative rend difficile de la rendre aussi inclusive qu'elle pourrait l'être et introduit un biais en faveur des membres les plus actifs et les plus organisés du public. D'autre part, un système de loterie, surtout s'il est combiné avec des corrections sociodémographiques, ne peut remplacer la logique de la représentation, où tous les citoyens comptent également et où les majorités parlementaires sont construites par des votes de poids égal.

C'est pourquoi une bonne option serait de commencer par une phase de participation massive et décentralisée, dans le but de permettre à tous les citoyens intéressés de participer au processus constituant. Dans cette phase, il pourrait y avoir des débats sur les principes généraux ou constituants qui devraient être inclus dans la future constitution. Cela s'apparenterait à un contrat social minimum, reflétant les valeurs, les principes et les aspirations du pays : Que voulons-nous améliorer? Quel devrait être notre futur pays? Comment le façonner? Comment le réaliser? Ces principes guideront la rédaction ultérieure de la Constitution.

Comme nous l'avons vu dans différents cas, le processus constituant ne commence pas nécessairement par la rédaction de la Constitution. Nous avons vu, par exemple, différentes approches utilisées au Chili et en Islande. Le Chili a tenu des réunions locales autoorganisées où les citoyens ont débattu des droits, devoirs et institutions qu'ils voulaient et ont conclu avec un document reprenant les points saillants, transmis au Président de la République, à prendre en considération dans une motion de réforme constitutionnelle au Parlement. Dans le cas de l'Islande, les conclusions du Forum national ont été rédigées dans un document de principes pris en compte par le Conseil constitutionnel lorsqu'il a rédigé son projet de Constitution. Donc, comme nous pouvons le voir, le début du processus constituant ne doit pas nécessairement coïncider avec l'écriture d'une constitution. Cependant, il est évident qu'il s'agit d'actions convergentes. La définition de principes généraux, issus d'un contrat social par des groupes publics, conduit à la rédaction d'articles d'une constitution.

La phase suivante consiste à organiser une loterie pour sélectionner au hasard des individus afin d'optimiser la délibération. Cette phase pourrait se concentrer sur l'établissement d'un forum social ou d'une convention publique avec de nombreux groupes différents représentés. L'objectif serait de proposer un premier projet de constitution pour un débat au parlement, en assumant le même rôle que celui de la présidence chilienne, du conseil constitutionnel islandais ou de la convention irlandaise.

Afin d'organiser le débat sur les thèmes recueillis lors de la première phase participative sur les principes constituants et les sujets proposés par la société civile, on pourrait imaginer, par exemple, une assemblée de 1000 personnes choisies au hasard. Cela pourrait inclure des participants de la première phase, des membres proposés par la société civile, des représentants non parlementaires et le public en général (voir l’annexe).

2.6. REPRÉSENTATION ET PROCESSUS CONSTITUANT

Nous avons vu que, dans les cas du Chili et de l'Islande, le processus constituant a commencé avant une élection constituante. En fait, le choix du moment dépend de la façon dont les phases sont conçues. Dans la mesure où les premiers débats recherchent un consensus général et ne dépendent pas du parlement, ce travail, que nous pourrions qualifier de « préparatoire », peut être initié avant les élections constituantes. Toutefois, dans tous les cas, le dernier

projet, dans sa forme juridique définitive, sera rédigé au Parlement ou à l'Assemblée constituante choisie à cet effet. En fait, dans les cas de la Bolivie et de l'Équateur, le libellé final a fini par être écrit au-delà du cadre de l'assemblée constituante. Il est donc logique que les élections constituantes précèdent la phase parlementaire et l'approbation finale du nouveau texte constitutionnel.

Il y a aussi la possibilité de tenir une élection ad hoc pour une assemblée constituante, en parallèle avec le Parlement constitué. C'est ce qui s'est passé en Bolivie et en Équateur. Cependant, la leçon apprise dans ces deux cas est que cette formule peut poser des problèmes d'équilibre des pouvoirs et de la légitimité finale du texte. Dans les deux cas, pour des raisons différentes, les relations entre le Parlement et l'Assemblée constituante n'étaient pas exemptes de tensions.

Dans le cas où on choisit la formule d'un parlement unique, il n'est pas nécessaire que le Parlement en entier s'occupe de la rédaction de la Constitution. Cette tâche peut être déléguée à une commission, tandis que le reste du Parlement exerce ses fonctions ordinaires. La commission devrait se concentrer sur l'amélioration de la proposition du forum ou de la convention, notamment d'un point de vue juridique.

La commission pourrait être formée uniquement de membres du Parlement, ou par une combinaison de représentants politiques, selon le poids de chaque groupe parlementaire, et de membres du public, encore choisis au hasard. Ces personnes deviendraient les garants ultimes pour que les propositions du public constituent la base du débat en session parlementaire; contrairement aux politiciens, les citoyens ne sont pas liés par des programmes électoraux ou par la pensée partisane. La forte participation du public est une constante dans tous les cas examinés: en Irlande, avec des politiciens, à la convention; en Islande, conjointement avec la société civile dans le forum, et de son propre chef, dans la commission; en Bolivie, à travers les mouvements sociaux qui ont représenté les élections à l'Assemblée constituante et aussi dans l'élaboration de propositions à l'Assemblée; en Équateur, par des apparitions à l'Assemblée constituante; et au Chili, à ce jour, à travers les petites assemblées publiques décentralisées autoorganisées (ELA).

2.7. RÉFÉRENDUMS

Un référendum de ratification de la constitution a été organisé dans tous les cas où une réforme ou un nouveau texte a été approuvé. Cependant, on trouve aussi des exemples d'autres types de consultations. En Islande et en Bolivie, un référendum a eu lieu avant la rédaction finale de la Constitution afin de guider ou de confirmer la façon dont elle était rédigée. Dans le cas de la Bolivie, en outre, un référendum, qui a eu lieu en même temps que la ratification de la nouvelle Constitution, demandait aux gens leur opinion sur un article spécifique qui n'avait pas été convenu dans le travail préparatoire.

Parfois, la possibilité de voter partie par partie sur la Constitution a été examinée. De cette façon, les personnes qui votent ne sont pas confrontées à une décision de type « tout ou rien ». Cependant, cela peut générer des problèmes de légitimation du nouveau texte constitutionnel, qui serait sujet à plusieurs cas d'interprétation difficile.

Afin de minimiser le débat sur la forme du texte constitutionnel (court ou long, général ou détaillé) et sur la tenue d'un référendum pour le ratifier partie par partie, la proposition suivante pourrait être faite: les questions qui ont été mises en évidence lors des phases précédant le débat au parlement, mais qui nécessitent des délibérations plus étendues ou qui ne sont pas jugées appropriées pour être traitées dans un texte constitutionnel pourraient être spécialement consignées dans une disposition finale de la Constitution. Il pourrait être précisé que ces questions seraient traitées en suivant des processus de débat similaires, c’est-à-dire avec la participation du public et des représentants politiques pendant la période constitutive, soit la législature du Parlement constituant.

Nous faisons ici référence aux lois fondamentales qui détaillent le texte constitutionnel et qui pourraient être considérées comme faisant partie d'un bloc constitutionnel au sens large, par exemple, les lois concernant le système électoral et le système énergétique. Étant donnée la nature de ces lois, la façon dont elles ont été proposées

et la façon dont elles seront développées, il pourrait être approprié de maintenir la même méthode de ratification dans leur cas, à savoir par voie de référendums.

Une bonne combinaison de toutes ces réflexions basées sur les leçons fournies par les cas les plus récents de processus constituants participatifs pourrait donner un schéma semblable à celui présenté à l'annexe.

Une combinaison de bon sens et de critères démocratiques, ainsi que de logique, conduirait idéalement à une Constitution de la plus haute qualité et avec la plus grande légitimité démocratique. Les conditions essentielles pour y parvenir partent des débats approfondis incluant la participation du public. Ceux-ci doivent être développés suivant une méthodologie efficace et en facilitant les phases successives, jusqu'à la rédaction finale de la Constitution. L'idée est d'ajouter des filtres au processus, qui doivent avoir des rôles différents mais complémentaires. Lorsque nous filtrons de l'eau, trois filtres faits du même matériau ne valent pas mieux qu'un. C'est la même chose pour les phases du processus constituant.

On pourrait faire valoir que tout cela « est en train de nous rendre la vie difficile ». La meilleure réponse à cela est que faire quelque chose « plus simplement » aujourd'hui n'aurait plus de sens. Nous disposons de nombreuses innovations démocratiques déjà éprouvées et dont les limites et les possibilités ont été déterminées; ne pas les utiliser serait rejeter l'intelligence collective à laquelle nous devrions aspirer. Encore une fois, je vais essayer d'illustrer cela avec une comparaison. De nos jours, un téléviseur analogique sera toujours remplacé par un téléviseur numérique. Est-ce une dépense injustifiée? Un luxe inutile? Non. De nos jours, si vous n'avez pas de connexion numérique, vous ne pouvez pas regarder la télévision. Simplement parlant, les modèles analogiques ne fonctionnent plus. Imaginez un processus constituant avec sept hommes assis dans un bureau fermé, avec une ligne directe à l'armée. C'était le scénario en Espagne lorsque la Constitution de 1978, qui est actuellement en vigueur, a été écrite, et cela fait partie d'une ère analogique qui a déjà été remplacée. On pourrait en dire autant d'un texte constitutionnel écrit sans la participation du public. Un processus constituant est l'occasion de mettre en pratique les principes fondamentaux d'un régime démocratique et de mettre en valeur le vrai pouvoir du peuple. C'est une opportunité que nous ne pouvons laisser passer sans mettre en pratique tout ce que ces exemples nous enseignent.

3. LA CATALOGNE, LE DROIT DE DÉCIDER ET LE PROCESSUS CONSTITUANT

En Catalogne, l'intention du parti indépendantiste et pro-droite de décider des partis politiques est de garder tous ces points à l'esprit. On parle depuis longtemps d'un processus constituant: il était sur la feuille de route du programme électoral de *Junts pel Síet* de la CUP lors des élections de 2015 au Parlement de Catalogne[7], et dans les programmes électoraux de *Junts par Catalunya*[8], *Esquerra Republicana de Catalunya*, CUP et *Catalunya en Comú* aux élections de 2017[9]. Ces forces politiques représentent plus de 50% du parlement catalan. De même, plusieurs organisations de la société civile catalane, dont la plupart font partie de la plate-forme *Reinicia Catalunya*[10], ont fait des propositions pour en développer une depuis des années. Sur le plan institutionnel, la Commission pour l'étude du processus constituant a participé au Parlement et a présenté ses conclusions en juillet 2016[11].

[7] Junts pel Sí était une candidature conjointe formée par des membres de plusieurs partis (la *Convergència Democràtica de Catalunya*, *l'Esquerra Republicana de Catalunya*, les Démocrates de Catalogne et le Moviment d'Esquerres) et des candidats indépendants. Le nom même de *Candidatura d'Unitat Popular - Crida Constituent* souligne l'importance du processus constitutif dans cette formation politique.

[8] Junts par Catalunya était une candidature formée pour soutenir le président exilé de la Generalitat, Carles Puigdemont. La plupart de ses composantes étaient membres de la *Partit Demòcrata Europeu Català* (PDCat), parti créé en 2016 en tant que successeur de la *Convergència Democràtica de Catalunya*.

[9] *Catalunya en Comú-Podem* est un parti politique qui est en faveur d'un référendum convenu avec le gouvernement espagnol et plaide en faveur d'une relation confédérale entre la Catalogne et l'Espagne. Il défend également la nécessité d'un « cadre constitutif ».

[10] *Reinicia Catalunya*, http://reiniciacatalunya.cat/.

[11] La présentation de ces conclusions et leur vote au Parlement catalan ont conduit le Président et tout le bureau à être accusés de désobéissance et de faux-fuyants de la part de la Cour constitutionnelle espagnole qui avait prévenu que ces questions ne pouvaient pas être débattues au Parlement catalan.

En septembre 2017, la *Loi sur le référendum* a été adoptée avec la *Loi sur la transition légale*[12]. Cette loi prévoyait la transition légale entre les législations espagnole et catalane en cas de victoire du oui au référendum d'indépendance organisé par la Generalitat. Sa septième et dernière section est entièrement consacrée à l'élaboration des grandes lignes du processus constituant. L'article 85 stipule qu' « une fois le référendum célébré et en cas de résultat favorable pour l'option de l'indépendance, le gouvernement de la Generalitat activera un processus constituant qui sera démocratique, citoyen, transversal, participatif et contraignant, avec l'objectif de rédiger et d'approuver la Constitution de la République ». L'article 86 présente les trois phases du processus constituant: « une première étape participative, une seconde phase, composée des élections constituantes et de l'élaboration d'un projet de Constitution par l'Assemblée constituante, et une troisième phase de ratification de la Constitution par référendum ».

L'article 87 se réfère en particulier au processus participatif. Il stipule qu'il durera 6 mois et consistera en « un processus délibératif au niveau sectoriel et territorial, et l'appel subséquent à un forum social constituant composé de représentants de la société civile et des partis politiques ». Cet article indique également que « le gouvernement catalan créera un Conseil consultatif composé d'experts universitaires, de Catalogne et de l'étranger, afin d'agir comme conseiller dans la phase constitutive délibérative qui sera menée par les organisations de la société civile ». De même, il est dit que :

> le Forum Social Constituant, réunissant les débats de la phase délibérative, doit débattre et formuler une série de questions sur les principes généraux de la future Constitution, qui doivent être résolus par les citoyens à travers un processus de participation publique. Le résultat de cette participation citoyenne sera un mandat qui les relie politiquement à l'Assemblée constituante, qui les articulera d'un point de vue juridique et, si nécessaire, les harmonisera et les disposera systématiquement[13].

Les événements actuels ne nous permettent pas d'être plus précis, mais il vaut la peine de faire quelques réflexions générales sur le processus constituant en Catalogne et sur le droit de décider; de cette analyse il peut être possible d'extrapoler à d'autres cas similaires au cas catalan. Nous pourrions même réfléchir à la façon dont les choses auraient pu se dérouler dans des circonstances idéales et comparer cela avec ce qui s'est vraiment passé, afin que les choses puissent être traitées différemment dans d'autres cas. Depuis 2006, le droit de décider a constitué le moteur des revendications catalanes, non seulement en tant que concept théorique, mais en tant que véritable guide des pratiques politiques menées par les mouvements sociaux et par les institutions, que cela soit dans le cadre de consultations officieuses pour l'indépendance de la Catalogne entre 2009 et 2011 ou dans ceux du processus participatif sur l'avenir politique de la Catalogne organisé par la Generalitat le 9 novembre 2014 et du référendum sur l'autodétermination le 1er octobre 2017. Dans le cadre du droit de décider, l'autonomisation des citoyens et le principe démocratique ont été soulignés et même mis au-dessus des droits nationaux, qui restaient souvent un peu à l'arrière-plan. Cela renforce les revendications de souveraineté et rend le mouvement, dès le début, plus transversal socialement et politiquement.

Cependant, personne ne peut ignorer que la Catalogne est une nation sans État et, par conséquent, le processus constituant doit nécessairement être analysé différemment des processus constituants des États déjà constitués. Dans le cas catalan, le processus constituant doit également être analysé comme un outil dans le processus d'émancipation nationale, et même comme un outil clé pour mobiliser les gens. En Catalogne, le soutien au processus constituant est plus large que le soutien à l'indépendance; les partisans proviennent des formations politiques et des associations qui défendent la nécessité de redéfinir les relations entre la Catalogne et l'Espagne, mais qui incluent aussi parmi les solutions possibles, une Espagne fédérale ou confédérale.

Malgré la tenue du référendum et la victoire en faveur de l'indépendance, sa non-reconnaissance légale par l'État et la répression qui s'ensuivit laissèrent planer l'incertitude sur l'avenir du processus constituant[14].

---

[12] *Loi du 6 septembre 2017 sur le référendum d'autodétermination*, Loi 19/2017, DOGC nº7449A (Espagne); *Loi du 8 septembre sur la transition juridique et fonctionnelle de la république*, Loi 20/2017, DOGC nº7451A (Espagne).

[13] *Loi du 8 septembre* (préc. n.12), art. 87(3) (traduction).

[14] Selon les chiffres officiels du référendum du 1er octobre, plus de 2,2 millions de Catalans ont voté, ce qui représente 43% du recensement, et 90% ont voté en faveur de l'indépendance. Nous devons rappeler que la police espagnole a réprimé les électeurs et que des dizaines de bureaux de vote ont été fermés.

Cependant, la nécessité d'un débat transversal populaire, massif, politique et social comme base d'un profond changement institutionnel, indépendant ou non, demeure forte. Peut-on parler de l'avenir politique du pays sans parler d'indépendance au premier plan? Et sans avoir à encadrer la réflexion dans un format constitutionnel? Bien sûr, cela est possible. C'est là que les phases sont utiles. La première phase, celle des vœux et des principes, des valeurs et des défis, devrait permettre ce type de réflexion, suivant les modèles de l'Islande, avec son Forum national, ou du Chili, avec ses réunions locales autoorganisées.

Dans les débats de la première phase délibérative, on peut créer des accords fondamentaux qui définissent une société, comme le consensus sur le droit de décider, qui est soutenu par 80% de la citoyenneté catalane[15]. On peut parvenir à un consensus général sur un modèle pour le pays, dans tous ses aspects, allant des services énergétiques au modèle éducatif et linguistique, en passant par le modèle d'infrastructure ou de gestion publique. Il ne s'agit pas de discuter des détails, de descendre au niveau de la politique publique où l'axe gauche-droite est pertinent, mais de trouver des outils généraux qui nous permettent de distinguer un modèle de pays, le Catalan, qui peut être situé à travers la délibération des citoyens au-delà des cadres constitutionnels et autonomes espagnols, même si ce n'est qu'en termes de propositions théoriques pour le moment[16]. En fait, cela nous ramène aux racines de la revendication de souveraineté et du droit de décider, qui a commencé à être revendiqué, en 2006, dans les premières manifestations dans les rues de Barcelone, lorsque plusieurs relations possibles avec l'Espagne, y compris une nouvelle loi autonome, étaient envisagées et que l'objectif était alors seulement de demander un référendum pour connaître les souhaits des Catalans.

CONCLUSION

L'indépendance et le statut d'État doivent être considérés uniquement comme des outils pour développer des réponses aux défis auxquels nous sommes confrontés en tant que pays, et non comme une fin en soi. Du point de vue du droit de décider, par opposition à une vision traditionnelle du droit à l'autodétermination, l'État n'est pas le destin d'une nation, mais un outil utile qui devrait être accessible à toute communauté politique, à condition que certaines conditions soient définies démocratiquement et atteintes, conformément à l'opinion célèbre de 1998 de la Cour suprême du Canada sur le Québec[17].

Si nous voulons défendre la capacité des gens à prendre des décisions, c'est-à-dire le principe démocratique, cela doit s'appliquer aussi bien à la sphère collective qu'à la sphère individuelle. Cela signifie la même chose aux deux niveaux. Cela signifie la reconnaissance et l'autonomisation. En d'autres termes, vous êtes important pour moi et je reconnais votre volonté. Cela devrait être donné à un groupe qui veut laisser derrière lui les échecs de la reconnaissance par un État qui nie sa propre plurinationnalité avec le principe presque sacré de son unité; et c'est une possibilité qui doit aussi être donnée aux citoyens de tous les jours qui, sans être des experts, ni des politiciens, constituent la communauté et doivent être reconnus et écoutés, afin qu'ils puissent devenir coauteurs de l'avenir de leur pays et coproducteurs de leur texte fondamental : la Constitution.

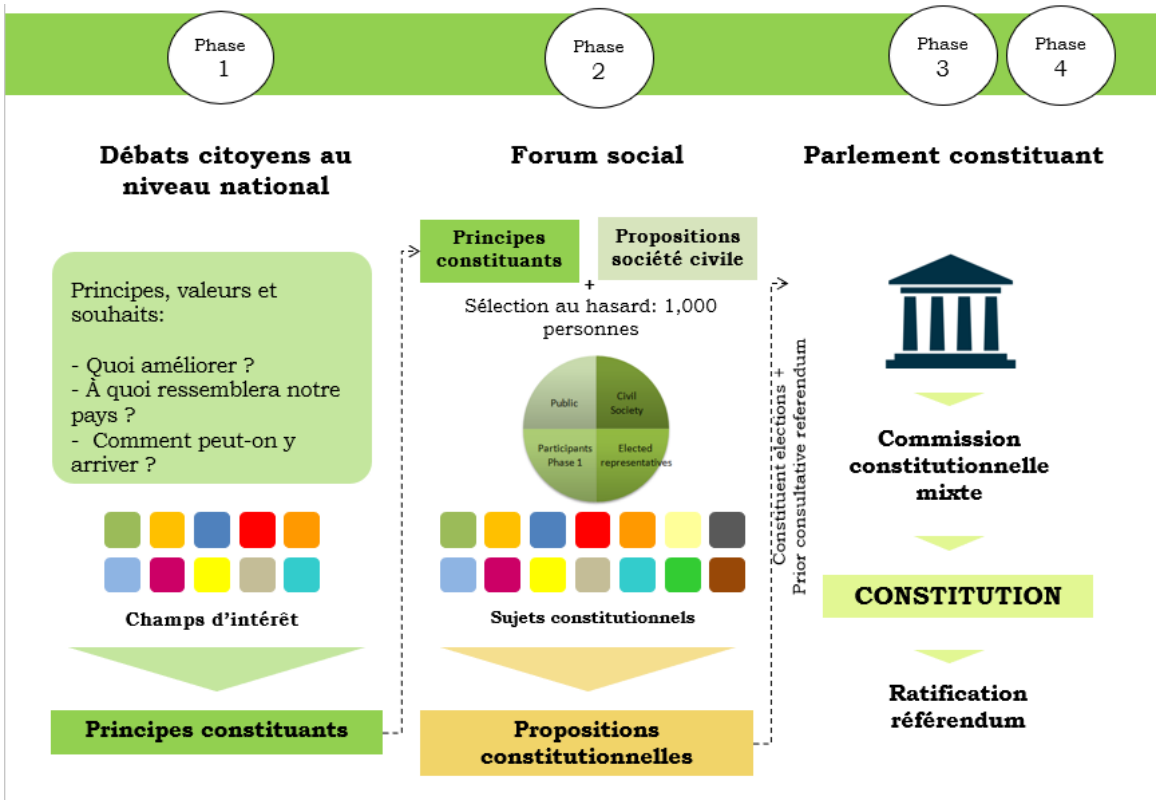
[15] Ce consensus est resté constant au cours de la dernière décennie. Ce chiffre ne diminue que lorsque la question concerne un référendum sans accord avec l'État.

[16] Les difficultés juridiques pour développer ce processus promues par les institutions catalanes pourraient être surmontées si la société civile prenait en charge l'initiative.

[17] *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217.

ANNEXE

Figure 1 : Les phases d'un processus constituant



L'AUTONOMIE ÉCOSSAISE ET LE BREXIT : DEUX PROJETS D'AUTODÉTERMINATION EN COLLISION ?

Nicola McEwen et Alexandra Remond
Université d'Édimbourg

INTRODUCTION

Les Écossais ont voté en 2014 pour rester au sein du Royaume-Uni quand ils ont rejeté l'indépendance par une majorité de 55,3 % contre 44,7 %. Ce résultat était suffisamment clair pour obtenir le consentement des perdants, mais l'écart entre le « Oui » et le « Non » était également assez proche pour assurer que le débat sur l'avenir constitutionnel de l'Écosse se poursuive. Moins de deux ans plus tard, le Royaume-Uni a voté, par une majorité de 51,9 %, contre 48,1 %, de quitter l'Union européenne (ci-après « UE »). Ce résultat masque des différences territoriales marquées. Une majorité dans toutes les régions d'Angleterre, à l'exception de Londres, a voté pour quitter l'Union européenne. En Écosse, en revanche, la population a soutenu son appartenance à l'UE à hauteur de 62 % contre 38 %, et avec une majorité pour rester dans chaque région écossaise. Bien qu'un second référendum sur l'indépendance soit peu probable dans l'immédiat[1], le Royaume-Uni se retrouve face à un possible tremblement de terre constitutionnel dans sa quête du « Brexit ».

Le Royaume-Uni est aujourd'hui à un croisement important, non seulement dans sa position de pays souverain en Europe, mais aussi dans sa conception constitutionnelle et nationale. C'est sur cette deuxième dimension que ce chapitre s'attarde. Ces deux récents référendums sur la souveraineté invitent à s'interroger sur la nature et la compatibilité de deux projets d'autodétermination au sein d'un même État. On s'intéresse ici à leurs implications sur la nature de l'État et des peuples au Royaume-Uni et comment ils mettent en lumière deux projets d'autodétermination en collision. Le Royaume-Uni reste un cas rare d'État souverain qui se reconnait un caractère plurinational et qui a accordé, dans la sphère politique, sinon dans la loi, le droit à ses nations constituantes de s'autodéterminer[2]. Le peuple Écossais, notamment, a toujours joui d'un statut particulier en tant que nation depuis son union avec l'Angleterre en 1701, laquelle reconnaît, dans une mesure limitée, son droit à diriger ses propres affaires sous forme distincte et par le biais d'une représentation démocratique dans le contexte de l'union parlementaire et politique. C'est seulement en 1999, après des décennies de débats et de luttes, que son droit à l'autodétermination interne a été reconnu dans l'établissement du parlement écossais, lui permettant de gouverner ses affaires intérieures. Et, comme nous l'avons vu en 2014, son droit à l'autodétermination externe, soit le droit à l'indépendance étatique et internationale, a été reconnu comme légitime par le gouvernement britannique lorsqu'il a concédé à la tenue du référendum sur l'indépendance[3].

Depuis quelques années, le Royaume-Uni a vu une montée de sentiments nationalistes. En particulier, un nouvel intérêt académique s'est développé pour la question d'une poussée identitaire anglaise[4]. Le désir d'autodétermination britannique cache en effet un désir plus spécifique à l'Angleterre, et il s'exprime dans la demande pour le « Brexit ». Ces développements, en plus d'être très importants pour l'avenir et l'unité nationale du Royaume-Uni, soulignent également les difficultés rencontrées dans la mise en œuvre du principe d'autodétermination lorsque les frontières des communautés nationales se chevauchent et que ces nations sollicitent des aboutissements différents et concurrents.

---

[1] À la suite des résultats du référendum sur le Brexit, la Première ministre de l'Écosse, Nicola Sturgeon, avait avancé la possibilité d'un second plébiscite sur l'indépendance. Celui-ci a, en effet, été abandonné pour le moment après un recul électoral pour son parti.

[2] Le référendum sur l'Indépendance de l'Écosse était seulement consultatif et ne contraignait pas le gouvernement britannique à implémenter son résultat. L'Accord du Vendredi saint en Irlande du Nord, en revanche, a ancré dans la loi le droit d'autodétermination des Irlandais du Nord.

[3] Michael Keating et Nicola McEwen, « The Scottish Independence Debate » dans Michael Keating (ed.), *Debating Scotland. Issues of Independence and Union in the 2014 Referendum* (Oxford University Press, 2017).

[4] Michael Kenny, *The Politics of English Nationhood* (Oxford University Press, 2014); Ailsa Henderson, Charlie Jeffery, Robert Liñeira, Roger Scully, Daniel Wincott et Richard Wyn Jones, « England, Englishness and Brexit » (2016) 87 *The Political Quarterly* 187.

Les exemples britannique et écossais présentent ainsi certains paradoxes dans la conceptualisation et l'application du principe d'autodétermination moderne. Le principe d'autodétermination est à lui tout seul un concept brouillon et contesté. Il peut faire référence à un droit individuel et principalement lié à un droit d'expression politique dans les confins du système démocratique existant, jusqu'à un droit collectif, détenu par une nation, donnant droit à un État souverain et indépendant. Dans le cas du Royaume-Uni, sa définition est bien moins problématique que sa mise en œuvre. Ce chapitre aborde dans un premier temps le concept d'autodétermination et ses implications. Ensuite, le cas du Royaume-Uni et sa nature plurinationale seront brièvement revus avant de se consacrer à la problématique actuelle entre l'autodétermination écossaise et britannique/anglaise.

1. L'AUTODÉTERMINATION – UN CONCEPT IMPRÉCIS

L'autodétermination peut être conçue comme un droit individuel ou collectif et un objet interne ou externe à l'État souverain. Un droit individuel et externe d'autodétermination autorise toute personne à choisir l'autorité étatique dont il ou elle veut faire partie. Une conceptualisation interne, en revanche, voit ce droit applicable seulement dans le cadre de l'État existant, comme dans le cas d'élections régulières pour pouvoir choisir son gouvernement. Dans sa construction collective, le principe d'autodétermination dans la convention des Nations unies est une assertion du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes[5]. Ce principe issu du droit international spécifie que chaque peuple peut librement prendre des mesures afin de poursuivre son développement économique, social et culturel. Le droit à l'autodétermination qui en découle et l'application de ce principe fait toujours l'objet d'une guerre de vocabulaire et d'incertitude juridique.

Il semblerait que dans la pratique internationale de la reconnaissance de nouveaux États, le seul consensus clair est que le droit d'autodétermination s'applique en tant que droit à un pays souverain indépendant sur le plan international uniquement dans les cas coloniaux[6]. Pour Shaw, le consensus après la Guerre Froide dans l'approche internationale est donc d'adopter une définition territoriale à l'application du droit d'autodétermination externe, et plus rarement « nationale » ou « constitutive ». Contrairement au droit des *territoires* coloniaux et de leurs habitants de s'autodéterminer, une conception « nationale » met l'accent sur le peuple et son droit démocratique à disposer de lui-même. La dernière conceptualisation de l'autodétermination « constitutive » se focalise sur les procédures utilisées afin d'appliquer l'autodétermination. Ce qui donne droit à un peuple à l'autodétermination, c'est la reconnaissance par les États souverains existants, notamment celui dont le peuple fait actuellement parti, que ce droit existe. Il est néanmoins difficile de trouver des ressources internationales légales qui puissent nous éclairer sur la définition précise de ce que constitue un « peuple[7] ».

Les théories les plus libérales voudraient que tout groupe qui le souhaite puisse exercer son droit d'autodétermination, que les personnes qui le forment partagent une culture ou une histoire commune ou non. Cela serait valable même si elles désirent former un nouvel État souverain[8]. La nature civique et démocratique des communautés politiques est mise en avant. Néanmoins, cette approche néglige l'importance du territoire et le fait que c'est souvent la division de celui-ci, de même que sa composition démographique, qui est problématique. En effet, trouver un consensus parmi le « peuple », même si celui-ci vit sur un même territoire et est soumis aux mêmes lois et aux mêmes institutions politiques, est un défi dans toute démocratie. Cela devient encore plus compliqué lorsque des peuples-nations coexistent dans un même État et, bien que partageant une citoyenneté et des institutions communes, exercent leur autodétermination dans des arènes de souverainetés distinctes.

La notion de peuple est centrale au principe d'autodétermination, car le peuple est le titulaire du droit. La conception du « peuple » et souvent synonyme de « nation » et sous-entend une base de solidarité et locus de souveraineté commune[9]. Saisir l'ensemble de ses constituants en revanche est une tâche difficile. Nous nous

[5] *Charte des Nations unies*, art. 1.
[6] Jörg Fisch, *The Right of Self-Determination of Peoples: The Domestication of an Illusion* (Cambridge University Press, 2015) p.8.
[7] Olivier Corten, « Les visions des internationalistes du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Une approche critique » (2014) 32 *Civitas Europa* 93, p.98.
[8] Harry Beran, « A Liberal Theory of Secession » (1984) 32 *Political Studies* 21, p.30–31; Robert McGee, « The Theory of Secession and Emerging Democracies. A Constitutional Solution » (1991) 28 *Sandford Journal of International Law* 451.
[9] Walker Connor, « A nation is a nation, is a state, is an ethnic group is a … » (1978) 1 *Ethnic and Racial Studies* 377.

contenterons ici d'accepter la nature « imaginaire » de cette entité sociale et politique[10]. De plus, dans des États plurinationaux, des groupes reliés par des références culturelles peuvent se retrouver en concurrence, voire en compétition. Ceci peut aboutir à une multiplicité d'identités sociopolitiques. La structure supranationale apportée par l'Union européenne a renforcé les identités nationales sub-étatiques selon Moreno[11]. Qui plus est, les processus de transnationalisation du bas vers le haut et de décentralisation du haut vers le bas ont pris une extension considérable de type « localisme cosmopolite européen[12] », c'est-à-dire que la nation non-étatique opère simultanément dans un contexte local et international.

Il n'en revient pas moins que la collectivité se reconnait dans ces identités nationales formant ainsi un peuple distinct qui peut alors faire appel à son autodétermination dans ses différentes structures de gouvernances. La fameuse métaphore d'Ernest Renan qui décrit la nation comme un « plébiscite de tous les jours[13] » fait également notion à l'importance d'une conscience collective et du consentement populaire dans l'existence d'un espace politique, social et territorial commun qui donne vie au peuple-nation.

Les référendums d'autodétermination comme ceux qui ont eu lieu en Écosse et au Royaume-Uni respectivement en 2014 et 2016 offrent une opportunité rare pour un peuple d'exprimer directement son droit démocratique à décider où et comment il désire être gouverné[14]. Celui-ci repose sur un principe démocratique du consentement, qui est aussi essentiel au regard des concepts de légitimité et d'égalité. Habermas, par exemple, conçoit que le système légal moderne repose essentiellement sur l'idée de l'autodétermination : « les citoyens devraient toujours se concevoir comme étant eux-mêmes les auteurs de la loi dont ils sont les sujets[15] ». Depuis la Seconde Guerre mondiale, la souveraineté d'un État est basée sur le consentement et la représentation de ceux qui l'habitent[16]. Ce fondement s'est développé en parallèle et souvent en symbiose avec le principe d'autodétermination et l'idée de peuple-nation. Ces principes ont parfois été entendus comme signifiant que tout peuple a droit de former son propre gouvernement et État indépendant[17]. C'était le cas dans le référendum sur l'indépendance de l'Écosse en 2014, à l'inverse de la Catalogne en octobre 2017.

Mais que se passe-t-il quand la notion de « peuple » et son statut politique fonctionnent sur deux plans nationaux différents mais juridiquement complémentaires ? Bien que le droit d'autodétermination du peuple Écossais a clairement été articulé lors du référendum sur son indépendance, le Royaume-Uni a approuvé qu'elle était une nation européenne et un État membre de l'Union européenne. Cette appartenance a facilité l'expression des identités plurinationales des peuples des îles britanniques et a été le fondement de l'évolution de ses systèmes de gouvernance à plusieurs niveaux. En conséquent, ce projet d'autodétermination se retrouve maintenant en contradiction avec le projet anglais/britannique à la suite du résultat du référendum sur la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne de 2016.

2. LA NATURE PLURINATIONALE DU ROYAUME-UNI

Le Royaume-Uni est un état plurinational composé de l'Angleterre, de l'Écosse, du Pays de Galle et de l'Irlande du Nord. Ces nations occupant des territoires distincts se sont développées aux côtés de la nation britannique, sans effort concerté pendant la période démocratique de la part de l'État de réprimer ces identités nationales distinctes. Le Royaume-Uni n'a pas à proprement parler de constitution entièrement écrite et codifiée qui reconnaît officiellement ce caractère plurinational. Il n'en reste pas moins que les gouvernements successifs ont fait preuve de pragmatisme qui, malgré quelques exceptions géographiques, comme Ulster, ou historiques notables comme la

[10] Benedict Anderson, *Imagined Communities: reflections on the origins and spread of nationalism* (Verso, 1991).
[11] Luis Moreno, « Scotland, Catalonia, Europeanization and the "Moreno Question" » (2006) 54 *Scottish Affairs* 1.
[12] L. Moreno (préc. n. 11).
[13] Ernest Renan, « Qu'est-ce qu'une nation ? », conférence présentée à Sorbonne, 11 mars 1882 (2e éd., Calmann Lévy) https://archive.org/details/questcequunenat00renagoog (consulté le 7 juin 2020).
[14] Stephen Tierney, « Constitutional Referendums. A Theoretical Enquiry » (2009) 72 *The Modern Law Review* 360; Markku Suksi, *Bringing in the People. A Comparison of Constitutional Forms and Practices of the Referendum* (Martinus Nijhoff Publishers, 1993) p.235.
[15] Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms* (The MIT Press, 1997) p.408.
[16] Michael McFaul, « Democracy Promotion as a World Value » (2004) 28 *The Washington Quarterly* 147.
[17] Zoilo Velasco, « Self-Determination and Secession. Human Rights-Based Conflict Resolution » (2014) 16 *International Community Law Review* 75, p.78.

« période Thatcher » de 1979 à 1990, a largement fait prévaloir le plurinationalisme dans la gestion des différents territoires du royaume. L'Écosse en particulier a toujours joui du statut de nation et d'entité territoriale et juridique singulière. Même Margaret Thatcher note dans ses mémoires qu' « en tant que nation, ils [les Écossais] ont un droit indéniable à l'autodétermination nationale ; jusqu'à présent ils ont exercé ce droit en se joignant et en restant dans l'union. S'ils en venaient à décider de devenir indépendants aucun parti politique anglais ou politicien ne devrait les en empêcher, même si leur départ est regrettable[18] ».

Depuis 1999, la reconnaissance implicite des nations constituantes a été accompagnée de réformes du système de gouvernement ainsi que de l'instauration de la décentralisation en Écosse et au Pays de Galles et sa restauration en Irlande du Nord. Ces changements se sont faits par le biais de référendums en Écosse et au Pays de Galle en 1997, et en Irlande du Nord en 1998 dans le cadre du processus de paix. L'Angleterre en revanche ne possède pas de parlement distinct. Par conséquent, le gouvernement britannique agit comme le gouvernement du Royaume-Uni dans son ensemble et celui de l'Angleterre. Cela donne lieu à un système politique très asymétrique. Le projet de décentralisation est en effet une affaire confuse, fruit de l'opportunisme politique plutôt qu'une réelle conversion de ses vertus[19]. Ceci a pour résultat un système de gouvernement hybride marqué à la fois par une centralisation forte dans certains domaines, par exemple dans les finances publiques, l'économie et les affaires étrangères, et une décentralisation étendue dans d'autres, par exemple en matière d'éducation et de santé. Le tout est obscurci par l'absence d'une constitution clairement rédigée et, par conséquence, par un système qui repose surtout sur des conventions plus ou moins tacites et justifiées. De plus, une culture de négociation et de consensus qui se fait discrètement entre les ministères et administrations des quatre coins du pays, renforcée par la domination continue du gouvernement britannique et la doctrine de la souveraineté parlementaire de Westminster.

La reconnaissance des identités nationales au Royaume-Uni peut peut-être expliquer pourquoi le gouvernement britannique a immédiatement reconnu le droit du parti nationaliste écossais, le SNP, de tenir un référendum sur l'Indépendance lorsque celui-ci a remporté une majorité électorale en 2011. David Cameron, alors Premier ministre, avait déclaré que le gouvernement britannique ne mettrait pas d'obstacles juridiques ou politiques à l'encontre du plébiscite. Avec cette décision, l'autodétermination de l'Écosse s'est exprimée sous forme « nationale », en tant que peuple, sous forme « territoriale » en tant qu'unité juridique distincte, et surtout sous forme « constitutive » avec la reconnaissance de ce statut. Cette dernière est exprimée par l'État existant de façon purement politique et non de façon légale ou constitutionnelle, ce qui donne lieu à une possible reconnaissance internationale d'un nouvel État indépendant[20].

Au cours des dix-huit mois suivant les élections de 2011, les deux gouvernements ont négocié un transfert temporaire de pouvoirs pour permettre au gouvernement écossais d'adopter une loi pour un référendum sur son indépendance[21]. En effet, la *Loi sur l'Écosse de 1998* nécessite l'accord du gouvernement et du parlement britannique, puisque les questions constitutionnelles et le changement constitutionnel sont de la compétence du parlement de Westminster. Le transfert de pouvoir qui permet d'adopter une loi pour un référendum sur l'indépendance a été conclu dans des conditions minimales, incluant la supervision de la commission électorale et la stipulation qu'une seule question soit posée ayant uniquement deux réponses possibles. Cet accord engagea également les deux gouvernements à respecter les résultats du référendum ; une majorité simple serait suffisante pour négocier l'indépendance. Le gouvernement écossais a pu également négocier un corps électoral qui fut le même que celui appelé à élire le parlement écossais, qui comprend les citoyens de l'union européenne mais pas les Écossais qui résident en dehors de l'Écosse, avec l'addition de jeunes de 16 et 17 ans[22]. On peut percevoir ici une

[18] Margaret Thatcher, *The Downing Street Years* (HarperPress, 1993), p.624.
[19] Amaël Cattaruzza, « Les référendums d'autodétermination : démocratisation ou balkanisation du monde ? » (2007) 3 *L'Espace Politique. Revue en ligne de géographie politique et de géopolitique* https://journals.openedition.org/espacepolitique/914 (consulté le 7 juin 2020).
[20] O. Corten (préc. n. 7) ; Bridget Coggins, « Friends in High Places. International Politics and the Emergence of States from Secessionism » (2011) 65 *International Organization* 433.
[21] *Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a referendum on independence for Scotland*, Édimbourg, 2012.
[22] Depuis 2016, les jeunes de 16 et 17 ans peuvent voter aux élections parlementaires écossaises.

définition avant tout « politique » du corps électoral, excluant toute référence identitaire ou ethnique, qui a pour résultat un processus d'autodétermination écossais dénué de détermination historiciste.

Contrairement au Québec durant les années quatre-vingt et quatre-vingt-dix ou le cas de la Catalogne en 2017, le référendum de l'Écosse en 2014 n'était pas le résultat d'une période de mécontentement populaire ou de doléances particulières contre le système politique existant, tel qu'un échec de réforme constitutionnelle. Au contraire, la satisfaction à l'égard de la dévolution était plus évidente que jamais. Le seul catalyseur notable fut la victoire électorale du parti nationaliste. Néanmoins, la campagne référendaire de deux ans a généré un mouvement d'indépendance qui reste actif. Bien que 55 % des votants se soient prononcés contre une rupture avec le Royaume-Uni, l'appui pour l'Indépendance et l'adhésion au SNP n'ont jamais été aussi élevés.

3. L'AUTODÉTERMINATION ÉCOSSAISE : ENTRE DEUX UNIONS

Le référendum de 2014 n'a pas débouché sur la création de cet État imaginé par le SNP. Il semble cependant avoir modifié les termes du débat en Écosse. En particulier, il a clairement fourni un précédent au droit d'autodétermination de l'Écosse et dessiné un projet d'autodétermination centré sur l'indépendance dans l'Europe. Contrairement au point de vue politique plus dominant dans le reste du Royaume-Uni, et plus précisément en Angleterre, l'Europe n'est pas perçue comme un « autre » menaçant l'identité ou l'autodétermination écossaise, mais comme une partie de la solution afin de mettre en pratique son autodétermination.

Grâce à l'accès à cette union supranationale, l'Écosse indépendante ne se retrouverait pas isolée sur le plan international en tant que petit État[23]. Au sein de l'union, l'Écosse pourrait trouver des alliés, surtout parmi les petits États du nord, partageant ses valeurs et désireux de coopérer pour les faire prévaloir. De plus, et contrairement au discours politique des « Brexiteurs britanniques », la libre circulation des personnes et l'immigration constitue un atout pour les élus de tous bords au Parlement écossais. Toutefois, les Écossais partagent aussi avec les autres Britanniques une vision principalement économique de l'union européenne. Les nationalistes écossais mettent en avant les atouts du marché unique européen dans le débat actuel.

L'enthousiasme pour l'union européenne n'est pas dépourvu de critiques, mais la solution se trouve avant tout dans la réforme pour les nationalistes écossais, plutôt que dans la retraite[24]. Qui plus est, en 2014, le gouvernement écossais entendait conserver les concessions accordées par l'union européenne au Royaume-Uni, c'est-à-dire de rester en dehors de la zone euro et de l'accord de Schengen en faveur du maintien de la zone sterling et de la zone de voyage commune des îles britanniques. La campagne référendaire sur l'indépendance de l'Écosse faisait surtout référence à un nouveau projet de société qui ne briserait pas tous les liens avec le reste du Royaume-Uni. Cela inclut, entre autres, le maintien d'un marché de travail partagé, d'un domaine de recherche et d'un marché intérieur de l'énergie commun[25]. À condition que le reste du Royaume-Uni eu partagé la volonté politique de maintenir des liens politiques et économiques étroits, cela aurait pu se faire en partie grâce à l'adhésion des deux pays à l'union européenne.

Durant le débat sur l'indépendance de l'Écosse, le gouvernement britannique et le camp du « non » avaient insisté à ce que l'indépendance écossaise ne s'accompagne pas nécessairement du maintien de l'Écosse dans l'union européenne. Ils ont insisté sur le fait que le processus d'adhésion à l'union européenne serait long, difficile, sans garanties et sans les avantages et l'influence que le Royaume-Uni a obtenue en tant que grand État membre[26]. Il est donc possible de voir dans son volet négatif un désir du peuple écossais de ne pas quitter l'union

---

[23]. L'adhésion à la Communauté économique européenne (CEE) puis à l'union européenne n'a pas toujours été au programme des indépendantistes. Le SNP avait appelé à voter « non » lors du référendum de 1975 sur la CEE. L'arrivée du marché unique dans les années 1980 l'a fait changer d'avis. Des exceptions existent encore au sein du parti et, et d'une importance cruciale, parmi ses électeurs.

[24] Édimbourg, Scottish Government, *Scotland's Priorities for EU Reform*, février 2014, https://www2.gov.scot/Resource/0044/00444499.pdf (consulté le 7 juin 2020), p.1-3.

[25] Nicola McEwen, 2014. « If the vote is Yes, how long will the independence negotiations take and what will the main challenges be? », dans Charlie Jeffery et Ray Perman (ed.) *Scotland's Decision. 16 Qcuestions to Think about for the referendum on 18 September* (Birlinn Limited, 2014).

[26] M. Keating et N. McEwen (préc. n. 3).

qu'il forme avec le reste du Royaume-Uni, mais aussi un souhait de maintenir son lien avec l'union européenne, réaffirmé en 2016.

Toutefois, le référendum du Brexit et le processus qu'il a installé ont fondamentalement changé les termes du débat sur l'autodétermination écossaise et le contexte dans lequel elle peut être réalisée. En effet, les Écossais ont voté pour rester membre d'un pays dont la nature est en train de changer moins de deux ans plus tard, et sans leur accord. Le Brexit a relancé le débat sur l'avenir constitutionnel de l'Écosse en créant un nouveau catalyseur et une nouvelle logique pour l'indépendance qui n'était pas manifeste en 2014. Il remet également en question la vision d'indépendance présentée en 2014. Les liens institutionnels et les marchés commun avec le reste du Royaume-Uni envisagés en 2014 sont plus difficiles à concevoir si l'Écosse devient un État membre alors que le reste du Royaume-Uni ne l'est pas. De plus, le désir apparent du gouvernement britannique de quitter le marché intérieur et l'union douanière de l'union européenne présentent de nouveaux défis pour les partisans de l'Indépendance, car cela augmente la perspective peu attrayante d'une frontière entre l'Écosse et l'Angleterre.

4. LES PROJETS D'AUTODÉTERMINATION ENTRENT EN COLLISION

En janvier 2013, le Premier ministre David Cameron a promis de négocier un arrangement plus favorable pour le maintien du Royaume-Uni au sein de l'union européenne avant de convoquer un référendum sur le maintien ou la sortie du pays de l'Union. À la suite de l'élection d'un gouvernement conservateur majoritaire en 2015 et à des négociations conclues en 2016, le peuple britannique a été invité à décider dans un référendum de rester ou de quitter l'union. L'électorat était à l'échelle du Royaume-Uni et ne comprenait que des citoyens britanniques et les membres du Commonwealth résidents au Royaume-Uni à l'exclusion des citoyens de l'union européenne résidant au Royaume-Uni[27]. Bien que le Premier ministre écossais, Nicola Sturgeon, ait proposé la nécessité d'obtenir des majorités dans chacune des quatre nations du Royaume-Uni, c'est le vote à l'échelle nationale qui a dû être respecté. Dans son premier discours à la conférence du Parti conservateur de 2016, Theresa May a insisté : « Parce que nous avons voté au référendum en tant qu'un Royaume-Uni, nous allons négocier comme *un* Royaume-Uni, et nous laisserons l'Union européenne comme *un* Royaume-Uni. Il n'y a pas d'exclusion du Brexit[28]. » De ce point de vue, le vote majoritaire pour rester dans l'union européenne en Écosse ainsi qu'en Irlande du Nord, à Londres et à Gibraltar, est légalement sans conséquence face à une majorité générale favorable au retrait du Royaume-Uni.

Il convient de rappeler que le gouvernement britannique de David Cameron a fait campagne contre le Brexit lors du référendum et il a perdu. Pour les Brexiteurs, le référendum était l'occasion de réaffirmer l'autodétermination britannique et la souveraineté britannique. C'était aussi un rejet de la libre circulation du peuple européen, d'une union européenne trop technocratique et trop coûteuse pour le budget britannique, et l'affirmation de la place et du statut du Royaume-Uni en tant que pays influent à part entière. Au cœur de la campagne référendaire s'exprimait un désir de « reprendre le contrôle » - contrôle des frontières, contrôle de l'immigration, contrôle de l'économie, contrôle des lois. En bref, un pays en contrôle de son propre destin. Pour ses partisans, le Brexit était l'expression par excellence de l'autodétermination nationale. Ce point de vue a été crédité par le gouvernement britannique dans le processus de négociation du Brexit. Dans un discours exposant ses priorités pour les négociations, le Premier ministre a qualifié le résultat du référendum de « vote pour restaurer, selon nous, notre démocratie parlementaire, notre autodétermination nationale, et devenir encore plus global et internationaliste dans l'action et dans esprit[29] ». Sa lettre au président du Conseil européen, Donald Tusk, qui a déclenché le processus de l'article 50, a réitéré la description du vote référendaire comme un désir de « restaurer,

[27] Il s'agit du même électorat que pour les élections britanniques.

[28] Teresa May, conférence du Parti conservateur, présentée à Birmingham, 5 octobre 2016 (traduction).

[29] « The United Kingdom's exit from and new partnership with the European Union White Paper » (*Government britannique*, 2 février 2017) https://www.gov.uk/government/publications/the-united-kingdoms-exit-from-and-new-partnership-with-the-european-union-white-paper (consulté le 7 juin 2020) (traduction).

comme nous le voyons, notre autodétermination nationale[30] ». Pourtant, cela représente une position mono-nationaliste qui va à l'encontre de la nature plurinationale du Royaume-Uni.

En effet, le vote en faveur du retrait de l'union européenne s'inscrit dans une montée du nationalisme en Angleterre. Il y a effectivement une forte corrélation entre l'identité nationale anglaise et le vote en faveur du Brexit. Une étude menée par Henderson et ses collègues a démontré qu'en Angleterre, ceux qui ont voté pour le Brexit avaient tendance à s'identifier comme étant plus Anglais que Britanniques ou exclusivement Anglais[31]. C'est en parti pourquoi le résultat du référendum est avant tout ressenti comme un vote d'autodétermination « anglais » plutôt que « britannique ».

Au lendemain du référendum, Nicola Sturgeon a insisté sur le fait que le résultat en Écosse devrait être respecté comme une expression de l'autodétermination de l'Écosse : « nous n'avons pas voté pour partir - nous avons voté pour rester. Se faire dire que nous devons partir, quoi qu'il en soit, revient à dire que notre voix en tant que nation n'a pas d'importance[32]. » Le gouvernement écossais a cherché à faire valoir un « Brexit doux » qui permettrait à l'ensemble du Royaume-Uni de rester dans le marché intérieur de l'union européenne et dans l'union douanière. À défaut, il a exigé un statut spécial qui permettrait à l'Écosse de maintenir ces liens, même si le reste du Royaume-Uni les perdaient.

Ce désir d'une réponse flexible au Brexit va à l'encontre de la vision unitaire du gouvernement britannique, du moins en ce qui concerne l'Écosse. Alors que les appels à un statut spécial pour l'Écosse ont été rejetés, il y a eu plus de souplesse pour trouver des solutions aux défis du Brexit pour l'Irlande du Nord et la frontière irlandaise. Cela a eu pour effet de replonger le débat dans la dichotomie entre indépendance et union. Pour le SNP, le Brexit représente « un changement des circonstances matérielles » dans lequel la décision d'autodétermination de l'Écosse de 2014 a été prise. Le refus subséquent d'accommoder le désir du peuple écossais de rester au sein de l'UE et de l'aligner étroitement sur celle-ci, justifie un autre vote sur l'indépendance une fois que les termes du Brexit seront connus.

Toutefois, le gouvernement à Londres et les unionistes en Écosse estiment que les Écossais ont décidé d'exprimer leur autodétermination au sein du Royaume-Uni lors du référendum de 2014, et donc d'être sujets à la décision du référendum de 2016 à quitter l'union européenne avec le reste du pays. Cet argument est légalement valable et légitime aux yeux d'une partie de la population Écossaise. De plus, un sondage conduit avant la tenue du référendum sur la sortie de l'union européenne a montré qu'une majorité d'habitants des quatre nations constitutives souhaitent que la décision soit prise par la population dans sa globalité, sans la diviser en régions : 68% des Anglais, 64% des Gallois, 60% des Irlandais du Nord et 55% des Ecossais ont déclaré que la décision de quitter l'union européenne devait se faire en fonction de la décision prise par la majorité totale du Royaume-Uni, et qu'une majorité dans chaque nation n'était pas nécessaire[33].

Le refus du gouvernement britannique de négocier un transfert de pouvoir pour faciliter un nouveau référendum sur l'indépendance souligne la fragilité du droit à l'autodétermination au Royaume-Uni. L'autorité constitutionnelle sur toutes les questions relatives à l'union et au statut constitutionnel du Royaume-Uni et de ses territoires constitutifs appartient au Parlement britannique. Bien qu'il soit difficile d'imaginer un gouvernement

---

[30] Theresa May, Prime Minister's letter to Donald Tusk triggering Article 50 (Londres, 29 mars 2017) https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/604079/Prime_Ministers_letter_to_European_Council_President_Donald_Tusk.pdf (consulté le 7 juin 2020) (traduction).

[31] A. Henderson (préc. n. 4) ; voir aussi Kirby Swales, « Understanding the Leave Vote » (*National Centre for Social Research*, 2016.), https://whatukthinks.org/eu/wp-content/uploads/2016/12/NatCen_Brexplanations-report-FINAL-WEB2.pdf (consulté le 7 juin 2020) ; Harold Clarke, Matthew Goodwin et Paul Whiteley, « Why Britain Voted for Brexit. An Individual-Level Analysis of the 2016 Referendum Vote » (2017) 70 *Parliamentary Affairs* 439.

[32] Nicola Sturgeon, *Scotland in the EU*, discours fait à The Institute for Public Policy Research (IPPR), 25 juillet 2016, http://news.gov.scot/speeches-and-briefings/scotland-in-eu (consulté le 7 juin 2020) (traduction).

[33] Jan Eichhorn, Daniel Kenealy, Richard Parry, Lindsay Paterson et Alexandra Remond, « Elite and mass attitudes on how the UK and its parts are governed. Scotland and the process of constitutional change » (*The University of Edinburgh, Academy of Government*, 2015) https://www.evoc.org.uk/wordpress/wp-content/media/2014/12/Briefing_-_Scotland_and_the_Process_of_Constitutional_Change.pdf (consulté le 7 juin 2020) p.8.

britannique démontrant le degré d'intransigeance du gouvernement espagnol, il détient toujours un pouvoir de veto sur un futur référendum sur l'indépendance. Pour sa part, le gouvernement du SNP s'est clairement engagé à conclure un accord négocié, similaire à l'accord d'Edimbourg de 2012, avant de procéder à un nouveau vote sur l'indépendance.

Le résultat de 2016 limite le projet d'autodétermination écossais exposé au référendum de 2014, et la légitimité du nouvel arrangement constitutionnel qui se dessine dans le processus de sortie de l'union européenne. Le référendum sur le retrait du Royaume-Uni de l'union européenne a non seulement mis en tension deux *droits* d'autodétermination, mais le processus qui s'en suit met en conflit deux *projets* d'autodétermination. Nous avons en ce moment deux nationalismes et deux expressions d'autodétermination qui sont difficiles à réconcilier.

Le processus de départ de l'union européenne présente de nouveaux défis pour le système de dévolution et pour l'unité nationale au Royaume-Uni. Le débat sur la constitution et la question de la place qu'occupe les nations constituantes du Royaume-Uni a été réanimée par la proposition du gouvernement britannique de rapatrier les compétences européennes. Le « *EU (Withdrawal) Bill*[34] » est un projet de loi par lequel le Royaume-Uni vise à intégrer dans son cadre juridique une large partie de l'acquis communautaire de l'union européenne. Dans sa version originale, il laisse cependant le pouvoir de modifier les lois qui sont rapatriées, appelées « *retained EU law* », dans les mains du parlement et du gouvernement de Westminster, même si ces pouvoirs relèvent de la compétence des parlements décentralisés. Ce projet de loi risque donc d'affaiblir l'autonomie constitutionnelle des institutions décentralisées, dont le Parlement écossais, afin d'éviter des divergences politiques et de préserver le marché intérieur du Royaume-Uni. Cette proposition a été froidement reçue par le gouvernement écossais, ainsi que par le gouvernement du Pays de Galles, qui voit là une tentative de centralisation du pouvoir et un déni total de l'autodétermination du peuple écossais. Le processus du Brexit soulève ainsi la perspective de nouveaux défis constitutionnels à la fois en ce qui concerne la reconnaissance de la diversité nationale et le système de gouvernement à plusieurs niveaux.

CONCLUSION

Le projet d'autodétermination écossais présenté par le SNP durant la campagne pour l'indépendance était étroitement lié au projet européen. Durant la campagne référendaire sur la sortie du Royaume-Uni de l'union européenne, les élus écossais ont continué à affirmer leurs différences avec les Anglais sur les questions européennes. La victoire du « *vote leave* » en Angleterre et au Pays de Galles, et la dominance continue du SNP en Écosse, s'inscrivent dans un contexte de montée des nationalismes au Royaume-Uni. Néanmoins ces nationalismes n'ont pas les mêmes fondements idéologiques et, surtout, ils ont une conception et des finalités géopolitiques différentes.

Ces développements récents au Royaume-Uni offrent un exemple intéressant d'une occasion ou la conceptualisation et la mise en pratique du principe de l'autodétermination sont mis en tension dans un État plurinational. En particulier, l'application du principe qu'un peuple a le droit de disposer de lui-même pose un problème dans le cas du peuple britannique, qui s'autodétermine avant tout sous les couleurs anglaises lorsqu'il est appelé à s'exprimer. Au moins dans le contexte du Brexit, la classe politique britannique a, jusqu'à présent, échoué à inclure dans le projet d'autodétermination « britannique » les autres peuples qui constituent cette société plurinationale. Puisqu'il reste le gouvernement souverain dans un système qui est démographiquement et constitutionnellement asymétrique et non-fédéral, le gouvernement britannique peut légalement dicter la nature du peuple détenteur du droit d'autodétermination en lui conférant un droit « constitutif » plutôt que « national ». Ces deux projets d'autodétermination se contrastent également par le fait que l'un reste très traditionnel, centré sur l'État-nation souverain, la présence de la frontière et un corps électoral restreint alors que l'autre embrasse une vision de la souveraineté mise en commun et stratifiée entre le sub-étatique et le supra-étatique. Les deux référendums d'autodétermination au Royaume-Uni sont donc aussi un témoignage d'une possible crise de l'ensemble à venir. Les enjeux constitutionnels qui approchent pourraient conduire les Écossais à devoir choisir entre deux unions afin de mettre en pratique un projet d'autodétermination qui a semblé au cours de ces dernières années de plus en plus incompatible avec l'autodétermination anglaise qui est exprimée dans le contexte du Brexit.

[34] *European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020 (Bill 8)*, (R-U), c. 1.

Ce n’est pas une étape que la plupart des Écossais veulent voir venir, ni un choix qu’ils veulent être contraints de faire.

IV- AUTODÉTERMINATION DES PEUPLES ET PEUPLES AUTOCHTONES

LES POSSIBLES DE L'AUTODÉTERMINATION DANS LES TERRITOIRES FRANÇAIS D'OCÉANIE : INDÉPENDANCE NATIONALE ET DROITS AUTOCHTONES

Natacha Gagné
Université Laval

INTRODUCTION

À partir de la fin de la Seconde Guerre mondiale, le « recouvrement de souveraineté » que la fin de la période coloniale annonçait a généralement correspondu à l'accession à l'indépendance, soit à la pleine souveraineté en regard du droit international. En effet, comme nous le rappelions récemment, si le moment colonial est celui d'un déni de souveraineté, la décolonisation est celui d'un recouvrement de cette souveraineté, l'État indépendant ou souverain étant, en théorie du moins, l'exacte antithèse de la situation coloniale comme situation de dépendance[1]. La voie « naturelle » de la décolonisation en Océanie, comme en Afrique ou en Asie, fut celle de la création d'États souverains, à commencer par l'indépendance de Samoa en 1962, suivie de celle de Nauru en 1968, des Tonga en 1970, des Fidji en 1970, de la Papouasie-Nouvelle-Guinée en 1975, des Tuvalu en 1978, des Salomon en 1978, des Kiribati en 1979, du Vanuatu en 1980, des îles Marshall en 1990 et des États fédérés de Micronésie en 1990.

Historiquement, en Nouvelle-Calédonie, un territoire annexé à l'Empire colonial français en 1853, les leaders de ce qui devint en 1979 le Front indépendantiste (FI) puis, en 1984, le Front de libération nationale kanak et socialiste (FLNKS) eurent pour mot d'ordre l'indépendance kanak socialiste. L'Accord de Matignon-Oudinot de 1988 qui mit un terme à la période violente des « Événements » et du climat insurrectionnel qui s'était installé en 1984, prévoyait notamment un référendum d'autodétermination[2]. L'Accord de Nouméa de 1998, lequel fut intégré à la Constitution française, prolongea le premier accord et proposa un mode de décolonisation original, appuyé sur un calendrier fixant le transfert progressif et irréversible des compétences de l'État français aux institutions représentatives locales, avec à terme, au plus tard en 2018[3], l'organisation d'un référendum local relatif à la rétrocession des compétences régaliennes (défense, armée, justice, monnaie, relations extérieures) qui signerait l'accession de la Nouvelle-Calédonie à la pleine souveraineté. Advenant la victoire du « non » à ce premier référendum, l'accord prévoit la tenue d'un deuxième référendum deux ans plus tard, soit en 2020[4]. Si le résultat est encore négatif, un troisième référendum peut être tenu en 2022 « sur la même question et avec le même corps électoral, si un tiers des élus du Congrès de la Nouvelle-Calédonie le demande, soit 18 des 54 membres[5] ». Advenant une troisième victoire du « non », l'accord prévoit que « les partenaires politiques se réuniront pour examiner la situation ainsi créée ».

Pour ce qui est de la Polynésie française, dont les 118 îles la composant furent annexées graduellement par la Œil à partir de 1842, depuis la fin des années 1970, avec l'octroi du statut d'« autonomie de gestion » (1977) qui permit une certaine décentralisation aux plans administratifs et financiers en faveur du territoire[6], l'opposition politique se présente de la façon suivante : d'un côté, on retrouve les autonomistes qui souhaitent rester dans le cadre de la République et, de l'autre, les indépendantistes qui souhaitent la souveraineté pleine et entière.

Dans les deux territoires, la voie de l'indépendance nationale est toujours à l'ordre du jour. Elle l'est plus que jamais en Nouvelle-Calédonie, alors qu'un premier référendum d'autodétermination a eu lieu le 4 novembre

---

[1] Natacha Gagné et Marie Salaün, « L'Océanie peut-elle être décolonisée ? » (2017) 3 *Mouvements* 15, p.18.

[2] Le terme « Événements » désigne l'ensemble des violences qui secouent le territoire et le climat insurrectionnel qui s'installe entre novembre 1984 et mai 1988 et qui voient s'opposer indépendantistes et loyalistes, ces derniers étant loyaux à la République et donc en faveur du maintien de la Nouvelle-Calédonie dans la République française.

[3] Le référendum s'est finalement tenu le 4 novembre 2018 et le « non » l'a emporté. J'y reviendrai plus loin.

[4] Il aura lieu le 6 septembre 2020, selon une décision du Premier ministre transmise par le Haut-Commissariat de la République à Nouméa le 5 novembre 2019.

[5] Benoît Trépied, « Nouvelle-Calédonie : un référendum qui ne clôt pas la lutte pour l'indépendance » (*AOC*, 9 novembre 2018) https://aoc.media/analyse/2018/11/09/nouvelle-caledonie-referendum-ne-clot-lutte-lindependance/ (consulté le 29 septembre 2019); Les indépendantistes détiennent 26 sièges sur 54 depuis les élections provinciales du 12 mai 2019 et l'indépendantiste Roch Wamytan dirige le Congrès de la Nouvelle-Calédonie.

[6] Alain Moyrand, *Droit institutionnel de la Polynésie française*, 2e éd. (L'Harmattan, 2012); Ce statut s'inscrit dans un mouvement d'élargissement graduel des compétences du territoire.

2018 et qu'un second pourrait se tenir en 2020. Elle l'est également en Polynésie française réinscrite[7], à l'initiative des indépendantistes, depuis mai 2013, sur la liste des territoires à décoloniser de l'ONU, ce qui nécessite chaque année de faire le point sur la situation du territoire à l'ONU.

Malgré cela, l'accession à la pleine souveraineté semble être moins évidente de nos jours pour ces territoires qui sont dans des situations où le processus de décolonisation demeure jusqu'à ce jour « inachevé ». D'autres options sont sur la table, comme celle de la libre association avec la Œil (indépendance-association ou indépendance avec partenariat) ou la « stratégie autochtone » qui renvoie au mouvement mondial autochtone et se rapporte aux normes de l'ONU concernant les droits des peuples autochtones, lesquelles prévoient diverses formes d'autodétermination interne pour le peuple autochtone. La voie des droits autochtones est relativement nouvelle dans le combat pour recouvrer la souveraineté en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française. Un tout petit nombre de leaders des milieux associatifs, surtout, commencèrent à explorer les possibilités offertes par cette stratégie seulement au début des années 1990 en participant, de façon irrégulière, aux travaux de l'ONU sur les droits des peuples autochtones[8]. En Polynésie française, jusqu'à maintenant, les références à l'identité et aux droits autochtones dans le registre onusien existent, mais sont le fait de quelques associations et concernent essentiellement les productions culturelles – c'est-à-dire les arts et la littérature – et la préservation du patrimoine culturel, notamment de sites cérémoniels.

La situation est différente en Nouvelle-Calédonie où, au début des années 2000, la construction d'une nouvelle usine de raffinage du nickel utilisant un procédé très polluant mena à la création d'un mouvement disant agir au nom des intérêts du peuple kanak, « peuple autochtone[9]». L'association kanak Rhéébù Nùù – qui signifie « l'œil du pays » – fut ainsi créée en 2002 pour représenter les intérêts environnementaux et économiques du peuple autochtone de la région du Grand Sud. En 2005, le Comité autochtone de gestion des ressources naturelles (CAUGERN), étendit les demandes et l'action des autochtones à l'ensemble du « pays ». Les revendications portaient principalement sur des garanties concernant la gouvernance et la propriété des ressources, l'obligation de consulter et des redevances pour le peuple autochtone kanak[10].

La « nouvelle stratégie kanak[11] » réussit à faire plusieurs gains, avec l'appui de diverses organisations locales et internationales. Le Sénat coutumier – créé en 1999 par la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, tel que prévu dans l'Accord de Nouméa, pour réfléchir aux modalités institutionnelles de prise en compte de la culture kanak – devint même sa base arrière[12]. Il fut l'initiateur d'un ensemble de réflexions et d'actions relativement

---

[7] Les Établissements français de l'Océanie (EFO, l'ancien nom de la Polynésie française) furent inscrits sur la liste de l'ONU pour la première fois en 1946, en même temps que la Nouvelle-Calédonie, et les deux territoires en furent retirés en 1947 sous la pression du gouvernement français. La Nouvelle-Calédonie y fut réinscrite en 1986. Lorenz Gonshor, « Mai te hau Roma ra te huru: The Illusion of "Autonomy" and the Ongoing Struggle for Decolonization in French Polynesia » (2013) 25 *The Contemporary Pacific* 259; Jean-Marc Regnault, *L'ONU, la France et les décolonisations tardives. L'exemple des terres françaises d'Océanie* (Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013).

[8] Morin retrace leur première participation aux travaux de l'ONU sur les droits des peuples autochtones à 1993, l'Année internationale des populations autochtones. En Nouvelle-Calédonie, 1993 fut aussi l'année de fondation de l'Association pour la Célébration de l'Année du Peuple indigène en Kanaky (ACAPIK) qui devint, en 1995, le Conseil national des droits du peuple autochtone (CNDPA). Stéphanie Graff attribue ce premier développement d'une « stratégie autochtone » aux divisions entre indépendantistes kanak dans les lendemains des Accords de Matignon conclus en 1988. Cependant, jusqu'en 2001, c'est-à-dire jusqu'à la tenue des rencontres concernant les peoples autochtones à New York avec la création de l'Instance permanente de l'ONU sur les questions autochtones, la présence des représentants kanak et polynésiens fut sporadique. Pour ce qui est des Polynésiens, cette situation continue de prévaloir. Il ressort d'une analyse des publications de la presse locale, des discussions informelles et d'entretiens auprès d'acteurs locaux en Polynésie et en Nouvelle-Calédonie menés depuis 2005, qu'au-delà des petites associations qu'ils représentent, leur travail resta largement méconnu sur la scène locale jusqu'en 2002, dans le cas néo-calédonien, et jusqu'aux années 2010, dans le cas polynésien. Voir Christine Demmer, « Autochtonie, nickel et environnement. Une nouvelle stratégie kanake » (2007) 39 *Vacarme*, 43; Stéphanie Graff, « Quand combat et revendication kanak ou politique de l'État français manient indépendance, décolonisation, autodétermination et autochtonie en Nouvelle Calédonie » (2012) 134 *Journal de la Société des Océanistes* 61, p. 68 et 75.

[9] De l'acide sous pression est utilisée pour extraire le nickel et le cobalt du minerai. Les résidus liquides qui en résulte sont rejetés en mer. À la suite de quelques accidents industriels (notamment en 2009, 2010 et 2014), des fuites d'acide ont affecté la faune et la flore d'un ruisseau et d'une partie du lagon.

[10] C. Demmer, « Autochtonie, nickel et environnement. Une nouvelle stratégie kanake » (préc. n.8).

[11] *Id.*

[12] Christine Demmer, « Un peuple Calédonien ? » (*La vie des idées*, 29 mai 2018*)* https://laviedesidees.fr/_Demmer-Christine_.html (consulté le 29 septembre 2019).

inédites dans le cadre de la République qui comprennent la promotion de l'enseignement des langues et des arts kanak et de la propriété intellectuelle sur les savoirs traditionnels, mais également la codification des coutumes afin de renforcer un pluralisme juridique institutionnel[13]. Il faut savoir que « [d]epuis les années 1990, les contentieux civils judiciarisés entre Kanak de statut coutumier sont tranchés par des juges professionnels (quasiment tous métropolitains) et des "assesseurs coutumiers" kanak (…), qui expliquent ce que prévoit "la coutume" et jugent en son nom[14] ». Le « statut coutumier », renommé ainsi par l'Accord de Nouméa, était appelé « statut civil particulier » avant 1998. Il correspond au maintien, après l'extension de la citoyenneté aux Kanak en 1946, du statut civil des sujets indigènes à l'époque coloniale[15]. Le projet « différentialiste » du Sénat coutumier fut inscrit en 2014 dans la Charte du peuple kanak : socle commun des valeurs et principes fondamentaux de la civilisation kanak, laquelle avance aussi que la légitimité des autorités coutumières prévaut sur la légitimité des autorités démocratiquement élues[16].

Plusieurs facteurs peuvent expliquer d'un côté pourquoi l'affirmation de soi comme Autochtone et les revendications de droits autochtones émergent beaucoup plus tardivement dans les territoires français d'Océanie et, de l'autre, pourquoi elles restent toujours très marginales dans le cas de la Polynésie française, alors qu'elles se sont affirmées avec plus de force ces dernières années en Nouvelle-Calédonie. Je m'attarderai ici à quatre facteurs principaux qui sont quelques-uns des aspects à approfondir en vue d'une meilleure compréhension de la situation coloniale particulière de ces territoires : l'enclavement des territoires français d'Océanie, les particularités relatives à la construction de la nation française, l'héritage colonial – en particulier en ce qui a trait aux politiques de peuplement des territoires français d'Océanie –, ainsi que certaines particularités juridiques. Comme nous le verrons, la pertinence pour les populations colonisées de l'identité et de la stratégie « autochtone » ne va pas de soi. Les contextes des luttes des populations des territoires français d'Océanie diffèrent de façon radicale de ceux d'autres groupes qui ont été vus comme emblématiques de la catégorie « peuples autochtones », tels que les Premières Nations et les Inuit des Amériques, les Māoris de Nouvelle-Zélande et les Aborigènes d'Australie.

1. LA « FRANCONÉSIE » OU LE GRAND PARTAGE COLONIAL DE L'OCÉANIE

Alors que des mobilisations « autochtones » sont apparues à partir des années 1970 en Nouvelle-Zélande, en Australie et à Hawaii, les populations des territoires français d'Océanie n'ont pas participé au mouvement. Jusqu'à très récemment, elles ont été isolées de leur environnement régional. Comme l'explique l'historien Jean Chesneaux, « [l]a domination coloniale a eu un effet d'enclavement, de dissociation par rapport à l'environnement régional naturel[17] » dans un espace qu'il appelle la Franconésie. Dans le cas de la Polynésie française, dans les années 1950, Gonshor avance que la France aurait volontairement essayé de garder dans l'ignorance des développements politiques dans la région les politiciens locaux en empêchant leur participation à des forums régionaux[18]. L'enclavement est aussi dû, jusque dans les années 1970, au contrôle très grand exercé par l'État français sur la gouvernance locale à travers l'administration directe du gouverneur et, dans le cas de la Nouvelle-Calédonie, du pouvoir exercé par les représentants d'origine européenne[19].

---

[13] C. Demmer, « Autochtonie, nickel et environnement. Une nouvelle stratégie kanake » (préc. n.8); Leah Horowitz, « Translation Alignment: Actor-Network Theory, Resistance, and the Power Dynamics of Alliance in New Caledonia » (2012) 44 *Antipode* 806; Christine Demmer et Christine Salomon, « À propos du Sénat coutumier. De la promotion mélanésienne à la défense des droits autochtones », dans Christine Demmer et Benoît Trépied (dir.), *La coutume kanak dans l'État. Perspectives coloniales et postcoloniales sur la Nouvelle-Calédonie*, vol. 3, coll. « Cahiers du Pacifique sud contemporain », hors-série (L'Harmattan, 2017), p. 97-134.

[14] Benoît Trépied, « Le sang, le nom, la coutume. Controverses judiciaires sur la paternité kanak en Nouvelle-Calédonie » (2018) 169 *Ethnologie française* 57, p.66.

[15] Isabelle Merle et Adrian Muckle, *L'Indigénat. Genèses dans l'Empire français. Pratiques en Nouvelle Calédonie* (CNRS Éditions, 2019).

[16] C. Demmer, « Un peuple Calédonien ? » (préc. n. 12).

[17] Jean Chesneaux, « La place du Pacifique dans l'histoire du monde », dans Alban Bensa et Jean-Claude Rivierre (dir.), *Le Pacifique, un monde épars. Introduction interdisciplinaire à l'étude de l'Océanie*, vol. 3, coll. « Cahiers du Pacifique Sud Contemporain » (L'Harmattan, 1998), p. 53.

[18] L. Gonshor (préc. n.7) p.272.

[19] L. Gonshor (préc. n.7) p.272; Ismet Kurtovitch, « L'accession des Kanaks à la citoyenneté française en 1946 » (2003) 2 *Revue juridique, politique et économique de la Nouvelle-Calédonie* 34; A. Moyrand (préc. n.6); Bruno Saura, *Tahiti Mā'ohi. Culture, identité, religion et nationalisme en Polynésie française* (Au Vent des Îles, 2008); Eric Soriano, *Une trajectoire du politique en Mélanésie. Construction identitaire et formation d'un personnel politique. L'Exemple kanak de Nouvelle-Calédonie (1946–1999*), thèse de doctorat en science

Il est aussi attribuable à une focalisation, incluant d'un point de vue économique, sur la métropole et à la non-maîtrise assez généralisée de la langue anglaise, dominante dans la région. Pour ce qui est de la Polynésie française, la francisation, même lente et graduelle des populations du territoire, semble également avoir contribué à accentuer l'isolationnisme en affectant la maîtrise des langues vernaculaires alors que les langues polynésiennes de la région sont relativement inter-compréhensibles[20].

L'implantation du Centre d'expérimentation du Pacifique (CEP) en 1962 et les essais nucléaires entre 1966 et 1996 en Polynésie française participèrent également à cet isolement de la Polynésie française et plus largement des territoires français d'Océanie. Les participants à mes recherches tout comme plusieurs chercheurs insistent sur les retombées du CEP sur les déplacements et les réseaux des Polynésiens dans la région étant donné les effets puissants de l'opposition régionale au « colonialisme nucléaire » français, pour des raisons politiques et sanitaires[21]. La France et ses ressortissants ont d'ailleurs fait les frais d'une vague de dénonciations importantes dans les pays du bassin Pacifique et à l'international et de certains boycotts, en particulier lors de la reprise des essais en 1995 et 1996. Quelques personnes furent bien sûr en contact avec des mouvements régionaux, qu'ils soient confessionnels, œcuméniques, environnementaux ou antinucléaires, et des échanges eurent lieu à l'occasion, mais ils furent plutôt sporadiques. Les expérimentations nucléaires accentuèrent l'isolationnisme du territoire sous tutelle française, creusant le partage colonial de l'Océanie qui avait eu pour effet de rompre les réseaux d'échanges panocéaniens et de restructurer les relations économiques et politiques dans la logique des empires coloniaux français et britanniques.

1.1. LA FABRIQUE DE LA NATION FRANÇAISE

Un autre point est fondamental : le cadre constitutionnel français ne reconnaît pas de droits collectifs[22], ce qui a limité, pendant longtemps, l'émergence de revendications sur cette base comme des revendications de droits autochtones. En effet, le partage du pouvoir entre l'État et un peuple qui se prévaudrait de droits collectifs au nom de son antériorité d'occupation du territoire et de sa marginalisation n'a pas de précédent. Cette difficulté avec les droits collectifs n'est pas nouvelle, mais fut révélée de façon évidente dans la position ambiguë des représentants de l'État français lors des débats précédant le vote en vue de l'adoption de la *Déclaration sur les droits des peuples autochtones* par le Conseil des droits de l'Homme en 2006 et par l'Assemblée générale de l'ONU en 2007. Bien que s'affichant en faveur de la déclaration, le représentant de l'État français dit que la France avait relevé des difficultés juridiques quant à son application. Il précisa qu'en vertu du principe d'indivisibilité de la République et conformément au principe d'égalité et de son corollaire, le principe de non-discrimination, les droits collectifs

---

politique, Université Montpellier 1, 2001; Benoît Trépied, *Une mairie dans la France coloniale. Koné, Nouvelle-Calédonie* (Éditions Karthala, 2010).

[20] Cette situation se pose différemment en Nouvelle-Calédonie puisque les langues mélanésiennes sont beaucoup plus nombreuses, très diversifiées et d'intercompréhension plus faible, voire nulle. Dans l'aire polynésienne, l'anglicisation des populations à l'extérieur de la zone sous influence française a aussi beaucoup affecté la maîtrise des langues polynésiennes, parfois même de façon beaucoup plus précoce qu'en Polynésie française. Si la loi sur l'obligation scolaire fut promulguée dans les ÉFO en 1897, jusqu'au début des années 1960, à l'exception de la capitale Pape'ete, la langue française ne pénétra que lentement et marginalement la société polynésienne. Par contraste, en Nouvelle-Zélande, par exemple, une enquête nationale menée par le *New Zealand Council for Educational Research* entre 1973 et 1978 montra que seulement 18 à 20 % des Māori parlaient encore couramment la langue māori. À partir des années 1980, cependant, des initiatives comme la création d'écoles d'immersion en langue māori ont permis de changer cette tendance. Des tendances similaires se retrouvent à Hawaii. Voir Natacha Gagné, « Les espaces multiples de l'affirmation de l'autonomie maaori », dans Natacha Gagné et Marie Salaün (dir.), *Visages de la souveraineté en Océanie,* vol. 6, coll. « Cahiers du Pacifique Sud contemporain » (L'Harmattan, 2010) p. 41-67; Marie Salaün, *Décoloniser l'école ? Hawai'i, Nouvelle-Calédonie. Expériences contemporaines* (Presses universitaires de Rennes, 2013); Marie Salaün, « Les langues de l'école au temps des Établissements français de l'Océanie : ce que nous dit la législation coloniale, et ce qu'elle ne nous dit pas » (2015) 336 *Bulletin de la Société des études océaniennes* 25, p.30.

[21] Jean-Marc Regnault, « The Nuclear Issue in the South Pacific: Labor Parties, Trade Union Movements, and Pacific Island Churches in International Relations » (2005) 17 *The Contemporary Pacific* 339; Bruno Barrillot et John Doom, *Response to Regnault* (t. 2, vol. 17, coll. « The Contemporary Pacific », University of Hawai'i Press, 2005), p 373-77; Miriam Kahn, *Tahiti Beyond the Postcard: Power, Place, and Everyday Life* (University of Washington Press, 2011).

[22] Natacha Gagné et Mélanie Roustan, « French Ambivalence Towards the Concept of 'Indigenous People': Museums and the Māori » (2019) 29 *Anthropological Forum* 95.

ne peuvent pas l'emporter sur les droits individuels[23]. Benoît Trépied offre la clarification suivante concernant le substantif « peuple » qui a une portée collective : « Au nom de l'indivisibilité de la République, le Conseil Constitutionnel avait déjà censuré en 1991 la (...) référence au "peuple corse, composante du peuple français". De même l'État ne reconnaît-il que des "populations d'outre-mer" (révision constitutionnelle du 28 mars 2003) et, parmi elles, des "populations autochtones"[24]. » Même dans le cas de la Nouvelle-Calédonie où une exception à l'indivisibilité de la République française existe – « depuis 1998 en effet, en vertu de l'Accord de Nouméa rattaché au titre XIII de la Constitution (articles 76 et 77), la République reconnaît officiellement l'existence du "peuple kanak" en Nouvelle-Calédonie[25] » – les négociations à propos du partage des pouvoirs se tiennent entre l'État français et le gouvernement local, c'est-à-dire sur une base territoriale avec la Nouvelle-Calédonie dans son entier, non avec le peuple autochtone kanak. Je reviendrai sur ce dernier point.

À y regarder de plus près, l'ancrage territorial propre au principe d'égalité de tous les citoyens de la République française a des effet insoupçonnés qui permettent de comprendre certaines inquiétudes des populations des territoires d'outre-mer. Voici un exemple qui est révélateur de toute l'ambiguïté du mot « autochtone » dans ce contexte. Il s'agit de l'extrait d'un texte du poète polynésien Isidore Hiro, frère du regretté poète et dramaturge Henri Hiro (1944-1990), acteur clé du mouvement de renaissance culturelle en Polynésie française à partir des années 1970[26]. Ce texte parut en 2011 dans un numéro spécial intitulé « Autochtonie et peuples autochtones » de la revue *Littérama'ohi*[27] :

> D'après ce dont je me souviens, c'est vers la fin des années 80 que j'ai entendu pour la première fois ce mot « autochtone ». Ce qui m'étonne beaucoup, c'est à quel point son usage s'est répandu de nos jours. À l'époque on n'arrivait plus à comprendre qui on était exactement, où on était et comment on pouvait se situer par rapport à cette nouvelle expression : « autochtone ». Qui était vraiment cette personne qu'on appelle « autochtone » ?...
>
> À ce que j'ai compris, nous n'étions plus des Tahitiens, nous n'étions plus des Paumotu, nous n'étions plus des Mangaréviens, ni des Marquisiens, ni des habitants des Australes, ni des Maupiti, ni d'autres gens des îles sous le Vent, ni des Maiào, ni des « Mooréaniéens », cela signifiait que nous n'étions plus des Maóhi mais plutôt des autochtones, c'est-à-dire des gens du pays… Mais qui ? … D'où viennent-ils ? … Qui sont leurs parents ? … Toutes ces questions sont sans importance, ils sont nés dans le pays donc ce sont des gens du pays, il ne faut pas se poser de question, il ne faut pas chercher à comprendre, c'est ainsi…Mais peut-on se fier à cela ?

De façon très claire, Isidore Hiro se méfie de l'idée d'une identité autochtone puisqu'il s'agit à nouveau d'une identité qui leur est imposée de l'extérieur et qui contribue à effacer les particularités.

Pour lui, l'ambiguïté du mot « autochtone » tient aussi et peut-être surtout au fait qu'il peut être utilisé pour identifier deux catégories de personnes. Il établit ainsi dans son texte une distinction entre, d'un côté, ceux qu'il appelle les « autochtones natifs » et, de l'autre, ceux qu'il nomme les « autochtones de souche ». Selon la définition qu'il en donne, l'autochtone natif correspond à « quelqu'un qui est né dans notre pays. Mais ce qu'il faut préciser c'est que ce n'est pas une personne originaire de ce pays mais une personne dont les parents ou les ancêtres sont venus de l'extérieur[28] ». Il s'agit donc ici de descendants de ressortissants de la métropole (administrateurs et colons) venus s'installer dans la colonie et de descendants d'autres populations étrangères venus s'installer dans le « pays ». Par contraste, l'autochtone de souche est « originaire de ce pays, attaché au socle de sa terre, relié à ses ancêtres par son nom depuis la nuit des temps, depuis des générations et des générations jusqu'à ce jour. Cette personne-là a un lien avec sa terre, un lien avec sa généalogie et fait corps avec son pays[29] ».

---

[23] Assemblée générale des Nations Unies, intervention prononcée par le représentant de la France concernant la Déclaration sur les Droits des peuples autochtones (13 septembre 2007) http://www.gitpa.org/Processus%20GITPA%20200/gitpa%20200-2-DDPApositionfrance.pdf (consulté le 29 septembre 2019).

[24] Stéphanie Guyon et Benoît Trépied, « Les autochtones de la République. Amérindiens, Tahitiens et Kanak face au legs colonial français », dans Irène Bellier (dir.), *Peuples autochtones dans le monde. Les enjeux de la reconnaissance* (L'Harmattan, 2013), p.98-99.

[25] Benoît Trépied, « Une nouvelle question indigène outre-mer ? » (*La vie des idées.fr*, 15 mai 2012) http://www.laviedesidees.fr/Une-nouvelle-question-indigene.html#page (consulté le 29 septembre 2019).

[26] Bruno Saura, Tahiti Mā'ohi. Culture, identité, religion et nationalisme en Polynésie française (Au Vent des Îles, 2008).

[27] Isidore Hiro, « Autochtone suivi de Ta'ata Tumu » (2011) 19 *Littérama'ohi* 37.

[28] I. Hiro, (préc. n.27), p.38.

[29] *Id*.

Cette distinction qu'il établit entre « autochtones natifs » et « autochtones de souche » est fondamentale et, comme on peut le voir, a d'importantes implications politiques. La clé pour comprendre la distinction peut être trouvée dans la conception française de la citoyenneté et les débats publics qui l'entourent : la citoyenneté française se fonde sur le « droit du sol » (*jus soli*). Être un citoyen de la République française signifie donc être membre d'une communauté politique, laquelle n'a officiellement aucun fondement ethnique et n'a pas à voir avec l'ascendance et ce qui est connu comme le « droit du sang » (*jus sanguinis*)[30]. Être citoyen français implique donc l'idée, dans un certain sens, d'être « autochtone » en France, une idée qu'on entend dans les débats publics français, particulièrement à propos de l'immigration où on établit une distinction entre autochtones (donc citoyens) et immigrants[31]. Cette idée est aussi perpétuée par les métropolitains (certains) qui vivent dans les territoires d'outre-mer, ainsi que par leurs enfants qui y sont nés pour insister sur leurs droits d'y être et d'y vivre, d'où la nécessité, pour Isidore Hiro, de distinguer deux catégories d'« autochtones »[32].

1.2. LES CONSÉQUENCES DES POLITIQUES MÉTROPOLITAINES DE PEUPLEMENT

En Polynésie, ce qui vient spontanément à l'esprit des Polynésiens en entendant le mot « autochtone », c'est aussi le statut inférieur et les droits restreints des « indigènes » de l'Empire colonial français entre 1887 et 1946[33]. Ainsi, selon Vanina, une Tahitienne dans la cinquantaine, « la notion d'autochtone, [...] certains y voient encore un mot péjoratif[34] ». Être autochtone, c'est être un sous-homme, un citoyen de seconde zone. Cette association continue à être faite parmi les Polynésiens malgré la situation exceptionnelle dans tout l'Empire colonial français dont jouissait une grande partie d'entre eux. En effet, à la différence des Kanak qui reçurent le statut de sujet, lors de l'annexion d'une partie du territoire par la France en 1880, on attribua aux habitants de Tahiti et des autres dépendances du chef Pomare le statut de citoyen, ce qui leur permit de se prévaloir, en théorie, de pleins droits[35].

Il y a plus. Le poids démographique des ressortissants de la métropole (administrateurs et colons) dans la colonie, lequel peut être accru par l'« importation » de populations étrangères (travailleurs, bagnards, etc.), apparaît fondamental dans la configuration de la situation coloniale ainsi que dans les possibilités en vue de la sortie du colonial. De façon classique, on classe les colonies en deux ensembles disjoints. D'un côté, on retrouve les colonies dites d'exploitation, dans lesquelles les représentants de la métropole, toujours très minoritaires, exploitent les ressources naturelles et la main-d'œuvre du territoire conquis. De l'autre, on retrouve les colonies dites de peuplement, dans lesquelles est organisé le déplacement massif de ressortissants de la métropole en vue de constituer une nouvelle société, au détriment de l'élément autochtone appelé à disparaître. Dans le colonialisme

---

[30] Dominique Schnapper, *La Communauté des citoyens, sur l'idée moderne de nation*, coll. « NRF Essais » (Gallimard, 1994); Patrick Weil, *Qu'est-ce qu'un français ? Histoire de la nationalité française depuis la Révolution*, coll. « Folio Histoire » (Gallimard, 2005).

[31] Chantal Spitz, « Sommes-nous prêts à hériter de notre autochtonie ? » (2011) 19 *Littérama'ohi* 94, p.98; Au cours des dernières années, l'extrême droite en France métropolitaine a utilisé le terme « autochtone » dans un sens complètement différent pour exprimer des positions anti-immigration, distinguant deux classes de citoyens : ceux qui sont d'origine (ethnique) française – les autochtones – et ceux qui ne le sont pas. Cette distinction contrevient au principe d'égalité de tous les citoyens de la République française. L'autochtonie est ainsi souvent présentée en France comme synonyme d'exclusion, voire de communautarisme, c'est-à-dire d'isolationnisme ethnique ou de sectarisme, ou même d'indépendantisme, et on s'en méfie. Cette méfiance s'étend également à l'outre-mer français, même si un segment de la population locale appuie les positions de l'extrême droite par rapport aux immigrants. L'intensité du métissage, en particulier en Polynésie française, rend aussi pareille dichotomisation entre autochtones et non-autochtones plus problématique. Sachant en plus que l'indépendance, pour des segments de la population des territoires français d'Océanie, est associée à l'incertitude politique, à la pauvreté, au racisme, à l'exclusion, et même à des troubles civils et des conflits armés, à l'image de ce qui est arrivé dans certains États d'Océanie depuis leur indépendance, l'autochtonie souffre d'une perception négative de la part du grand public.

[32] Je n'ai pas vu, pour ma part, cette distinction être faite dans le contexte néo-calédonien.

[33] Isabelle Merle et Adrian Muckle, *L'Indigénat. Genèses dans l'Empire français. Pratiques en Nouvelle Calédonie* (CNRS Éditions, 2019).

[34] (*Tahiti*, mai 2007).

[35] Les dépendances s'étendaient sur un vaste territoire comprenant Mo'orea, Tetiaroa, Mehetia, l'archipel des Tuamotu, ainsi que Raivavae et Tubuai qui font partie de l'archipel des Australes. Les statuts de « sujets » et « citoyens » ne sont pas toujours corrélés à l'exercice effectif des droits associés à ces status dans les EFO (sur les droits politiques, voir Trémon, 2013). Des considérations racialistes, toujours opérantes dans les anciennes colonies malgré l'idéal républicain, « retravaillent » parfois les catégorisations. Dans le recensement de 1951, par exemple, pour ce qui est du dénombrement par nationalité, on distingue notamment les « Français » des « Océaniens citoyens français » (Teissier, 1953 : 10). Dans les archives coloniales, on retrouve aussi souvent l'utilisation du terme « citoyens indigènes » pour les distinguer des autres citoyens. Les effets concrets de ces distinctions restent à être fouillées.

de peuplement, les colons sont là pour de bon. Il faut donc « faire avec » et tenter, au mieux, d'établir des modalités du vivre-ensemble relativement satisfaisantes pour tous.

La Polynésie française fait partie du premier ensemble alors que la Nouvelle-Calédonie fait partie du deuxième. La Nouvelle-Calédonie, comme l'Algérie, « fut pensée dès les années 1860 comme une terre d'accueil pour une population française »[36]. La politique de colonisation de peuplement y fut réaffirmée à plusieurs reprises par la suite, soit dans les années 1950 en vue d'un développement agricole[37], puis à nouveau au début du boum du nickel au début des années 1970, alors que les premiers signes de la contestation kanak s'exprimaient. L'intention du premier ministre de l'époque, Pierre Messmer, est explicite à cet égard dans une lettre à son secrétaire d'État aux DOM-TOM, en date du 19 juillet 1972[38] :

> La Nouvelle-Calédonie, colonie de peuplement, bien que vouée à la bigarrure multiraciale, est probablement le dernier territoire tropical non indépendant au monde où un pays développé puisse faire émigrer ses ressortissants.
>
> Il faut donc saisir cette chance ultime de créer un pays francophone supplémentaire. La présence française en Calédonie ne peut être menacée, sauf guerre mondiale, que par une revendication nationaliste des populations autochtones appuyées par quelques alliés éventuels dans d'autres communautés ethniques venant du Pacifique.
>
> À court et moyen terme, l'immigration massive de citoyens français métropolitains ou originaires des départements d'outre-mer (Réunion) devrait permettre d'éviter ce danger en maintenant et en améliorant le rapport numérique des communautés.

Cette dernière « vague de peuplement augmenta significativement la population de la Nouvelle-Calédonie, faisant basculer [définitivement] le peuple kanak dans la minorité numérique[39] ». Les Kanak ne représentent aujourd'hui qu'environ 40% de la population de la Nouvelle-Calédonie[40]. Cette situation est très différente de celle de la population aux origines autochtones en Polynésie française qui représente plus de 80 % de la population[41].

C'est d'ailleurs dans ce contexte de minorisation que, dès 1975, les indépendantistes kanak réclamèrent un référendum sur l'autodétermination. En 1983, une première négociation entre le FI et la France eut lieu à Nainville-les-Roches, à laquelle participèrent également les partis représentant les non-indépendantistes, majoritairement composés de descendants européens. C'est à ce moment que les Kanak du FI acceptèrent de reconnaître que les « victimes de l'histoire », c'est-à-dire les descendants de bagnards, communards, colons ou encore des travailleurs des mines d'origine asiatique ou océanienne, ont le droit de se prononcer lors d'un éventuel référendum d'autodétermination. Ce moment marqua un tournant à au moins deux égards : se posa dès lors la question de définir qui vote et, comme l'a souligné l'anthropologue Stéphanie Graff, « [o]n bascule […] de la question de l'autodétermination du peuple kanak à celle de l'ensemble du territoire de Nouvelle-Calédonie puisque toute sa population est concernée, "pour des raisons historiques"[42] ». Dans la déclaration qui fut rédigée au sortir de cette négociation, l'expression « victimes de l'histoire » fut remplacée par celle, beaucoup plus inclusive, d'« autres ethnies », ce qui, toujours selon Graff, fut « la base de toutes les polémiques à venir sur la définition du corps électoral[43] ».

---

[36] Isabelle Merle, « La Nouvelle-Calédonie, terre d'expériences coloniales » (2013) 65 *Hermès* 50, p.50.
[37] Stéphanie Graff, « Colonisation de peuplement et autochtonie : réflexions autour des questions d'autodétermination, de décolonisation et de droit de vote en Nouvelle-Calédonie » (2017) 91 *Mouvements* 24, p.25.
[38] « Kanaky. Une lettre oubliée de Pierre Messmer » (*Rebellyon,* 19 juillet 2019) https://rebellyon.info/Kanaky-une-lettre-oubliee-de (consulté le 29 septembre 2019).
[39] S. Graff, « Colonisation de peuplement et autochtonie : réflexions autour des questions d'autodétermination, de décolonisation et de droit de vote en Nouvelle-Calédonie » (préc. n.37) p.26.
[40] Adrian Muckle et Benoît Trépied, « Les transformations de la « question métisse » en Nouvelle-Calédonie (1853-2009) » (2014) 38 *Anthropologie et Sociétés* 89; Les personnes s'identifiant comme Kanak représentent 40,3 % de la population, celles s'identifiant comme Européens, 29,2 %, celles s'identifiant comme Wallisiens et Futuniens, 8,7% et celles s'identifiant comme « métis » ou se disant appartenir à plusieurs « communautés », 8,3%. Cette dernière catégorie était nouvelle dans le recensement de 2009. Voir *Institut de la statistique et des études économiques Nouvelle-Calédonie,* 2009, http://www.isee.nc.
[41] Ce pourcentage provient du recensement de 1988, le dernier à avoir mesuré l'identité ethnique. Selon ce recensement, environ 12 % de la population seraient d'origine européenne et environ 5 % seraient d'origine asiatique, principalement d'origine chinoise.
[42] S. Graff, « Colonisation de peuplement et autochtonie : réflexions autour des questions d'autodétermination, de décolonisation et de droit de vote en Nouvelle-Calédonie » (préc. n.37) p. 27.
[43] *Id*., p. 28.

Avec l'Accord de Matignon, il fut convenu que les « populations intéressées » à l'avenir du territoire seraient les seules à être habilitées à se prononcer lors des scrutins déterminants pour l'avenir de la Nouvelle-Calédonie, ce qui comprenait les élections au congrès de la Nouvelle-Calédonie et aux assemblées de province ainsi que le scrutin d'autodétermination. L'Accord de Nouméa définit par la suite une « citoyenneté néo-calédonienne » qui circonscrit la « communauté de destin » et fonda « les restrictions apportées au corps électoral pour les élections aux institutions du pays et pour la consultation finale[44] ». La restriction du corps électoral pour les élections aux institutions du pays est un point fondamental de l'Accord de Nouméa sur lequel se fonde la définition de la citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie, laquelle pourra se transformer en nationalité si la consultation sur la pleine souveraineté aboutissait à l'indépendance du territoire[45]. Le critère retenu restreignant le corps électoral fut la source de vifs conflits. En effet, les indépendantistes et les non-indépendantistes ne s'entendaient pas relativement au critère des dix ans de domiciliation en continu en Nouvelle-Calédonie pour être inscrit sur la liste électorale spéciale pour les élections provinciales (LESP)[46] : les indépendantistes défendaient l'idée d'un corps électoral « gelé » comprenant uniquement les personnes présentes en Nouvelle-Calédonie avant la signature de l'Accord de Nouméa et pouvant justifier une résidence de dix ans, alors que les non-indépendantistes défendaient l'idée d'un corps électoral « glissant », comprenant toutes les personnes qui peuvent justifier une résidence de dix ans en continu. Du côté des indépendantistes, l'enjeu important était d'éviter que l'immigration augmente encore le déséquilibre à l'encontre de la population kanak minoritaire[47]. La loi constitutionnelle 2007-237 du 23 février 2007 a finalement établi le gel du corps électoral.

En vue du référendum qui eut lieu le 4 novembre 2018, la question du corps électoral fut à nouveau l'objet de débats. Il était clair dans la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie que la question de l'indépendance serait tranchée par le corps électoral constitué des personnes de statut civil coutumier (des Kanak), des natifs de Nouvelle-Calédonie ainsi que des non-natifs pouvant justifier d'une durée de 20 ans de domicile continu en Nouvelle-Calédonie au plus tard au 31 décembre 2014 ou ayant été admis à la consultation du 8 novembre 1998, ce qui suppose d'avoir pu justifier de dix ans de résidence à cette date-là. Diverses irrégularités furent cependant constatées et dénoncées ces dernières années quant à la liste électorale spéciale de consultation (LESC). Une d'entre elles concernait 20 000 Kanak qui n'auraient pas été inscrits du tout sur la liste électorale générale (LEG, permettant de voter aux scrutins nationaux, soit les élections présidentielles, législatives, européennes) qui est un préalable pour être inscrit sur la liste spéciale permettant de voter lors du référendum d'autodétermination. Cette situation serait due à plusieurs facteurs : au fait qu'un certain nombre de Kanak ne se sentent pas concernés par les élections françaises en général et ne se sont donc jamais fait inscrire sur la liste générale, au fait que des jeunes Kanak se font refuser l'inscription pour manque d'éléments à leurs dossiers et à la partisannerie des membres des commissions administratives spéciales[48]. Un « accord politique » fut finalement obtenu à l'issue d'une réunion du comité des signataires de l'Accord de Nouméa le 2 novembre 2017[49] , lequel fut entériné une vingtaine de jours plus tard par un vote à l'unanimité (sauf 2 abstentions) du Congrès de la Nouvelle-Calédonie sur le projet de modification de la loi organique. Avec l'adoption de la loi organique du 19 avril 2018 relative à l'organisation de la consultation sur l'accession à la pleine souveraineté de la Nouvelle-Calédonie, environ 11 000 natifs de Nouvelle-Calédonie furent ajoutés à la liste spéciale, soit environ 7 000 de statut civil

[44] *Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998*, JO nº 121, p.8039, préambule.

[45] S. Graff, « Colonisation de peuplement et autochtonie : réflexions autour des questions d'autodétermination, de décolonisation et de droit de vote en Nouvelle-Calédonie » (préc. n. 37); Mathias Chauchat, « La citoyenneté calédonienne » (2007) 23 *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 56.

[46] *Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie*, JO, 19 mars 1999.

[47] Sur les enjeux de « rééquilibrage » entre communautés, incluant dans sa dimension démographique, Jean-Louis Rallu indique notamment que « le développement économique induit par les accords de Matignon a entraîné une augmentation nette de 7 670 emplois masculins et 6 370 emplois féminins entre 1988 et 1996. Mais, selon le recensement, près de 8 000 migrants nets, principalement Européens et très secondairement Wallisiens, sont entrés sur la période ». Jean-Louis Rallu, « Retour sur les notions de "rééquilibrage" et "décolonisation" » (2018) 147 *Journal de la Société des Océanistes* 397, p. 399.

[48] S. Graff, « Colonisation de peuplement et autochtonie : réflexions autour des questions d'autodétermination, de décolonisation et de droit de vote en Nouvelle-Calédonie » (préc. n.37), p. 32-33; M. Chauchat (préc. n.45).

[49] Des mécontentements ont persisté malgré tout au sein de la population néo-calédonienne.

coutumier et 4 000 de statut civil de droit commun pouvant justifier d'une résidence de trois ans en Nouvelle-Calédonie[50].

Au final, 175 000 personnes furent appelées à se prononcer le 4 novembre 2018 sur l'avenir de la Nouvelle-Calédonie[51]. À la question « Voulez-vous que la Nouvelle-Calédonie accède à la pleine souveraineté et devienne indépendante ? », elles ont répondu « non » à hauteur de 56,4 % et « oui » à 43,6%, soit 18 000 voix d'écart. Pour les indépendantistes, il s'agissait malgré tout d'une première bataille de gagnée puisque selon les sondages, les commentateurs politiques avaient annoncé une victoire écrasante du « non » à hauteur de 70 %[52]. Ce qui fut également réjouissant fut la participation historique au scrutin à hauteur de 80,63 % des inscrits. Trépied indique que les Néo-Calédoniens « ont donné une ampleur sans précédent au vote – aucun autre référendum local ou national n'a jamais mobilisé une telle proportion d'électeurs dans l'archipel ». Il mentionne encore que « [s]elon toute vraisemblance, les partisans de l'indépendance restent très majoritairement kanak et ceux du maintien dans la France très majoritairement non-kanak[53] ». Cette conclusion ressort de l'analyse des résultats par commune, celles comptant une forte majorité d'électeurs kanak ayant montré une forte majorité en faveur de la pleine souveraineté, alors que celles comptant une forte majorité non-kanak ont aussi largement voté en faveur du maintien de la Nouvelle-Calédonie dans la République[54]. Les résultats confirment par ailleurs que l'élan indépendantiste des Kanak ne s'est pas essoufflé malgré l'amélioration de leurs conditions socio-économiques au cours des dernières décennies et la diversification de leurs trajectoires sociales (salarisation, scolarisation accrue, urbanisation, etc.)[55].

Au lendemain de ce premier référendum, les indépendantistes se sont donc empressés de mobiliser leurs troupes et d'en appeler aux électeurs en vue du second référendum qui se tiendra le 6 septembre 2020. Un des enjeux pour les indépendantistes sera de convaincre les 34 000 abstentionnistes du référendum de 2018 – notamment ceux en nombre relativement élevés des îles Loyauté (Maré, Lifou et Ouvéa), fief traditionnellement indépendantiste peuplé presqu'exclusivement de Kanak[56] – d'aller voter. Il s'agira également sûrement pour eux de tenter à nouveau de convaincre des non-Kanak de se joindre au camp indépendantiste.

En tenant compte des éléments de contexte décrits ici, une chose est certaine en dépit de l'optimisme suscité par le résultat du référendum de 2018 et la place que les Kanak ont acquise ces dernières décennies au sein des institutions et de leur participation à la gouvernance : la voie de l'accession à la pleine souveraineté est pavée d'obstacles et les Kanak peuvent difficilement y parvenir seuls en constituant seulement 40 % de la population, ce qui se traduit dans les faits par 18 000 voix de moins que les non-Kanak au sein du corps électoral référendaire[57], d'autant plus qu'ils sont divisés entre eux sur la question[58]. C'est d'ailleurs bien le sens des réflexions autour du « destin commun[59] » des dernières années.

---

[50] « Nouvelle-Calédonie. Le référendum d'autodétermination du 4 novembre 2018 » (*Vie* publique, 15 février 2019) https://www.vie-publique.fr/actualite/dossier/nouvelle-caledonie/nouvelle-caledonie-referendum-autodetermination-du-4-novembre-2018.html (consulté le 30 mai 2020).

[51] 35 000 citoyens français inscrits sur la LEG et installés dans l'archipel après 1994 ne rencontraient pas les critères pour être inscrits sur la LESC. Voir B. Trépied, « Nouvelle-Calédonie : un référendum qui ne clôt pas la lutte pour l'indépendance », (préc. n. 5).

[52] B. Trépied, « Nouvelle-Calédonie : un référendum qui ne clôt pas la lutte pour l'indépendance » (préc. n. 5); Isabelle Leblic, « Vous avez dit "rééquilibrage" et décolonisation ? Retour sur 40 ans de va-et-vient institutionnels sur souveraineté et colonialisme en Nouvelle-Calédonie (1980-2018) » (2018) 147 *Journal de la Société des Océanistes* 329.

[53] B. Trépied, « Nouvelle-Calédonie : un référendum qui ne clôt pas la lutte pour l'indépendance » (préc. n. 5).

[54] Arnaud Huc et Camille Martin, « Le référendum d'autodétermination du 4 Novembre 2018 en Nouvelle-Calédonie. Une vie politique figée ? » (2019) 50 *Pôle Sud* 139; Jean-Christophe Gay, « L'autodétermination pour solder la colonisation : le cas de la Nouvelle-Calédonie » vol. 36 (*L'Espace Politique*, 2018), http://journals.openedition.org.acces.bibl.ulaval.ca/espacepolitique/5856 (consulté le 29 septembre 2019).

[55] B. Trépied, « Nouvelle-Calédonie : un référendum qui ne clôt pas la lutte pour l'indépendance » (préc. n. 5).

[56] Le taux de participation y fut seulement de 59 %, 9000 inscrits de cet archipel n'ayant pas exercé leur droit de vote. Voir B. Trépied, « Nouvelle-Calédonie : un référendum qui ne clôt pas la lutte pour l'indépendance » (préc. n. 5).

[57] B. Trépied, « Nouvelle-Calédonie : un référendum qui ne clôt pas la lutte pour l'indépendance » (préc. n. 5).

[58] Il existe en effet une « minorité kanak « loyaliste » stable ». Benoît Trépied, « Chefferie, bétail et politique: Un notable kanak contre la revendication d'indépendance en Nouvelle-Calédonie » (2013) 55 *Anthropologica* 335. L'option indépendantiste a reçu un fort soutien aux élections de la part des électeurs kanak au fil du temps, soit entre 70 et 80 % des votes. Voir E. Soriano, (préc. n.19).

[59] *Elsa Faugère et Isabelle Merle (dir.),* La Nouvelle-Calédonie vers un destin commun, (Éditions Karthala, *2010);* Caroline Graille, « Passions identitaires et communauté de destin : une utopie calédonienne ? » (2018) 147 *Journal de la Société des Océanistes* 35; Pierre-

C'est aussi, à mon avis, une des raisons motivant l'exploration de nos jours de la stratégie autochtone par un segment de la population kanak. Pour un certain nombre d'entre eux, dans le contexte démographique qui est le leur, il s'agit de s'assurer, au mieux, de la reconnaissance et de la prise en compte de leurs coutumes et de leurs langues et de l'existence de dispositifs garantissant leur représentativité dans les divers secteurs de la société néo-calédonienne de demain.

2. L'ÈRE NOUVELLE DE L'ACCORD DE NOUMÉA

L'Accord de Nouméa de 1998, « explicitement défini dans son préambule comme un accord de "décolonisation"[60] » a d'ailleurs rendu possible l'émergence de revendications autochtones à au moins trois titres. D'abord en reconnaissant officiellement « l'identité kanak » et en renforçant le poids des autorités, des terres et du droit coutumiers, il a initié un ensemble de mesures concernant la promotion d'institutions et de structures qualifiées de « coutumières », dont la création d'un Sénat coutumier[61]. Ensuite, en ouvrant la voie à des opérations industrielles minières de grande envergure dans le cadre du rééquilibrage économique entre les Provinces, il suscita des préoccupations environnementales sans précédent. Enfin, en faisant passer les militants du FLNKS du statut d'activistes à celui d'élus et de gestionnaires des institutions – le redécoupage en 3 provinces fit en effet en sorte qu'aujourd'hui, les indépendantistes sont à la gouverne des provinces Nord et des îles –, il suscita une reconfiguration des rapports de pouvoir dans le champ de la représentation du « peuple kanak ».

On a en effet assisté, ces dernières années, à la montée d'une contestation de la légitimité des élus à parler au nom du peuple kanak, de la part des « coutumiers » dont la représentation est renforcée par l'Accord de Nouméa[62]. Cet extrait d'un communiqué de l'association Rhéébù Nùù émis en mai 2006 dans le contexte de la création de la nouvelle usine de raffinage de nickel est éclairant quant au conflit de légitimités entre élus et coutumiers qu'il met en exergue :

> Posez-vous la question : quel élu, quel président, quel maire, quel parti politique sera capable demain de se lever et de dire stop à la pollution, stop au pillage de notre richesse quand le mal sera fait et quand l'usine fonctionnera ? [...] Les élus ont une responsabilité partielle correspondant à leur mandat. Les chefferies et les clans auront à rendre des comptes dans plus de cent ans encore à leurs descendants et aux générations futures.

Demmer et Salomon remarquent que ces coutumiers « sont plutôt hostiles à la lutte pour l'indépendance, qu'ils accusent d'avoir provoqué une « perte de repères des jeunes », et plus largement d'avoir remis en question un certain ordre moral et politique en tribu[63] ». Cette situation n'est pourtant pas totalement nouvelle. Dans les années 1980, la différence « mélanésienne » et la coutume, à travers des projets de « Conseil consultatif coutumier » ou de « conseil des Grands Chefs », furent promues par l'État et les partis loyalistes en opposition à l'affirmation indépendantiste dans une dynamique plus large de délégitimation des élus kanak. Cette promotion aurait d'abord été le fait de certains coutumiers kanak loyalistes qui devaient, historiquement, leur pouvoir aux structures d'administration indirecte mises en place pendant la colonisation[64].

Le succès des droits autochtones est particulier au contexte néo-calédonien. Il n'existe pas d'équivalent polynésien du « statut civil particulier » ou « statut coutumier » dont peuvent se prévaloir les Kanak en vertu de l'article 75 de la Constitution. En Polynésie française, le Code civil s'applique dans une grande partie du territoire depuis 1860 et à tous, depuis 1945, se substituant aux codes indigènes là où ils subsistaient encore. En Polynésie française, il n'y a pas non plus de reconnaissance similaire à celle accordée par l'Accord de Nouméa à l'identité

Yves Le Meur, « Le destin commun en Nouvelle-Calédonie : entre projet national, patrimoine minier et désarticulations historiques » (2017) 91 *Mouvements* 35; Marie Salaün et Jacques Vernaudon, « La citoyenneté comme horizon : Destin commun, demande sociale et décolonisation de l'école en Nouvelle-Calédonie aujourd'hui » (2009) 33 *Anthropologie et Sociétés* 63.

[60] Stéphanie Guyon et Benoît Trépied, « Les autochtones de la République. Amérindiens, Tahitiens et Kanak face au legs colonial français », dans Irène Bellier (dir.), *Peuples autochtones dans le monde. Les enjeux de la reconnaissance* (L'Harmattan, 2013) p. 109.

[61] *Id*., p.110.

[62] Christine Demmer et Christine Salomon, « À propos du Sénat coutumier. De la promotion mélanésienne à la défense des droits autochtones », dans Christine Demmer et Benoît Trépied (dir.), *La coutume kanak dans l'État. Perspectives coloniales et postcoloniales sur la Nouvelle-Calédonie*, vol. 3, coll. « Cahiers du Pacifique sud contemporain », hors-série (L'Harmattan, 2017).

[63] *Id*., p. 131-32.

[64] *Id*.

et à la coutume kanak en Nouvelle-Calédonie. Ceci, en conjonction avec les autres facteurs que j'ai énumérés dans cet article et un attachement d'une majorité de Polynésiens, comme j'ai pu le constater sur le terrain, à certaines valeurs « modernes » et républicaines – comme l'égalité et la démocratie –, me semble d'ailleurs apporter des explications au peu de succès rencontré par certaines initiatives locales faites au nom des droits des autochtones. Je pense, par exemple, à l'opposition très importante au mouvement à la fois coutumier et royaliste animé par le Tahitien Joinville Pomare visant notamment à rétablir la royauté des Pomare, dynastie qui régnait sur Tahiti et ses dépendances au moment de l'annexion par la France, et à instaurer des institutions telles qu'un conseil coutumier royal ou un sénat coutumier et des tribunaux indigènes en matière foncière[65]. Ces initiatives s'inspirent largement de ce qui se fait en Nouvelle-Calédonie et des échanges avec des Kanak ainsi qu'avec des Māori de Nouvelle-Zélande.

CONCLUSION

La pertinence de l'identité « autochtone » et de la « stratégie autochtone » ne va pas de soi. Dans des contextes locaux particuliers, elles peuvent être des sources importantes d'inconfort ou même d'inquiétude pour une partie de la population – c'est le cas en Polynésie française –, ce qui souligne la nécessité de tenir compte de la spécificité des contextes historiques, sociaux et politiques dans toute analyse s'intéressant à l'autochtonie, c'est-à-dire des spécificités de la situation coloniale. L'identité en tant qu'autochtone est largement relationnelle et elle devient – ou non – une catégorie d'identification et la voie de la revendication de droits autochtones une stratégie attrayante dans des contextes de luttes bien particuliers. Ceux des populations colonisées des territoires français d'Océanie diffèrent de façon radicale de ceux d'autres groupes qui sont emblématiques de la catégorie « peuples autochtones », notamment dans les États issus de l'ancien Empire britannique. De façon intéressante, les deux situations que j'ai présentées ici révèlent l'ambivalence de la stratégie autochtone qui permet à la fois de s'aménager des zones de souveraineté en situation coloniale tout en reconduisant, en partie, cette même situation. Cette ambivalence ne traduirait-elle pas alors un certain échec politique ?

[65] Bruno Saura, Tahiti Mā'ohi. Culture, identité, religion et nationalisme en Polynésie française, (Au Vent des Îles, 2008); Bruno Saura, « Le mouvement royaliste et coutumier contemporain en Polynésie française : de l'étranger-roi à l'autochtone souverain? », dans Natacha Gagné et Marie Salaün (dir.), *Visages de la souveraineté dans le Pacifique*, vol. 6, coll. « Cahiers du Pacifique Sud contemporain » (L'Harmattan, 2010) p. 159-183; Bruno Saura, *Histoire et mémoire des temps coloniaux en Polynésie française* (Au vent des îles, 2015).

AUTO-DÉTERMINATION DES MAORI
ET LA POLITIQUE DE LA SOUVERAINETÉ CONTEMPORAINE

Dominic O'Sullivan
Université Charles Sturt

INTRODUCTION

L'État de la Nouvelle-Zélande est fondé sur un traité signé en 1840 où les chefs des Tribus Unies de la Nouvelle-Zélande ont accordé à la Couronne britannique le droit d'établir un gouvernement pour les colons britanniques. En retour, la Couronne britannique s'est engagée à protéger les intérêts des Maoris vis-à-vis de leurs terres, de leurs ressources et de leur accorder les droits et les privilèges de sujets britanniques[1].

Depuis, les Maoris ont toujours contesté la prétention des gouvernements britanniques, et néo-zélandais par la suite, que le Traité était un acte cédant leur souveraineté. En 2015, le Tribunal Waitangi (expliqué à la page 2) a affirmé cette position des Maoris. Il a laissé cependant sans réponse des questions sur la caractérisation de la souveraineté contemporaine : Est-ce que les souverainetés des Maoris et de la Couronne entrent en conflit? La démocratie libérale peut-elle permettre des autorités différenciées? La démocratie libérale peut-elle concevoir une citoyenneté maorie qui existe simultanément au sein de l'État et au-delà de lui à travers une autorité exercée par des nations tribales? Cette citoyenneté maorie pourrait-elle représenter une autorité souveraine? Si la souveraineté n'était pas cédée, quelle autorité politique peuvent réclamer les Maoris contemporains, c'est-à-dire quelle autorité politique appartient de droit à la Couronne et quelles sont les relations entre ces deux entités d'autorité?

Ce chapitre maintient que la souveraineté n'est pas un lieu absolu, incontestable ou indivisible d'autorité politique. La souveraineté peut découler d'une citoyenneté différenciée libérale de façon à réaliser les promesses du Traité. Ce chapitre montre aussi pourquoi la proposition maorie pour un modèle binational de souverainetés distinctes Maori et Pakeha (les Néo-Zélandais de descendance anglo-céltique) ne maximise pas l'autorité politique que les Maoris peuvent raisonnablement réclamer. Néanmoins, la décision du tribunal a donné l'élan pour une reconfiguration de la souveraineté publique néo-zélandaise.

1. LA SOUVERAINETÉ

Le gouvernement néo-zélandais interprète la proposition stipulant que le Traité n'était pas une cession de souveraineté comme si la souveraineté nationale réside en la « Couronne en Parlement ». Les positions maories sont basées généralement sur la séparation du droit de gouverner (*kawanatanga*), appartennant à la Couronne, et le droit d'exercer une autorité politique exclusive sur leurs propres affaires (*rangatiratanga*) appartenant aux Maoris[2]. Entre 1840 et 1975, cette distinction n'était pas admise par la Couronne. Celle-ci ne reconnaissait pas le caractère légal du Traité ni qu'il aurait dû exercer une influence sur la politique publique. Le Traité était d'« une nullité légale », selon la Cour suprême en 1877, puisqu'il n'avait pas le soutien législatif [3].

En 1975, l'*Acte du Traité de Waitangi* a établi un tribunal pour résoudre les plaintes contre la Couronne concernant les violations des termes du Traité. N'importe quel individu ou groupe de Maoris pouvait déposer une plainte concernant une violation actuelle. En 1985, cette reconnaissance sans précédent du Traité a été étendue pour permettre au tribunal Waitangi de juger des plaintes historiques, soit celles à partir de la signature du Traité en 1840. Depuis son existence, le Traité a acquéri une importante signification morale, jurisprudentielle et politique. En 2018, il a donné un contexte et une force à la voix politique maorie [4]. Cependant, l'idée que le Traité cédait la souveraineté à la Couronne reste un point non résolu et contesté. Il a resurgi de nouveau dans le débat

[1]Claudia Orange, *The Treaty of Waitangi* (Port Nicholson Press, 1987).
[2] Dominic O'Sullivan, *Indigeneity: a politics of potential - Australia, Fiji and New Zealand* (Policy Press, 2017).
[3] C. Orange (préc. n. 1).
[4] D. O'Sullivan (préc. n. 2).

politique quand le Tribunal a accepté, en 2015, la proposition de la tribue Ngapuhi affirmant que le Traité n'était pas une cession de souveraineté. Le tribunal a déterminé que[5]:

1. Les Rangatiras qui ont signé *te Tiriti o Waitangi* en février 1840 n'ont pas cédé leur souveraineté à la Grande-Bretagne, c'est-à-dire, qu'ils n'ont pas cédé l'autorité de faire et d'imposer la loi sur leur peuple ou leurs territoires;
2. Les Rangatiras se sont mis d'accord pour partager le pouvoir et l'autorité avec la Grande-Bretagne. Ils se sont mis d'accord pour octroyer au gouverneur l'autorité de contrôler les sujets britanniques en Nouvelle-Zélande, et ainsi garder la paix et protéger les intérêts des Maoris;
3. Les Rangatiras ont consenti au Traité tout en croyant qu'ils étaient des égaux avec le gouverneur, bien qu'ils aient des rôles différents et des sphères d'influence différentes. Les détails pratiques de cette relation, surtout les situations où les populations maories et européennes s'entremélangeaient ensemble, restaient à négocier à l'avenir selon chaque cas particulier;
4. Les Rangatiras se sont mis d'accord pour enregistrer la vente des terrains avec la Couronne, et la Couronne a promis d'enquêter sur les ventes de terrains avant le Traité, et à rendre aux Maoris les terrains qui n'avaient pas été acquis justement; et
5. Les Rangatiras paraissent s'être mis d'accord à ce que la Couronne les protège en cas de menaces de l'étranger et les représente dans des affaires internationales, où cela était nécessaire.

Les Ngapuhis, et d'autres Maoris, ont affirmé que le jugement confirmait leurs positions longuement tenues. Par contre, le Ministre pour les négociations du Traité de Waitangi a soutenu qu'« [i]l n'est pas question que la Couronne ait souveraineté en Nouvelle-Zélande[6] ».

L'ancien premier ministre et constitutionnaliste, Geoffrey Palmer, a soutenu que la conclusion du tribunal présente peu d'implications légales et qu'il est peu probable qu'elle influence le mode d'interprétation du Traité. Il est important pour la politique contemporaine de déterminer si la souveraineté doit appartenir aux Maoris ou uniquement à la Couronne, et si la souveraineté est un indicateur fluide et évolutif de l'autorité politique, largement dispersée et exercé. De même, si la souveraineté appartient, même seulement en partie, à la Couronne, doit-on établir ce qu'est la Couronne (qui ou quoi)? Les Maoris peuvent-ils simultanément faire partie de la Couronne et être distincts d'elle?

La souveraineté est complexe, compliquée et contestée. Cette notion est modifiée au rythme des changements d'autorités publiques au pouvoir. Celles-ci évoluent selon le temps et le contexte, selon les mœurs du peuple et les contraintes, et selon les opportunités politiques et économiques. La souveraineté n'est pas simplement un ensemble de droits exercés une fois par les peoples indigènes, repris par les colons, et récupérés à travers une résistance indigène continue.

La présomption à l'effet d'une souveraineté exclusive à l'État, est une stratégie politique de l'autorité coloniale, mise en balance avec la compréhension des Maoris de la souveraineté comme un référentiel du droit existant à l'autodétermination. C'est à ce but qu'une souveraineté contemporaine, fondée sur la citoyenneté libérale différenciée, peut être conceptualisée pour empêcher la règle majoritaire débridée et promouvoir une communauté politique inclusive, c'est-à-dire où les pouvoirs politiques substantiels sont partagés et dispersés entre les acteurs maoris et étatiques. La politique alternative d'exclusion peut créer, comme critère à la participation démocratique, une identité culturelle post-coloniale, au lieu de la citoyenneté.

La politique néo-zélandaise est stable et ordonnée. L'environnement politique est propice à l'exploration de nouvelles possibilités théoriques, y compris l'argument avançant que si la souveraineté est l'autorité politique collective du peuple, une ethnicité indigène ne peut pas être un motif d'exclusion. Selon la démocratie libérale, les gens ne devraient pas s'attendre à une exclusion perpétuelle. La vigilance pour des opportunités nouvelles et

---

[5] Waitangi Tribunal, 2015, *Te Paparahi o te Raki Reports* http://www.waitangitribunal.govt.nz (consulté le 28 mai 2020).

[6] Dean Nathan, « Finlayson dismisses findings of Waitangi Tribunal report » (*Maori Newa*, 17 novembre 2014) http://www.maoritelevision.com/news/regional/finlayson-dismisses-findings-waitangi-tribunal-report (consulté le 28 mai 2020).

différentes fait partie de ce que cela signifie qu'être un peuple autodéterminant, soit un peuple capable d'influencer ses relations avec l'État tout en étant citoyen de l'État. Son caractère relatif et relationnel signifie que dans une démocratie libérale, il n'y a pas de souveraineté absolue, exclusive ou sans contrainte. La question politique ne porte pas sur l'enjeu de l'usurpation de la souveraineté, si sa distribution peut être rendue justement.

Pour que la conclusion du tribunal ait une influence sur les capacités politiques maories, il doit tout d'abord y avoir une clarté conceptuelle et une certitude politique sur la signification du concept de souveraineté. Cela soulève aussi la possibilité du besoin de penser à la souveraineté au-delà de l'État, à l'intérieur de lui ainsi que dans des entités tribales. À cause des droits indigènes existants, l'État ne peut pas, avec une légitimité morale, définir les agendas et les droits politiques de façon unilatérale. Les sociétés libérales jouissent d'une grande latitude dans la répartition de la souveraineté. La mesure dans laquelle les Maoris s'immiscent dans ces discours permet de déterminer la mesure dans laquelle ils peuvent exercer un droit significatif à l'autodétermination et construire des arrangements politiques, sociaux et culturels pour eux-mêmes.

La souveraineté partagée ne perturbe pas la citoyenneté égale et universelle. Elle n'est pas un droit à l'avantage des Maoris sur les autres en tant que politique normative, mais une demande d'inclusion substantielle[7]. C'est seulement dans des conditions d'agence délibérative égale que l'idéal démocratique de Waldron peut admettre que: « Votre liberté consiste dans le fait que vous avez une voix garantie dans le souverain, que vous pouvez être entendu, et que vous avez un rôle à jouer dans la prise de décision[8] ». Sous ces conditions, la souveraineté est équipée pour reconnaître les revendications maories distinctives, pas en tant que partenaire au Traité junior à la Couronne, mais en tant que participants égaux dans un Commonwealth. En positionnant les différents acteurs au sein d'un Commonwealth dans lequel la souveraineté est acquise, on ne peut pas confondre la Couronne pour la politique Pakeha[9].

2. LA CITOYENNETÉ LIBÉRALE DIFFÉRENCIÉE

La citoyenneté libérale différenciée est un concept qui reconnaît que la souveraineté est dispersée entre de nombreux sites d'autorité politique. En réponse à Tully, elle démontre qu'il existe un recours dans la théorie démocratique libérale « pour penser aux possibilités d'une relation non-coloniale entre les peuples indigènes et non indigènes[10] ». Il y a des possibilités pour les Maoris d'exercer la souveraineté en tant que membres d'un État démocratique libéral et aussi en tant que membres d'entités tribales indépendantes revendiquant des droits d'autochtonie existants, c'est-à-dire revendiquer la rétention certaine et substantielle des droits énoncés dans le Traité. De ce point de vue, le concept de la souveraineté de l'État sur les sujets autochtones est réduit pour permettre aux peuples autochtones de bénéficier de l'adhésion collective et aussi individuelle de la communauté politique.

La souveraineté partagée signifie que la politique libérale est plus compliquée que la proposition de Waldron. Cette proposition est à l'effet que « le devoir général d'un gouvernement de rendre justice à toutes les personnes vivant dans un territoire n'est pas écrasé par un devoir spécial envers ceux des habitants qui peuvent revendiquer une ascendance autochtone[11] ». Une politique d'auto-détermination indigène doit se concentrer non pas sur ce que les gouvernements « doivent » aux peuples autochtones en justice, mais sur ce que les peuples autochtones se « doivent » envers eux-mêmes. Les manières dont la souveraineté nationale est comprise et les moyens par lesquels on distribue la capacité politique sont importants pour comprendre qui appartient à la communauté politique et comment ces groupes y appartiennent. En mettant l'accent sur les Maoris plutôt que sur l'auto-détermination en vertu d'une souveraineté exclusive de la Couronne, les concepts d'autorité politique et de possibilité politique peuvent être envisagés de manière plus large, plus complexe et plus utile pour une politique

---

[7] Jeremy Waldron, « Indigeneity? First Peoples and Last Occupancy » (2003) 1 *New Zealand Journal of Public and International Law* 55.
[8] Charles Taylor, « Democratic Exclusion (and Its Remedies?) » dans Alan Cairns, John Courtney, Peter MacKinnon, Hans Michelmann et David Smith (éd.), *Citizenship, Diversity and Pluralism: Canadian and Comparative Perspectives* (McGill-Queen's University Press, 1999) p. 267.
[9] Dominic O'Sulivan (préc. n. 2).
[10] James Tully, *Political theory and the rights of indigenous peoples* (Cambridge University Press, 2000) p. 50.
[11] *Id*., p.36-59.

d'indigénéité. Pour les Maoris, l'État s'est développé en une institution de pouvoir coercitif extraordinaire. L'État n'est ni fixe ni constant dans les fonctions qu'il maintient et dans sa distribution de pouvoirs. Repenser la nature de la souveraineté est potentiellement transformateur parce que cela signifierait que l'État porte une attention particulière à la façon dont les décisions sont prises, de manière que les attentes face à la participation des Maoris soient légitimes et sûres. Tout cela implique un ordre politique où des parties égales établissent des termes justes d'association pour diriger la relation bénéfique et respectueuse que le Traité lui-même envisageait.

Plusieurs questions reflètent le caractère de la souveraineté contemporaine et la valeur de la souveraineté comme concept politique pour les Maoris : Comment les valeurs autochtones et les formes préférées d'arrangement politique pourraient prévaloir au sein de la nation autochtone? Comment ces valeurs peuvent influencer l'espace politique partagé? Penser aux peuples indigènes comme possédant une autorité existante sur leurs propres affaires et possédant une autorité partagée à titre de citoyens d'un État démocratique libéral permet d'élargir leurs possibilités politiques.

Il y a un fossé politique à combler entre des suppositions libérales de citoyenneté et l'expérience pratique de l'exclusion. L'inclusivité nécessite un engagement à l'égard des théories politiques indigènes et présume qu'il y aura un lien évident entre les préférences des autochtones et les résultats politiques. La capacité de la démocratie libérale à faciliter la citoyenneté autochtone n'est pas simplement le reflet de leurs différences, mais l'établissement d'un terrain d'entente qui n'est pas menacé par les identités uniques maories, ni par des perspectives ancrées dans la culture et les expériences coloniales. Pourtant, les sociétés libérales comme la Nouvelle-Zélande peuvent exclure les minorités. Ils les excluent pour protéger ce que leurs populations majoritaires valorisent. En conséquence, les structures institutionnelles sont déterminées en fonction de valeurs qui ne sont pas neutres. Elles ne sont généralement pas destinées à distribuer des capacités démocratiques en référence à la culture ou au contexte colonial. La politique maorie se distingue alors par la revendication d'une voix politique; il peut également y avoir une prétention à influencer la conception ainsi que les opérations des institutions publiques.

Les processus utilisés pour prendre des décisions influent sur la capacité de participer et ainsi influent sur l'acceptabilité morale de la décision elle-même – aucune juridiction ne peut fonctionner de manière culturellement neutre ou aculturelle. Les libéraux ne peuvent donc pas prétendre que les préférences culturelles ne sont qu'une affaire privée. La culture ne peut être tenue à l'écart de la vie publique parce que les valeurs politiques elles-mêmes sont profondément enracinées dans la culture humaine. Son influence sur le fonctionnement des institutions publiques rend l'exclusion des perspectives maories incompatible avec une part de la souveraineté nationale. L'inclusion substantive est une condition politique nécessaire pour un peuple qui n'a pas cédé sa souveraineté.

La souveraineté partagée, à travers la citoyenneté différenciée, signifie gérer des idées contradictoires de manière à ne pas homogénéiser et donner aux Maoris un motif pour admettre un bien commun national et un motif pour admettre qu'ils peuvent bénéficier d'y contribuer. Cela veut dire que des différences de perspectives sont légitimes, mais que si certaines personnes sont libres de promouvoir des politiques fondées sur les préjugés ou l'ignorance, les Maoris doivent être libres d'utiliser des plateformes de résistance dans le système démocratique lui-même.

Quand on est accepté en tant que partie du public souverain, les autres reconnaissent la légitimité de sa présence. Pourtant, dans les différentes juridictions, les politiques sur l'exploitation des ressources naturelles, par exemple, reposent souvent sur la séparation des peuples autochtones du « public » à travers une politique binaire trop simplifiée où l'intérêt « public » favorise l'exploitation minière et les intérêts autochtones s'y opposent.

En Nouvelle-Zélande, l'*Acte de l'estran et des fonds marins* du Gouvernement Clarke (1999-2008) a annulé des décisions judiciaires permettant aux Maoris de maintenir un droit de propriété sur l'estran et le fond marin. Elle a introduit la question des droits de propriété du conflit historique dans le présent politique. Le Gouvernement, avec le soutien de l'Opposition, s'est positionné « du côté de la Nouvelle-Zélande ». La rhétorique était celle où les Maoris et la Nouvelle-Zélande tenaient des intérêts contradictoires irrésolus. Une ministre,

Tariana Turia, qui tenait le siège de la circonscription électorale maorie de Te Tai Hauauru quitta le gouvernement en protestation. Elle a démissionné de son siège au parlement et dans l'élection partielle qui a suivi, elle a été réélue avec un mandat pour créer un nouveau parti maori, qui a fourni une voix maorie distincte dans les gouvernements entre 2008 et 2017. Turia contestait la présomption que le « public néo-zélandais » de Clark était moralement plus digne d'influence, un argument qui a positionné les Maoris au-delà du « public » national.

3. LA SOUVERAINETÉ MAORIE – À L'INTÉRIEUR ET À L'EXTÉRIEUR DE L'ÉTAT

L'autorité souveraine est conçue pour permettre aux gens d'accepter le système politique comme étant sensible à leurs besoins et attentes. Le concept de peuples autochtones en tant qu'actionnaires de la souveraineté publique crée une présomption de citoyenneté imprégnée de sens pour les peuples autochtones, de façon à peut-être reconfigurer la signification du terme « État » lui-même. Cela peut impliquer une citoyenneté libérale différenciée à travers, par exemple, la représentation maorie garantie au parlement de la Nouvelle-Zélande depuis 1867. Les Maoris bénéficient également d'une représentation garantie dans un petit nombre de collectivités locales et dans tous les Conseils de santé de Commune.

Une participation politique garantie et distincte permet aux Maoris d'être engagés en tant que membres de la citoyenneté souveraine, plutôt que comme des sujets en attente de la bienveillance d'autrui pour établir la justice qui devrait leur être « faite ». Une représentation garantie transcende l'inclusion libérale égalitariste qui, bien qu'importante pour aborder la pauvreté relative des Maoris, par exemple, est limitée puisqu'elle n'est pas capable de considérer les revendications de la culture, de la langue, de la propriété collective des ressources ou de la justice relationnelle comme principes sous-jacents à la conduite des affaires publiques.

Une voix politique garantie reconnaît la proposition d'Aristote que le citoyen est « celui qui a le pouvoir de prendre part à l'administration délibérative ou judiciaire de tout État[12] » et que la théorie politique libérale n'exige pas la présomption qu'une opinion majoritaire doit toujours être autorisée à mettre de côté la prétention d'une minorité à l'inclusion. Pour leur part, les libéraux s'attardent à la façon dont les différents citoyens appartiennent à la même entité politique, avec une certaine capacité, significative pour eux, à mener leurs affaires, non pas en tant qu'adversaires, mais en tant que pairs travaillant selon des arrangements politiques, en supposant que leur large acceptabilité soit importante. C'est dans cette perspective que Turia propose: « Nous revendiquerons notre indigénéité et nous en parlerons, que les gens veuillent nous voir comme " un seul peuple " ou non[13]. »

L'appel de Turia à une politique d'inclusion remet en question la capacité d'exclusion du libéralisme à travers une raison publique singulière qui homogénéise la pensée publique et rejette l'idée que les gens puissent librement exprimer leurs propres conceptions de la justice avec la confiance qu'ils peuvent influencer la délibération publique. En revanche, une souveraineté exclusive de l'État positionne les Maoris au-delà de la politique.

Une représentation maorie garantie au parlement est un des moyens de reconnaître la présence maorie dans le public souverain. Cela permet à tous les membres de la communauté nationale politique de siéger dans le seul parlement, où des points communs peuvent émerger du respect inhérent à la reconnaissance de la différence.

La représentation garantie existe depuis 1867 quand le numéro de sièges maoris fut fixé à quatre. Depuis 1993, le numéro a été mis en proportion du nombre d'électeurs maoris qui choisissent de s'inscrire sur les listes électorales maories. En 2017, il y avait 7 sièges parlementaires maoris. Dans les circonscriptions électorales maories, les candidats peuvent utiliser leurs propres arguments reflétant leur culture particulière pour obtenir l'appui des électeurs. Les électeurs peuvent évaluer les positions alternatives à travers un prisme culturel

[12] Barry Hindess, « Limits to citizenship » dans Wayne Hudson et John Kane (dir.), *Rethinking Australian Citizenship* (Cambridge Uiversity Press, 2000) p. 94 (traduction).

[13] Tariana Turia, « Turia: Speech to ACT National Conference » (*Scoop Parliament*, 26 mars 2006) https://www.scoop.co.nz/stories/PA0603/S00443/turia-speech-to-act-national-conference.htm (consulté le 28 mai 2020) (traduction).

significatif et auto-défini. Les sièges maoris sont une composante parmi d'autres d'un parlement constitué d'un système de représentation proportionnelle, qui comprend aussi l'élection des membres de circonscriptions générales géographiques et des listes nationales des partis politiques. Le système a fourni une pluralité des perspectives maories au parlement avec les partis politiques National, Labour, New Zealand First, Green et ACT, tous ayant des citoyens maoris parmi leurs députés. Cependant, l'approbation du Rapporteur Spécial des Nations unies de l'inclusivité libérale néo-zélandaise est conditionnelle, car il n'y a aucune garantie de représentation maorie dans le gouvernement au niveau de la commune (« gouvernement local »), par exemple. Néanmoins, des gouvernements « locaux » (communals) sont obligés d'« établir et [de] maintenir des processus permettant aux Maoris de contribuer aux processus décisionnels de l'autorité locale[14] ». Cependant, la vulnérabilité de cette approche impliquant un droit de participer montre l'importance des peuples autochtones et affirme leurs positions en tant que membres de l'État-Nation. C'est seulement de cette manière que les droits dont les Maoris peuvent jouir dans et sur leurs propres affaires peuvent être protégés en tant que marques de souveraineté durable.

À la suite du règlement de sa réclamation contre la Couronne pour des violations de ses droits issus du Traité, le Tuhoe iwi négocie présentement une réclamation distinctive de sa propre souveraineté. La Couronne et Tuhoe ont officiellement reconnu le *mana* (position) de l'un et de l'autre pour refléter le chevauchement de *rangatiratanga* et *kawanatang*a[15], même si le Tuhoe iwi a choisi de ne pas répondre à l'affirmation de la Couronne que le Traité était une cession de souveraineté[16].

Le Tuhoe iwi souhaite assumer la responsabilité du logement, des écoles, de la santé publique et des allocations sociales dans sa zone tribale: « nous pouvons concevoir un système où il y a une transition des allocations sociales aux salaires et traitements[17]. » L'aspiration est importante parce que 29% de la population Tuhoe reçoit une allocation sociale de l'État s'élevant à 78.1 milliards $NZ, dont 4000 de ces gens sont des adolescents de 16 et 17 ans pour lesquels le coût pour l'État est de 1 milliard $NZ[18]. L'aspiration des Tuhoes est de « devenir indépendants du gouvernement, [de] produire son propre revenu et [de] devenir autosuffisants[19] ». L'intention est de réduire l'incidence de la dépendance sur des allocations, élever le niveau d'éducation et réduire le chômage. Parmi les résultats attendus au fil du temps, il y aurait une augmentation de la taille relative de la classe bourgeoise des Tuhoes, soit un autre indicateur de l'autodétermination et du bien-être général.

Un rapport commandé par le gouvernement a fait valoir que les Tuhoes « pourraient obtenir de meilleurs résultats… en raison de la connaissance, de la proximité et de l'influence avec les bénéficiaires potentiels[20] ». Le rapport continue à expliquer que « les Tuhoes considèrent le rôle parental pour les jeunes et le chômage comme des domaines où ils pourraient améliorer les résultats sociaux pour les générations actuelles et futures – un concept entièrement compatible avec *mana motuhake* [autodétermination] [21] ». L'intention est de soutenir le changement d'un état d'esprit chez les Tuhoes par rapport à leur place en tant que bénéficiaires de l'État grâce à une reconfiguration dramatique de leur relation avec l'État de sorte que le pouvoir de celui-ci soit limité par la négociation, l'obligation d'agir de « bonne foi », l'intervention judiciaire et le recours maori à la persuasion morale que l'on trouve dans les normes internationales de la justice[22].

La position des Tuhoes montre l'ampleur de la possibilité souveraine au sein de l'État libéral. La réponse de la Couronne affirme le caractère relatif et relationnel de la souveraineté et son potentiel d'évolution dans son caractère, sa forme et sa distribution. C'est une réponse pratique à l'argument selon lequel la souveraineté n'a pas

---

[14] *Local Governmen Act 2002*, Nouvelle-Zélande, s. 81.

[15] David Moore, Graham Scott, Rebecca Drew, Joanna Smith et Claire Whelen, « Decentralising Welfare – Te Manamotuhake o Tuhoe», (*Rapport du Sapere Research Group au ministère du développement social*, 6 août 2014) http://www.srgexpert.com/wp-content/uploads/2015/11/Decentralising-welfare-te-mana-motuhake-o-tuhoe.pdf (consulté le 28 mai 2020).

[16] Iwi Chairs' Forum, *The Report of Matike Mai Aotearoa - the Independent Working Group on Constitutional Transformation*, (2016) http://www.converge.org.nz/pma/MatikeMaiAotearoaReport.pdf (consulté le 28 mai 2020) p. 18.

[17] Simon Collins, « Tuhoe: Let us run schools, healthcare, welfare, housing » (*New Zealand Herald*, 18 novembre 2015).

[18] D. Moore (préc. n. 15).

[19] *Id*., p. v.

[20] *Id*., p. 33.

[21] *Id*., p. 10.

[22] *Id*., p. 42.

été cédée et une expression novatrice des droits de la citoyenneté libérale dans une forme culturellement contextualisée.

4. UNE SOUVERAINETÉ ALTERNATIVE BI-NATIONALE

L'argument selon lequel le Traité protège la souveraineté des Maoris peut exiger encore plus de reconnaissance institutionnelle et de protection constitutionnelle. Son influence morale a conduit à une influence politique évoluante. Cependant, cette influence juridique est seulement celle qui est accordée explicitement par la législation et, encore une fois, une marque de la vulnérabilité politique des Maoris.

L'argument que la citoyenneté libérale n'offre pas de possibilités politiques et constitutionnelles compatibles avec les droits de souveraineté maorie a conduit certains chercheurs maoris et des acteurs politiques à l'avis que les revendications distinctives de souveraineté incarnées en *kawanatanga* et *rangatiratanga* nécessitent un statut distincif: deux souverains dans un État bi-national. En 2014, le Forum des Présidents Iwi [tribal] a commandé un rapport sur la relation entre ces deux sphères d'autorité politique, avec une référence spéciale aux moyens par lesquels *rangatiratanga* peut être protégé. Le rapport, *Matike Mai o Aotearoa*, était basé sur des consultations étendues et approfondies qui ont rejeté l'autorité politique souveraine par la citoyenneté libérale différenciée en faveur d'une souveraineté indépendante maorie à exister à côté de la souveraineté de la Couronne au Parlement. La souveraineté maorie serait exercée sous l'un des six modèles[23].

Ces modèles imaginent que les Maoris jouissent d'une autorité sur leurs propres affaires tandis que la Couronne exerce *kawanatanga* sur les personnes non maories, avec une forme de sphère relationnelle à élaborer pour la conduite des relations de nation à nation. Il y aurait deux domaines politiques – « le nôtre » et « le leur ». La présomption sous-jacente est une présomption biculturelle donnant une appartenance distincte non maorie à la Couronne pendant qu'elle prend des décisions pour « son peuple ».

La présomption biculturelle est que les « gens » de la Couronne sont toujours et partout distincts des Maoris, et que les Maoris n'ont rien à faire dans la politique de ce peuple. Positionner la Couronne et les Maoris comme des entités séparables plutôt que chevauchantes et intégrées, où la Couronne est le dépositaire de la souveraineté nationale collective, limite les possibilités politiques. *Matike Mai* ne fait aucun commentaire sur comment ou par l'autorité de qui (Maori ou Pakeha) la bureaucratie de l'État doit fonctionner. Il ne fournit aucune voie pour les nominations maories à l'exécutif. Il est même difficile de savoir quelle serait la possibilité pour un Maori d'occuper le poste de premier ministre. Les participants à l'atelier de *Matike Mai* sont susceptibles d'avoir été des personnes d'identité maorie singulière. Leurs points de vue sur la validité d'un binaire Maori/Pakeha absolu et facile à distinguer sont susceptibles d'être plus fixes que ceux qui revendiquent une ou plusieurs autres identités ethniques. Bien que *Matike Mai* représente un corps important de la pensée politique maorie, il est difficile d'imaginer que les Maoris soient satisfaits d'une séparation structurelle rigide de l'État.

Les Maoris ont toujours voulu siéger dans l'exécutif, le parlement et le pouvoir judiciaire. Il y a des preuves qu'ils veulent une capacité égale d'influencer les politiques publiques et des preuves pour suggérer que les Maoris qui participent à la vie publique de cette façon ne se considèrent pas comme les partenaires biculturels juniors de l'État, mais comme des participants actifs dans sa structure, son caractère et son but. L'autodétermination ne peut pas partir d'une hypothèse binaire. Cependant, *Matike Mai* fournit ailleurs un compte plus visionnaire du concept. Par exemple, il souligne[24]:

1. La valeur de *tikanga* [les valeurs culturelles] – c'est-à-dire la nécessité pour une constitution de se rapporter ou d'incorporer les idéaux de base et la « manière de vivre » en *Aotearoa*;
2. La valeur de la communauté - c'est-à-dire la nécessité pour une constitution de faciliter la juste représentation et les bonnes relations entre tous les peuples;

[23] Iwi Chairs' Forum (préc. n.[16]) p. 10.
[24] *Id*., p. 69.

3. La valeur d'appartenir - c'est-à-dire la nécessité pour une constitution de favoriser un sentiment d'appartenance pour tous dans la communauté;
4. La valeur du lieu - c'est-à-dire la nécessité pour une constitution de promouvoir les relations avec, et assurer la protection de *Papatuanuku* [la Terre];
5. La valeur de l'équilibre - c'est-à-dire la nécessité pour une constitution d'assurer le respect de l'autorité de *rangatiratanga* et *kawanatanga* dans les sphères d'influence différentes et relationnelles;
6. La valeur de la conciliation - c'est-à-dire la nécessité pour une constitution d'avoir une base juridictionnelle sous-jacente et un moyen de résolution pour garantir une démocratie conciliante et consensuelle; et
7. La valeur de la structure - c'est-à-dire la nécessité pour une constitution d'avoir des conventions structurelles qui promeuvent les idéaux démocratiques de base d'une représentation équitable, d'ouverture et de transparence.

La citoyenneté libérale différenciée répond mieux à ces objectifs en renforçant plutôt qu'en supprimant la position maorie en tant que partie de la Couronne en Parlement. *Matike Mai* ne considère pas le potentiel de la citoyenneté différenciée ni sa pratique contemporaine. L'idée qu'une lecture raisonnable de *kawatananga* donnerait aux Pakehas une autorité politique distincte à travers le contrôle ethnique du parlement n'est pas compatible avec l'évolution du droit découlant du Traité de devenir sujet, c'est-à-dire une évolution en des capacités politiques provenant de la citoyenneté. *Matike Mai* positionne les Maoris et la Couronne comme des entités distinctes plutôt que chevauchantes et intégrées, où la Couronne est un dépositaire de la souveraineté nationale collective plutôt que comme une incarnation exclusive de l'autorité Pakeha. Il positionne les Maoris au-delà de la Couronne, au-delà de la politique.

La souveraineté signifie que le plein potentiel de la citoyenneté doit être considéré. L'argument pour une Couronne Pakeha confère un statut qui est incompatible avec l'égalité libérale et incompatible avec l'autodétermination, alors que le plein potentiel de l'autodétermination exige que les peuples autochtones soient simultanément à l'intérieur et à l'extérieur de l'État. Si une de ces expériences de citoyenneté est mise de côté, les possibilités d'autodétermination sont restreintes et la souveraineté est cédée.

La force de *Matike Mai* est sa vision claire de *rangatiratanga*. Sa faiblesse est son inattention à *kawanatanga* comme « leur » seule préoccupation. L'importance de *kawanatanga* en tant que site d'autodétermination est négligée. *Kawanatanga* n'est pas un site d'indépendance; ce n'est pas la somme de l'autorité politique significative des Maoris, mais c'est un constituant essentiel rendu seulement comme domaine de « l'autre » si la garantie d'indépendance du Traité de Waitangi est lue indépendamment de son assurance des « droits et privilèges des sujets britanniques ».

CONCLUSION

Depuis 1840, les différents gouvernements néo-zélandais ont insisté pour dire que le Traité de Waitangi octroie la souveraineté nationale à la Couronne en Parlement. Les positions maories ont toujours maintenu que le Traité a seulement conféré à la Couronne britannique des pouvoirs sur son propre peuple. L'accord signifiait également que les Maoris conserveraient l'autorité sur leurs propres affaires et ressources naturelles, tout en bénéficiant des avantages et des responsabilités de la citoyenneté. En 2015, le *Ngapuhi iwi* a mis cette position devant le Tribunal de Waitangi et celle-ci a été confirmée. La conclusion du tribunal, selon laquelle les Maoris n'ont pas cédé leur souveraineté, invite à considérer la signification et l'application du concept de souveraineté dans la politique contemporaine. Une interprétation possible est que l'exercice de la souveraineté par les Maoris et par la Couronne n'est pas intrinsèquement conflictuel, et que ni l'un ni l'autre ne tient la souveraineté comme un corps d'autorité politique absolu, incontestable et indivisible. Au lieu de cela, la souveraineté est raisonnablement exercée par la citoyenneté libérale différenciée, ce qui permet d'exprimer l'autorité politique de façon à maximiser les possibilités d'autodétermination.

CONCLUSION
L'AUTODÉTERMINATION INTERNE ET EXTERNE DES PEUPLES

Michel Seymour
Université de Montréal

INTRODUCTION

Le droit des peuples à l'autodétermination, c'est le droit qu'ont les peuples à disposer d'eux-mêmes[1]. La formulation qui est retenue dans tous les documents internationaux où la notion est définie est la suivante. C'est le droit qu'a un peuple de se développer économiquement, socialement et culturellement, et le droit qu'il a de déterminer son statut politique[2]. Tout cela peut se faire à l'intérieur de l'État, auquel cas on parlera d'autodétermination interne, ou face à la communauté internationale, ce qui serait alors de l'autodétermination externe. Tels sont les trois thèmes que je souhaite aborder dans cette introduction : le peuple, l'autodétermination interne et l'autodétermination externe.

Le droit à l'autodétermination est le droit collectif le plus important. Il est partout présent en droit international, à tel point que la Cour suprême du Canada a estimé impossible de produire le relevé de l'ensemble des documents juridiques internationaux dans lesquels le principe apparaît[3]. C'est aussi selon la Cour un principe d'une extrême importance qui vaut plus qu'une convention[4]. Il s'agit en somme d'un droit fondamental à ranger aux côtés des autres droits humains fondamentaux, comme les droits à la liberté d'expression, de conscience et d'association, pour ne mentionner que ceux-là.

Le droit des peuples à l'autodétermination est partagé par tous les peuples. Tous les documents qui affirment le principe l'appliquent en effet à l'ensemble des peuples. Les peuples en question ne sont pas seulement les populations entières d'États souverains. Comme le souligne encore la Cour suprême du Canada, il peut s'agir de peuples formant des minorités au sein d'États souverains[5]. Le droit international stipule que tous les États ont l'obligation de respecter le droit à l'autodétermination des peuples[6].

Et pourtant, la vaste majorité des auteurs se prononçant sur le principe interviennent constamment pour en miner la crédibilité. On soutient, par exemple, que la notion de peuple n'est pas claire, que les peuples n'existent pas ou qu'ils sont le produit de notre imagination. On propose une version édulcorée de l'autodétermination interne et on nie l'existence du droit de sécession auquel on a réduit le droit à l'autodétermination externe. Au lieu de se mettre au travail et de faire avancer les choses en clarifiant les idées, on s'en remet au droit positif, tel qu'il existe, et on en propose une interprétation qui soit la plus conservatrice possible des textes. On fait comme si le droit international n'allait plus jamais évoluer et comme s'il ne fallait pas s'ajuster aux réalités nouvelles. Je propose ici de m'attaquer de front à ces différents poncifs et j'essaierai en conclusion d'expliquer pourquoi ils en sont venus à faire force de loi.

---

[1] *Charte des Nations unies*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 nº 7, art. 1(2).
[2] *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 RTNU 171 (23 mars 1976) art. 1; *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 RTNU 3 (3 janvier 1976) art. 1.
[3] *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par 117.
[4] *Id.*, par. 114.
[5] *Id.*, par. 124.
[6] *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations unies*, Rés. AG 2625 (XXV), 24 octobre 1970 (Déclaration touchant les relations amicales) :

> En vertu du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, principe consacré dans la Charte des Nations unies, tous les peuples ont le droit de déterminer leur statut politique, en toute liberté et sans ingérence extérieure, et de poursuivre leur développement économique, social et culturel, et tout État a le devoir de respecter ce droit conformément aux dispositions de la Charte.

1. LE PEUPLE

Comment se fait-il qu'un principe fondamental du droit international repose sur la notion de peuple qui, de l'avis de plusieurs, est une notion qui n'est pas claire? La première remarque à faire est peut-être de noter que le droit international a fait sienne la croyance du sens commun que les peuples existent. Si plusieurs se sont ensuite empressés de souligner l'absence de clarté entourant la notion, refusant ainsi de s'en remettre au sens commun, c'est peut-être en partie pour plusieurs d'entre eux parce qu'ils s'opposaient à l'idée que les peuples ont un tel droit. Serait-ce qu'il y a un intérêt politique à ne pas trouver la notion de peuple suffisamment claire? S'il est problématique d'établir quelle entité peut se réclamer du droit à l'autodétermination, cela mine en tout cas la crédibilité du principe.

Pour démontrer l'absence de clarté, on soutient qu'on ne peut définir la notion. Cependant, on fait comme si la définition devait fournir des conditions nécessaires et suffisantes d'utilisation du mot « peuple ». Or, il faut savoir qu'aucune définition de ce genre n'existe pour quelque terme que ce soit du lexique, et pas seulement la notion de peuple. La signification des mots n'est jamais parfaitement bien délimitée. Pourquoi alors s'acharner sur l'absence de clarté entourant la notion de peuple? Pour que nous ayons espoir de produire une définition acceptable, il faut peut-être relaxer notre concept de définition, abandonner le projet d'aboutir à une définition stricte et admettre plutôt un concept de définition stéréotype[7].

Le problème se pose d'ailleurs aussi pour la notion de personne. Qu'est-ce qu'une personne? Cette question hante la philosophie depuis toujours, et donne lieu à des débats passionnants opposant les néo-lockéens, les physicalistes, les animalistes, les narrativistes, les cartésiens et les nihilistes qui nient carrément l'existence des personnes. Et pourtant, qui prétendrait que les droits de la personne posent problème? Tout le monde admet que les personnes ont des droits même si le concept de personne est mal défini. Pourquoi alors les choses devraient-elles être différentes lorsqu'il est question des peuples? Pourquoi ces deux poids deux mesures? On peut certes contourner la difficulté de définir ce qu'est une personne en se rapportant à un concept politique, dont le plus connu est la notion de citoyen (en plus des notions de réfugié et de résident permanent). Mais alors, on ne voit pas pourquoi l'on ne pourrait pas se rapporter aussi à une conception politique et non métaphysique de peuple en l'identifiant à sa présence politique au sein de l'espace social. On parlera alors du peuple en tant que « société » ou « culture sociétale », formée à partir d'un ensemble complexe et unique d'institutions. Je reviendrai plus loin sur cette notion de culture sociétale qui résume les traits politiques communément partagés par tous les peuples.

Notons pour le moment que si la notion de peuple est si difficile à définir, cela n'est pas seulement dû à l'imposition d'un concept trop contraignant de définition stricte. Cela peut aussi s'expliquer par le fait qu'il existe plusieurs sortes de peuples. La variété des sortes de peuples induit une variété des usages du mot, d'où la complexité apparente de la notion. La perspective change lorsque l'on accepte de prendre acte de la complexité du phénomène nationalitaire. Et ici, je crois qu'il faut dépasser une fois pour toutes la sempiternelle distinction opposant les peuples ethniques et les peuples civiques. Ces deux sortes de peuples existent sans doute, mais la distinction est trop simpliste et ne rend pas justice à la complexité du phénomène. Il faut en fait faire les distinctions suivantes :

- Certaines populations autochtones rassemblent des ensembles de personnes se représentant comme ayant une origine ancestrale commune. C'est la nation « ethnique » au sens restreint (par opposition au sens large incluant aussi la culture).
- Pour d'autres, comme l'Islande et le Portugal, la population entière de l'État souverain se représente comme liée grâce à la présence d'un État, sans contenir en son sein d'autres peuples. C'est la nation « civique » au sens encore une fois restreint de l'expression (par opposition au sens large et donc d'une manière générale inclusif).
- D'autres populations partageront la conscience d'être de différentes origines ethniques tout en ayant en commun, en tant que minorités sans gouvernement autonome sur le territoire d'un État souverain, la même

[7] Hilary Putnam, *The meaning of "meaning"* (coll. Mind, Language and Reality, Cambridge University Press, 1975) p. 215-271.

langue maternelle, les mêmes institutions et la même trajectoire historique. C'est la nation culturelle. On songe ici notamment aux nations acadienne et alsacienne.

- D'autres se rassembleront autour d'une langue publique commune, d'institutions publiques communes, d'une histoire publique commune et d'un gouvernement autonome non souverain ayant juridiction sur un territoire juridiquement reconnu. Ce sont des populations polyethniques et pluriculturelles que l'on peut nommer «nations sociopolitiques ». On pourrait ici mentionner l'Écosse, la Catalogne, le Québec et le Nunavut. Leurs populations contiennent des majorités culturelles mais incluent des minorités culturellement différentes. La langue, les institutions et l'histoire communément partagées sont celles de la majorité, mais cela est compatible avec des minorités culturelles ayant elles aussi une présence reconnue dans l'espace public. L'identité publique communément partagée n'est pas la seule identité publique présente sur le territoire. Ainsi en est-il de la présence anglaise ou immigrante en Écosse, de la minorité anglophone et des peuples autochtones au Québec et de la présence castillane en Catalogne.
- Certaines populations partagent le sentiment d'appartenir à une seule et même communauté fragmentée en échantillons minoritaires sur des territoires discontinus. C'est la nation diasporique. On songe ici à la diaspora juive (avant la création d'Israël) ainsi qu'au peuple Rom.
- Il existe aussi chez certaines populations un sentiment d'appartenance à une communauté fragmentée en échantillons minoritaires sur différents territoires juridiquement reconnus, mais au sein d'un territoire régional continu. C'est la nation multi territoriale. On songe ici au Kurdistan ou à Akwasasne.

On pourrait développer d'autres concepts de peuples. Il faudrait, par exemple, tenir compte de populations qui se représentent à chaque fois comme une communauté composée de peuples minoritaires. On mentionnera à titre d'exemple le Canada, la Grande-Bretagne et l'Espagne.

Comme on le voit, il existe plusieurs sortes de peuples, auxquels il faut ajouter des fragments minoritaires de peuple tels que les communautés issues de l'immigration (les turcs ou les Syriens en Allemagne), les minorités historiques (dont les membres sont nés sur le territoire mais qui s'identifient toujours aux pays d'origine de leurs parents ou grands-parents) et les 'kin minorities', qui sont des extensions minoritaires issues d'une nation voisine comme, par exemple, les Russes dans les pays baltes, les Palestiniens en Israël et les Serbes ou les Croates en Bosnie.

Telle est la complexité du phénomène nationalitaire qui va bien au-delà de la dichotomie ethnique/civique. C'est cette complexité qui rend bien illusoire la possibilité de parvenir à définir ce qu'est un peuple. La difficulté s'explique et se résout en partie par la prise en compte de l'existence d'une variété de peuples.

On sera toutefois tenté de rétorquer que telle n'est pas la difficulté principale. Le problème provient d'abord et avant tout du fait que le peuple fait appel à la subjectivité. Les différents concepts de peuples que je viens tout juste de décrire proviennent de différentes consciences nationales. Ils reposent sur des autoreprésentations collectives ainsi que sur ce que ces mêmes collectivités veulent être. Or, ces autoreprésentations sont évasives et fuyantes, voire évanescentes et changeantes, d'où le flou entourant la notion de peuple. On s'empressera ensuite d'ajouter qu'il n'existe pas de critères objectifs sur lesquels s'appuyer.

Et pourtant, il y a bel et bien des traits objectifs communément partagés par tous les peuples, à commencer par la langue. Certes, pour que le peuple existe, il n'est pas nécessaire qu'il n'ait qu'une seule langue et pas nécessaire que la ou les langues principalement parlées soient distinctes de toutes les autres langues parlées ailleurs dans le monde. Le fait que plusieurs peuples parlent la même langue ne prouve pas que la langue n'est pas un constituant objectif de l'identité d'un peuple. La langue n'est pas toujours un ingrédient suffisant, mais c'est un ingrédient objectif nécessaire. Les peuples sont tous des communautés linguistiques ou des agrégats de communautés linguistiques. La communauté linguistique est le bloc identitaire de base à partir duquel le peuple se constitue. La nation multilingue ne peut être caractérisée sans faire appel à son multilinguisme.

Il est vrai que la langue ne peut à elle seule servir de critère discriminant. À la langue, il faut ajouter un ensemble d'institutions telles que les institutions scolaires, culturelles, sociales, juridiques ou économiques, ainsi

que parfois gouvernementales, dans lesquelles cette langue est principalement parlée. Les peuples n'ont pas tous une organisation gouvernementale. Certains peuples fonctionnent avec un minimum d'institutions de base: une langue, un unifolié, des cérémonies, une fête nationale, des journaux, des postes de radio ou de télévision et des musées.

À la langue et aux institutions s'ajoute l'histoire de ces institutions au sens d'une trajectoire historique objective ayant laissé derrière soi un héritage patrimonial, même si cette trajectoire et cet héritage peuvent être interprétés de différentes façons. Il ne faut pas confondre la trajectoire effective ou l'héritage et les récits particuliers, mythes ou autres, qui fixent une trame narrative particulière. Il n'est pas nécessaire de souscrire à un récit particulier pour faire partie de la nation.

Enfin, dans tous les exemples mentionnés plus haut, le territoire joue un rôle important, qu'il soit souverain ou non, continu ou discontinu, et qu'il respecte ou non les frontières juridiquement reconnues.

Il y a donc des composantes subjectives et objectives à la notion de peuple qui sont celles que je viens d'évoquer. Les sentiments de loyauté et d'appartenance, l'investissement émotif et les préférences rationnelles peuvent varier d'un individu à l'autre et varier dans le temps pour un seul et même individu. Mais les autoreprésentations et le vouloir vivre collectif sont en général des facteurs subjectifs assez stables. De même, les coutumes, les mœurs, les habitudes, les modes de vie, les valeurs, les systèmes de croyances, les récits, les mythes et les finalités peuvent varier dans le temps au sein de la population, mais la langue, les institutions et la trajectoire historique demeurent assez stables. Il faut distinguer ces trois dernières composantes formant ce que Will Kymlicka appelle la « structure de culture », des autres composantes objectives, formant pour leur part le «caractère de culture ». En tant qu'objets politiques, les peuples sont des cultures sociétales comprises comme des structures de cultures incarnées dans des caractères de culture. Le caractère de culture peut changer même lorsque la structure de culture reste la même, bien qu'elle aussi puisse aussi être changeante. Quand on parle du caractère évanescent de l'identité d'un peuple, on songe sans doute d'abord et avant tout au caractère de la culture.

La reconnaissance d'une grande diversité de groupes nationaux (de différentes sortes de peuples et de différentes sortes de fragments minoritaires de peuples) est une police d'assurance contre la tentation à essentialiser la population au sein d'un État souverain. Au lieu d'en rester à la distinction simpliste ethnique/civique, on peut grâce à l'analyse proposée être davantage ouvert à la complexité, à la diversité, aux identités multiples et au caractère dynamique de l'identité. Si j'ai raison, il est toutefois possible de produire différents stéréotypes de peuples ayant des ressemblances de famille suffisamment grandes pour s'en faire une idée assez précise. Ces traits communément partagés sont objectifs et non seulement subjectifs. Il est en ce sens possible, comme pour les personnes, de reconnaître aux peuples une réalité institutionnelle et politique, peu importe leur statut ontologique.

2. L'AUTODÉTERMINATION INTERNE

J'ai souligné dès le départ que tous les peuples avaient le droit à l'autodétermination et que tous les États avaient le devoir de le respecter. Telles sont les principes qui se trouvent déjà inscrits dans le droit international. Mais pourquoi admet-on que les États ont des obligations en ce sens? On sait que pour réaliser la pleine souveraineté et pouvoir par conséquent agir sur la scène internationale en État souverain (par la participation aux grands forums internationaux et par la signature d'ententes politiques, culturelles et commerciales), un État qui a déclaré sa souveraineté doit être reconnu par les autres États. La reconnaissance internationale n'est peut-être pas requise pour déclarer sa souveraineté, mais elle est essentielle à l'exercice des prérogatives d'un État souverain. Or, il faut sans doute qu'il y ait un principe analogue existant entre un État souverain et les peuples qu'il contient. L'État a le devoir de reconnaître les peuples sans État se trouvant sur son territoire et cette reconnaissance peut être requise et essentielle au bon exercice de l'autodétermination interne de ces peuples.

Malheureusement, dans l'état actuel du droit international, le droit à l'autodétermination interne est réduit à bien peu de choses. On a choisi d'interpréter ce droit en le réduisant à un droit de représentation politique[8]. Dans

[8] *Renvoi relatif à la sécession du Québec* (préc. n. [3]), par. 134-38.

la mesure où un peuple peut élire démocratiquement des représentants issus de ce même peuple et que ceux-ci jouent un rôle important dans la gouverne de l'État englobant, on estime que le peuple sans État s'autodétermine à l'intérieur de cet État. Et pourtant, il arrive souvent que les personnes issues du peuple minoritaire qui sont élues ne sont invitées à jouer un rôle prépondérant au sein des institutions centrales que si elles défendent les idées de la majorité nationale du pays.

La représentation politique ne peut donc suffire à garantir l'autodétermination interne. Il existe plusieurs autres modalités d'exercice du droit à l'autodétermination interne dont pourraient vouloir se prévaloir les peuples sans État[9]. On songe par exemple au droit à un gouvernement autonome et au droit de participer à la conversation constitutionnelle, ces deux droits étant pourtant déjà inscrits dans la *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones* de 2007. On peut mentionner aussi le droit de se donner la constitution de son choix. Ici, c'est l'exemple catalan qui peut nous servir d'exemple. Son nouveau statut d'autonomie, adopté en 2006, était une façon de fixer les règles du vivre ensemble en Catalogne. Enfin, je mentionnerais la reconnaissance au sein de la constitution de l'État souverain du peuple et des mesures institutionnelles qui découlent de cette reconnaissance. On songe ici aux revendications traditionnelles du Québec qui voulait être reconnu comme l'un des peuples fondateurs, qui demandait un statut particulier à la « province » de Québec, ainsi qu'un régime de fédéralisme asymétrique fait sur mesure et un droit de retrait avec pleine compensation financière sans condition. Il s'agissait alors et il s'agit toujours, de s'assurer que l'État canadien ne s'éloigne pas du respect des compétences constitutionnelles reconnues au Québec dans la constitution de 1867 au profit d'une centralisation accrue au niveau de l'État central. Les mesures constitutionnalisées permettraient au Québec de maintenir sa présence au sein d'un régime décentralisé et ce, même si le reste du Canada empruntait une voie différente et acceptait pour sa part de fonctionner au sein d'un État de plus en plus centralisé. Les inquiétudes québécoises ne sont après tout pas sans fondement. L'invention d'un pouvoir fédéral de dépenser dans les compétences exclusives des provinces, le déséquilibre fiscal et des politiques économiques privilégiant l'Ontario ont contribué à modifier lentement mais sûrement le régime fédéral ancien au profit d'un État fédéral toujours de plus en plus centralisé.

3. L'AUTODÉTERMINATION EXTERNE

Je viens de produire cinq modalités d'exercice du droit à l'autodétermination interne. On peut se demander pourquoi ces modalités diverses ne sont toujours pas reconnues en droit international. La raison n'est sans doute pas étrangère au fait que l'on se fait une idée rigide et statique du droit international et qu'on l'appréhende par le prisme étroit du droit positif. Du moins est-ce ainsi que l'on pose le problème pour les nations sans État. Et pourtant, le droit international a évolué pour les peuples autochtones et on ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas évoluer de la même façon pour les autres peuples sans État, tenant compte notamment des réclamations catalane et québécoise, qui permettent d'instruire de nouvelles modalités d'application du droit à l'autodétermination.

Pour y voir plus clair et être en mesure de mieux comprendre l'intransigeance de certains lorsqu'il s'agit d'enrichir le concept d'autodétermination interne, il faut se rapporter à notre troisième et dernier sujet : l'autodétermination externe. Il existe là encore des modalités d'exercice diverses du droit à l'autodétermination externe. On réduit trop souvent l'autodétermination externe à la sécession. Or, on peut violer l'intégrité territoriale d'un État sans se doter de son propre État. On peut le faire en choisissant de s'associer à l'État de son choix. On exerce alors un droit d'association et non de sécession. À ces deux premières modalités déjà reconnues en droit international devrait à mon avis s'ajouter le droit qu'aurait un peuple d'avoir l'État qu'il possède en fait déjà sur un territoire donné. Un peuple peut avoir un État sur un territoire donné sans avoir le droit de posséder cet État sur ce territoire. Qu'on songe, par exemple, à l'État soviétique occupant le territoire des pays baltes ou à l'État d'Israël occupant le territoire palestinien. Un État peut également se comporter de façon illégale à l'égard de certaines minorités, ce qui lui fait perdre l'autorité qu'il a en tant qu'État et ainsi le droit au maintien de son intégrité territoriale.

[9] Michel Seymour, « Repenser l'autodétermination interne », dans Michel Seymour (dir), *Repenser l'autodétermination interne* (Thémis, 2016).

Il convient donc d'interpréter le droit à l'autodétermination externe comme le droit d'avoir un État. Il peut s'agir d'un État nouveau que le peuple se donne, d'un État existant auquel le peuple s'associe ou de l'État qu'il a déjà et qu'il a le droit d'avoir.

S'agissant de la sécession, là encore il en existe plusieurs sortes. Il y a la sécession négociée sur la base de laquelle le peuple s'entend avec l'État englobant. Les modalités d'exercice de la sécession négociée ont été discutées dans le *Renvoi sur la sécession du Québec* du mois d'août 1998 rédigé par la Cour suprême du Canada. On parlera alors notamment d'une question référendaire claire, d'un résultat clair et d'une obligation de négocier un amendement constitutionnel.

Il y a aussi la sécession constatée, qui n'est rien d'autre que la sécession unilatérale gouvernée par le principe d'effectivité. On suppose que si un peuple déclare démocratiquement sa souveraineté, qu'il parvient à occuper le territoire et à être reconnu par la communauté internationale, le droit international va alors constater la souveraineté de l'État. Il s'agit ici de la souveraineté comme résultant d'un rapport de force.

On doit distinguer cette modalité particulière d'exercer sa souveraineté de celle qui consiste à agir en se rapportant à une injustice subie. Il s'agirait alors de la sécession unilatérale conçue comme réparation ou remède.

Existe-t-il un droit de sécession? Certains répondront par la négative, mais cette réponse est beaucoup trop simpliste. Il faut la reformuler plus précisément en d'autres termes pour y voir plus clair. Doit-on accepter le principe des nationalités selon lequel tout peuple doit avoir son État? Ce principe est à la base de l'accession à la souveraineté de plusieurs États au XIXe siècle. L'ère du nationalisme, entendue dans son acception la plus étroite, impliquait de mettre en application le principe des nationalités.

Sans souscrire à ce principe, certains ont fait valoir un droit primaire de sécession, c'est-à-dire un droit qu'un peuple a de faire sécession de façon unilatérale même en l'absence de toute injustice. Le principe peut trouver appui sur le vote démocratique d'une population donnée ou sur des traits culturels d'un peuple en vertu desquels ce peuple aurait droit à son propre État. Le droit primaire de sécession ne doit pas être confondu avec le principe des nationalités. Le fait qu'un peuple dispose d'un droit primaire de sécession n'implique pas qu'il soit dans l'obligation de l'exercer. Il doit peut-être s'abstenir d'exercer ce droit pour des raisons prudentielles ou morales. Cette situation peut être comparée au droit d'éligibilité. Une personne peut avoir le droit de se présenter comme candidat aux élections et malgré tout admettre qu'il ne serait pas sage pour des raisons prudentielles ou morales d'exercer ce droit. Quoi qu'il en soit, il ne semble pas exister un droit primaire de sécession en droit international. Tous les peuples ont le droit à l'autodétermination, mais il s'agit de l'autodétermination interne. L'autodétermination externe ne peut être exercée que sous certaines conditions. Le droit international a progressivement cherché à harmoniser l'autodétermination des peuples et l'intégrité territoriale des États.

Existe-t-il un droit de sécession entendu comme réparation ou sécession remède? Il semble cette fois-ci qu'il faille admettre l'existence d'un tel droit. Après tout, il est admis en droit international que si un peuple est colonisé ou opprimé, il a alors le droit de faire sécession. Ce sont là déjà deux modalités d'exercice du droit de sécession[10]. On oublie toutefois la plupart du temps d'ajouter que, selon plusieurs juristes, il existe un troisième type d'injustice justifiant le recours à la sécession et donc une troisième instance de sécession remède, à savoir la violation du droit d'un peuple à l'autodétermination interne. Cette troisième justification pour la sécession est évoquée brièvement par la Cour suprême dans le Renvoi sur la sécession[11]. Malheureusement, la Cour suprême réduit l'autodétermination interne à la représentation politique. Dans la mesure où un État ne remet pas en cause les droits politiques fondamentaux et assure une représentation politique au peuple sans État, celui-ci ne peut prétendre qu'il ne pas être en mesure de s'autodéterminer à l'interne.

[10] *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, (préc. n. [3]), par. 131-33.
[11] *Id*., par. 134-35.

On comprend mieux pourquoi aussi peu de gens se sont intéressés à préciser les modalités d'application de l'autodétermination interne. Plus la définition est large et englobe plusieurs choses, plus il peut y avoir des motifs justifiant le recours à la sécession.

CONCLUSION

Résumons-nous. Dans l'état actuel des choses, les auteurs sont enclins à dire que la notion de peuple ne peut être définie, qu'elle ne fait appel qu'à des facteurs subjectifs, qu'elle est une entité fuyante, évanescente et changeante et que c'est la raison pour laquelle elle ne peut être théorisée. Le principe affirmant le droit à l'autodétermination des peuples s'en trouve affecté. S'agissant des règles contraignant l'exercice du droit à l'autodétermination, au contraire, la plupart des auteurs en font une interprétation rigide et statique, en ignorant les avancées qui sont susceptibles d'apparaître à l'occasion. On réduit ainsi l'autodétermination interne à une seule de ses modalités d'application. Puis on réduit l'autodétermination externe à la sécession. On affirme ensuite sans nuance que le droit de sécession n'existe pas et que la seule façon d'accéder à l'indépendance est de s'engager dans une sécession négociée. En l'occurrence, il faudra négocier avec un État souverain qui est jaloux de conserver sa souveraineté. Aussi bien dire que toute sécession future est impossible. Ceux qui défendent une position aussi rigide font très bien le travail qu'on attend d'eux.

J'ai essayé de dépasser ces sempiternels refrains en déployant un certain pluralisme conceptuel au sujet du peuple, de l'autodétermination interne et de l'autodétermination externe. Que doit-on comprendre de la posture rigide qui cautionne une vision simpliste du phénomène nationalitaire et qui s'en remet au statu quo international? En vertu de quels principes normatifs en vient-on à la conclusion qu'il ne devrait pas exister plus que 193 États? À mon sens, il s'agit essentiellement d'une posture qui est au service du nationalisme d'État. Cette conclusion est en un sens surprenante, car les auteurs concernés s'en prennent constamment aux nationalismes minoritaires. Et pourtant, ce sont les nationalismes d'État qui sont responsables des atrocités les plus grandes de ce monde, et non les nationalismes minoritaires. C'est l'État allemand qui a voulu exterminer le peuple juif. C'est l'État turc qui a exterminé le peuple arménien et qui s'en prend maintenant au peuple kurde. C'est l'État d'Israël qui opprime le peuple palestinien. C'est l'État Birman qui pourchasse sans relâche le peuple Rohingya. Sans aller jusqu'à commettre l'irréparable, certains nationalismes d'État affichent une réelle intransigeance. C'est l'État espagnol via son tribunal constitutionnel qui s'est interposé en Catalogne pour bloquer le nouveau statut d'autonomie et c'est l'État canadien qui refuse de modifier sa constitution pour accommoder le Québec. Les doutes émis au sujet de la notion de peuple et la rigidité au sujet de l'autodétermination ont donc une source commune. Tout cela s'explique par la crispation nationaliste face aux réclamations légitimes des peuples minoritaires. C'est une position qui reste indifférente à l'affirmation nationale du peuple québécois, des peuples autochtones et du peuple corse. C'est une position qui reste peu impressionnée par la résurgence de référendums d'autodétermination en Écosse, en Catalogne et dans le Kurdistan irakien, de même que par ceux à venir de Nouvelle Calédonie, des Îles Féröé et de Bougainville en 2018. De cette manière, qu'on le veuille ou non, on défend la loi (du plus fort) et l'ordre (établi).

ANNEXE DOCUMENTAIRE

Une compilation des traités, lois et autres instruments internationaux et nationaux
sur le droit à l'autodétermination des peuples

Emmanuelle LANCTÔT et Philippe EVOY
Stagiaires
Institut de recherche sur l'autodétermination des peuples et les indépendances nationales

TABLE DES MATIÈRES

I- TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX

A- ORGANISATION DES NATIONS UNIES

Document nº 1 : *Charte des Nations Unies* (1945) 145
Document nº 2 : *Déclaration universelle des droits de l'Homme* (1948) 146
Document nº 3 : *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux* (1960) 147
Document nº 4 : *Principes applicables aux communications de renseignement sur les territoires non autonomes* (1960) 148
Document nº 5 : *Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme (1966)*..... 151
Document nº 6 : Observation générale nº 12 du Comité des droits de l'homme sur le droit à l'autodétermination (1994) 152
Document nº 7 : *Déclaration sur les relations amicales* (1970) 153
Document nº 8 : *Déclaration et programme d'action de Vienne* (1993) 154
Document nº 9 : *Déclaration du cinquantième anniversaire des Nations Unies* (1995) 155
Document nº 10 : *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (2007) 155

B- CONFÉRENCE SUR LA SÉCURITÉ ET LA COOPÉRATION EN EUROPE

Document nº 11 : *Acte final d'Helsinki* (1975) 158
Document nº 12 : *Charte de Paris pour une nouvelle Europe* (1990) 159

C- UNION AFRICAINE

Document nº 13 : *Acte constitutif de l'Union africaine* (1963 et 2001) 159
Document nº 14 : *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* (1981) 160

D- UNION EUROPÉENNE

Document nº 15 : *Traité sur l'Union européenne* (1992 et 2007)..... 163

II- LOIS ET AUTRES INSTRUMENTS NATIONAUX

A- CANADA / QUÉBEC

Document nº 16 : *Constitution du Canada* (1867 et 1982**)** 166
Document nº 17 : *Résolution sur le droit du peuple québécois à disposer de lui-même* (1981**)** 167
Document nº 18 : *Motion sur la reconnaissance des nations autochtones* (1985) 167
Document nº 19 : *Loi instituant la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec* (1990) 168
Document nº 20 : *Loi sur le processus de détermination de l'avenir politique et constitutionnel* (1991)..... 170
Document nº 21 : *Loi sur la consultation populaire* (1977) 172
Document nº 22 : *Loi de clarification [Loi sur la clarté]* (2000) 174
Document nº 23 : *Loi sur les droits fondamentaux du Québec* (2000) 176

B- ESPAGNE / CATALOGNE

Document nº 24 : *Constitution espagnole* (1978) …… 179
Document nº 25 : *Statut d'autonomie de la Catalogne* (1979 et 2006) …… 181
Document nº 26 : *Déclaration de souveraineté et du droit de décider du peuple catalan* (2013) …… 183
Document nº 27 : *Déclaration proclamant le lancement du processus d'indépendance* (2015) …… 185

C- ROYAUME-UNI / ÉCOSSE

Document nº 28 : *Scotland Act* (1998/2016) …… 186
Document nº 29 : *Agreement on a referendum on the independence for Scotland* (2012) …… 188
Document nº 30 : *Scottish Independence Referendum Act 2013* …… 194
Document nº 31 : *Letter of Withdrawal of the United Kingdom from the European Union* (2017) …… 195

D- AUTRES PAYS

Document nº 32 : *Constitution du Liechtenstein* (1921 et 2003) …… 199
Document nº 33 : *Constitution de Saint-Christophe et Nièves* (1983) …… 199
Document nº 34 : *Constitution d'Éthiopie* (1994) …… 200
Document nº 35 : *Accord de Nouméa sur la Nouvelle-Calédonie* (1998) …… 201
Document nº 36 : *Loi sur l'autonomie du Groenland* (2009) …… 205

III- JURISPRUDENCE INTERNATIONALE ET NATIONALE

A- COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Document nº 37 : *Avis sur la Namibie* (1971) …… 207
Document nº 38 : *Avis sur le Sahara occidental* (1975) …… 209
Document nº 39 : *Avis sur l'édification d'un mur en Palestine* (2004) …… 212
Document nº 40 : *Avis sur le Kosovo* (2010) …… 215
Document nº 41 : *Avis sur l'archipel de Chagos* (2019) …… 217

B- COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Document nº 42 : *Py* c. *France* (2005) …… 223

C- COUR SUPÉRIEURE DU QUÉBEC ET COUR SUPRÊME DU CANADA

Document nº 43 : *Bertrand* c. *Bégin et al*. (CSQ) (1996) …… 226
Document nº 44 : *Renvoi relatif à la sécession du Québec* (CSC) (1998) …… 229
Document nº 45 : *Henderson* c. *Procureure générale du Québec* (CSQ) …… 242

D- TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL ESPAGNOL

Document nº 46 : Arrêt sur le Statut d'autonomie de la Catalogne (2010) …… 252
Document nº 47 : Arrêt sur la Résolution du Parlement de Catalogne approuvant la Déclaration de souveraineté et du droit de décider du peuple de Catalogne (2014) …… 256
Document nº 48 : Arrêt sur la Résolution du Parlement de Catalogne concernant le début du processus de création d'un État catalan indépendant sous la forme d'une république (2015) …… 263
Document nº 49 : Arrêt sur la *Loi relative au référendum d'autodétermination* (2017) …… 269
Document nº 50 : Arrêt sur la *Loi relative à la transition juridique et pour la constitution d´une République* (2017) …… 280

I- TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX

A- ORGANISATION DES NATIONS UNIES

DOCUMENT N^{O} 1

CHARTE DES NATIONS UNIES
(Extraits)

Date d'adoption : 26 juin 1945
Source documentaire : CNUCIO, vol. 15, p. 365, [1945] R.T. Can. n° 7

NOUS, PEUPLES DES NATIONS UNIES, RÉSOLUS […]

à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites, […]

AVONS DÉCIDÉ D'ASSOCIER NOS EFFORTS POUR RÉALISER CES DESSEINS
En conséquence, nos gouvernements respectifs, par l'intermédiaire de leurs représentants, réunis en la ville de San Francisco, et munis de pleins pouvoirs reconnus en bonne et due forme, ont adopté la présente et établissent par les présentes une organisation internationale qui prendra le nom de Nations Unies.

CHAPITRE I

BUTS ET PRINCIPES

Article 1

Les buts des Nations Unies sont les suivants : […]

2. Développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, et prendre toutes autres mesures propres à consolider la paix du monde; […]

CHAPITRE IX
COOPÉRATION ÉCONOMIQUE ET SOCIALE INTERNATIONALE

Article 55

En vue de créer les conditions de stabilité et de bien-être nécessaires pour assurer entre les nations des relations pacifiques et amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, les Nations Unies favoriseront :

a) le relèvement des niveaux de vie, le plein emploi et des conditions de progrès et de développement dans l'ordre économique et social;
b) la solution des problèmes internationaux dans les domaines économique, social, de la santé publique et autres problèmes connexes, et la coopération internationale dans les domaines de la culture intellectuelle et de l'éducation;
c) le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion.

Article 56

Les Membres s'engagent, en vue d'atteindre les buts énoncés à l'article 55, à agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation.

CHAPITRE XI

DÉCLARATION RELATIVE AUX TERRITOIRES NON AUTONOMES

Article 73

Les Membres des Nations Unies qui ont ou qui assument la responsabilité d'administrer des territoires dont les populations ne s'administrent pas encore complètement elles-mêmes reconnaissent le principe de la primauté des intérêts des habitants de ces territoires. Ils acceptent comme une mission sacrée l'obligation de favoriser dans toute la mesure possible leur prospérité, dans le cadre du système de paix et de sécurité internationales établi par la présente Charte et, à cette fin : […]

b) de développer leur capacité de s'administrer elles-mêmes, de tenir compte des aspirations politiques des populations et de les aider dans le développement progressif de leurs libres institutions politiques, dans la mesure appropriée aux conditions particulières de chaque territoire et de ses populations et à leurs degrés variables de développement;
[…]

CHAPITRE XII

RÉGIME INTERNATIONAL DE TUTELLE […]

Article 76

Conformément aux buts des Nations Unies, énoncés à l'article 1 de la présente Charte, les fins essentielles du régime de tutelle sont les suivantes : […]

b) favoriser le progrès politique, économique et social des populations des territoires sous tutelle ainsi que le développement de leur instruction; favoriser également leur évolution progressive vers la capacité à s'administrer eux-mêmes ou l'indépendance, compte tenu des conditions particulières à chaque territoire et à ses populations, des aspirations librement exprimées des populations intéressées et des dispositions qui pourront être prévues dans chaque accord de tutelle; […]

DOCUMENT N^{O} 2

DÉCLARATION UNIVERSELLE DES DROITS DE L'HOMME
(Extraits)

Date d'adoption : 10 décembre 1948
N^{o} de la résolution : 217 A

Article 21

1. Toute personne a le droit de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis.
2. Toute personne a droit à accéder, dans des conditions d'égalité, aux fonctions publiques de son pays.
3. La volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics; cette volonté doit s'exprimer par 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.

DOCUMENT N^{O} 3

DÉCLARATION SUR L'OCTROI DE L'INDÉPENDANCE AUX PAYS ET AUX PEUPLES COLONIAUX (1960)

*N^{o} de la rés*olution : 1514
Date d'adoption : 14 décembre 1960

L'Assemblée générale,

Consciente de ce que les peuples du monde se sont, dans la Charte des Nations Unies, déclarés résolus à proclamer à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites, et à favoriser le progrès social et instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande,

Consciente de la nécessité de créer des conditions de stabilité et de bien-être et des relations pacifiques et amicales fondées sur le respect des principes de l'égalité de droits et de la libre détermination de tous les peuples, et d'assurer le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion,

Reconnaissant le désir passionné de liberté de tous les peuples dépendants et le rôle décisif de ces peuples dans leur accession à l'indépendance,

Consciente des conflits croissants qu'entraîne le fait de refuser la liberté à ces peuples ou d'y faire obstacle, qui constituent une grave menace à la paix mondiale,

Considérant le rôle important de l'Organisation des Nations Unies comme moyen d'aider le mouvement vers l'indépendance dans les territoires sous tutelle et les territoires non autonomes,

Reconnaissant que les peuples du monde souhaitent ardemment la fin du colonialisme dans toutes ses manifestations,

Convaincue que le maintien du colonialisme empêche le développement de la coopération économique internationale, entrave le développement social, culturel et économique des peuples dépendants et va à l'encontre de l'idéal de paix universelle des Nations Unies,

Affirmant que les peuples peuvent, pour leurs propres fins, disposer librement de leurs richesses et ressources naturelles sans préjudice des obligations qui découleraient de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'avantage mutuel, et du droit international,

Persuadée que le processus de libération est irrésistible et irréversible et que, pour éviter de graves crises, il faut mettre fin au colonialisme et à toutes les pratiques de ségrégation et de discrimination dont il s'accompagne,

Se félicitant de ce qu'un grand nombre de territoires dépendants ont accédé à la liberté et à l'indépendance au cours de ces dernières années, et reconnaissant les tendances toujours plus fortes vers la liberté qui se manifestent dans les territoires qui n'ont pas encore accédé à l'indépendance,

Convaincue que tous les peuples ont un droit inaliénable à la pleine liberté, à l'exercice de leur souveraineté et à l'intégrité de leur territoire national,

Proclame solennellement la nécessité de mettre rapidement et inconditionnellement fin au colonialisme sous toutes ses formes et dans toutes ses manifestations;

Et, à cette fin,

Déclare ce qui suit :

1. La sujétion des peuples à une subjugation, à une domination et à une exploitation étrangères constitue un déni des droits fondamentaux de l'homme, est contraire à la Charte des Nations Unies et compromet la cause de la paix et de la coopération mondiales.

2. Tous les peuples ont le droit de libre détermination; en vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et poursuivent librement leur développement économique, social et culturel.

3. Le manque de préparation dans les domaines politique, économique ou social ou dans celui de l'enseignement ne doit jamais être pris comme prétexte pour retarder l'indépendance.

4. Il sera mis fin à toute action armée et à toutes mesures de répression, de quelque sorte qu'elles soient, dirigées contre les peuples dépendants, pour permettre à ces peuples d'exercer pacifiquement et librement leur droit à l'indépendance complète, et l'intégrité de leur territoire national sera respectée.

5. Des mesures immédiates seront prises, dans les territoires sous tutelle, les territoires non autonomes et tous autres territoires qui n'ont pas encore accédé à l'indépendance, pour transférer tous pouvoirs aux peuples de ces territoires, sans aucune condition ni réserve, conformément à leur volonté et à leurs voeux librement exprimés, sans aucune distinction de race, de croyance ou de couleur, afin de leur permettre de jouir d'une indépendance et d'une liberté complètes.

6. Toute tentative visant à détruire partiellement ou totalement l'unité nationale et l'intégrité territoriale d'un pays est incompatible avec les buts et les principes de la Charte des Nations Unies.

7. Tous les États doivent observer fidèlement et strictement les dispositions de la Charte des Nations Unies, de la Déclaration universelle des droits de l'homme et de la présente Déclaration sur la base de l'égalité, de la non-ingérence dans les affaires intérieures des États et du respect des droits souverains et de l'intégrité territoriale de tous les peuples.

DOCUMENT N^{O} 4

PRINCIPES APPLICABLES AUX COMMUNICATIONS DE RENSEIGNEMENT SUR LES TERRITOIRES NON AUTONOMES (1960)

Date d'adoption : 15 décembre 1960
N^{o} de la résolution : 1541

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

L'Assemblée générale,

Considérant les objectifs énoncés au Chapitre XI de la Charte des Nations Unies,

Tenant compte de la liste de facteurs jointe en annexe à la résolution 742 (VIII) de l'Assemblée générale, en date du 27 novembre 1953,

Ayant examiné le rapport du Comité spécial des Six chargé de la question de la communication de renseignements en vertu de l'alinéa e de l'Article 73 de la Charte qui avait pour mission, aux termes de la résolution 1467 (XIV) de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 1959, d'étudier les 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 et de faire rapport à l'Assemblée, lors de sa quinzième session, sur les résultats de son étude,

1. Exprime sa satisfaction des travaux du Comité spécial des Six chargé de la question de la communication de renseignements en vertu de l'alinéa c de l'Article 73 de la Charte;

2. Approuve les principes énoncés dans la subdivision B de la section V du rapport présenté par le Comité, sous leur forme amendée, tels qu'ils figurent dans l'annexe à la présente résolution;

3. Décide qu'il y a lieu d'appliquer ces principes, compte tenu dans chaque cas des faits et des circonstances, pour déterminer si l'obligation de communiquer des renseignements, prévue à l'alinéa e de l'Article 73 de la Charte, est applicable ou non.

ANNEXE

PRINCIPES QUI DOIVENT GUIDER LES ÉTATS MEMBRES POUR DÉTERMINER SI L'OBLIGATION DE COMMUNIQUER DES RENSEIGNEMENT, PRÉVUE À L'ALINÉA e DE L'ARTICLE 73 DE LA CHARTE DES NATIONS UNIES, LEUR EST APPLICABLE OU NON

Principe premier

Les auteurs de la Charte des Nations Unies entendaient que le Chapitre XI soit applicable aux territoires qui étaient alors connus comme étant du type colonial. Il y a obligation de communiquer des renseignements, aux termes de l'alinéa e de l'Article 73 de la Charte, à l'égard de ces territoires dont les populations ne s'administrent pas complètement elles-mêmes.

Principe II

Tels que le Chapitre XI de la Charte les conçoit, les territoires non autonomes sont dans un état dynamique d'évolution et de progrès vers la pleine capacité à s'administrer eux-mêmes.

Dès qu'un territoire et ses populations ont atteint cette pleine autonomie, l'obligation cesse. Tant qu'ils ne l'ont pas atteinte, l'obligation de communiquer des renseignements, prévue à l'alinéa e de l'Article 73, subsiste.

Principe III

L'obligation de communiquer des renseignements au titre de l'alinéa e de l'Article 73 de la Charte constitue une obligation internationale qui doit être exécutée en tenant dûment compte des exigences du droit international.

Principe IV

Il y a obligation, à première vue, de communiquer des renseignements à l'égard d'un territoire géographiquement séparé et ethniquement ou culturellement distinct du pays qui l'administre.

Principe V

Une fois établi qu'il s'agit à première vue d'un territoire géographiquement et ethniquement ou culturellement

distinct, d'autres éléments peuvent entrer en ligne de compte. Ces éléments supplémentaires peuvent être notamment de nature administrative, politique, juridique, économique ou historique. S'ils affectent les relations entre le territoire métropolitain et le territoire considéré de telle façon qu'ils placent arbitrairement ce dernier dans une position ou un état de subordination, ils confirment la présomption qu'il y a obligation de communiquer des renseignements au titre de l'alinéa e de l'Article 73 de la Charte.

Principe VI

On peut dire qu'un territoire non autonome a atteint la pleine autonomie:

a) Quand il est devenu État indépendant et souverain;
b) Quand il s'est librement associé à un État indépendant; ou
c) Quand il s'est intégré à un État indépendant.

Principe VII

a) La libre association doit résulter d'un choix libre et volontaire des populations du territoire en question, exprimé selon des méthodes démocratiques et largement diffusées. Elle doit respecter l'individualité et les caractéristiques culturelles du territoire et de ses populations, et conserver aux populations du territoire qui s'associe à un État indépendant la liberté de modifier le statut de ce territoire en exprimant leur volonté par des moyens démocratiques ct selon des méthodes constitutionnelles.

b) Le territoire associé doit avoir le droit de déterminer sa constitution intérieure, sans ingérence extérieure, conformément aux méthodes constitutionnelles régulières et aux vœux librement exprimés de ses populations. Cela n'exclut pas les consultations que pourraient appeler ou exiger les clauses de la libre association.

Principe VIII

L'intégration à un État indépendant doit se faire sur la base de l'égalité complète entre le peuple du territoire antérieurement non autonome et celui de l'État indépendant auquel il s'intègre. Les deux peuples doivent avoir, sans distinction ni discrimination, un statut et des droits de citoyenneté égaux ainsi que des garanties égales pour ce qui est des libertés et droits fondamentaux; ils doivent tous deux avoir des droits égaux et des possibilités égales de représentation et de participation effective, à tous les échelons, dans les organes exécutifs, législatifs et judiciaires de l'État.

Principe IX

L'intégration devra s'être faite dans les conditions suivantes:

a) Le territoire intégré devra avoir atteint un stade avancé d'autonomie, avec des institutions politiques libres, de telle sorte que ses populations aient la capacité de choisir en pleine connaissance de cause, selon des méthodes démocratiques et largement diffusées;

b) L'intégration doit résulter du 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. L'Organisation des Nations Unies pourra, quand elle le jugera nécessaire, contrôler l'application de ces méthodes.

Principe X

La communication de renseignements sur les territoires non autonomes, au titre de l'alinéa e de l'Article 73 de la Charte, est sujette aux limitations que peuvent exiger des considérations constitutionnelles et de sécurité. Cela

signifie que la portée des renseignements peut être limitée dans certaines circonstances, mais la limitation prévue à l'alinéa e de 1'Article 73 ne peut pas libérer un État Membre des obligations que lui impose le Chapitre XI. La "limitation" ne peut porter que sur le volume des renseignements à transmettre dans les domaines économique et social et dans celui de l'enseignement.

Principe X1

Les seules considérations constitutionnelles auxquelles l'alinéa c de l'Article 73 de la Charte se réfère sont celles qui résultent des relations constitutionnelles entre le territoire et l'État Membre administrant. Elles concernent une situation dans laquelle la constitution du territoire lui donne l'autonomie dans les questions économiques et sociales et en matière d'enseignement, au moyen d'institutions librement élues. Cependant, la responsabilité de communiquer des renseignements prévue à l'alinéa a de l'Article 73 subsiste, à moins que ces relations constitutionnelles n'empêchent le gouvernement ou le parlement de l'État Membre administrant de recevoir des statistiques ou autres renseignements de nature technique concernant la situation du territoire dans les domaines économique et social et dans celui de l'enseignement.

Principe XII

Les exigences de la sécurité n'ont pas été invoquées dans le passé. Ce n'est que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles que des renseignements d'ordre économique ou social ou concernant l'enseignement peuvent mettre en cause la sécurité. Dans d'autres circonstances, par conséquent, il n'y a aucun besoin de limiter la communication des renseignements pour des raisons de sécurité.

DOCUMENT N^{O} 5

PACTES INTERNATIONAUX RELATIFS AUX DROITS DE L'HOMME

(*Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et cultures et Pacte international relatif aux droits civils et politiques*)

(Extrait)

Date d'adoption : 16 décembre 1966
Sources documentaires : (1976) 943 R.T.N.U. 13 et (1976) 999 R.T.N.U. 107; R.T.Can. n°s 46 et 47; R.E.I.Q. 1976 (3) et 4

Article 1er premier (commun)

1. Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.
2. Pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, sans préjudice des obligations qui découlent de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'intérêt mutuel, et du droit international. En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance.
3. Les États parties au présent Pacte, y compris ceux qui ont la responsabilité d'administrer des territoires non autonomes et des territoires sous tutelle, sont tenus de faciliter la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et de respecter ce droit, conformément aux dispositions de la Charte des Nations Unies.

DOCUMENT N^{O} 6

OBSERVATION GÉNÉRALE N° 12 DU COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME SUR LE DROIT À L'AUTODÉTERMINATION (1984)

Date d'adoption : 13 mars 1984
Source documentaire : HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I)

Article premier (Le droit à l'autodétermination)

1. Conformément aux buts et aux principes de la Charte des Nations Unies, l'article premier du Pacte international relatif aux droits civils et politiques reconnaît à tous les peuples le droit de disposer d'eux-mêmes. Ce droit revêt une importance particulière, parce que sa réalisation est une condition essentielle de la garantie et du respect effectif des droits individuels de l'homme ainsi que de la promotion et du renforcement de ces droits. C'est pour cette raison que les États ont fait du droit des peuples de disposer d'eux-mêmes, dans les deux Pactes, une disposition de droit positif, qu'ils ont placée, en tant qu'article premier, séparément et en tête de tous les autres droits énoncés dans ces Pactes.

2. L'article premier consacre un droit inaliénable de tous les peuples, défini aux paragraphes 1 et 2 de cet article. En vertu de ce droit, les peuples « déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel ». L'article impose à tous les États les obligations qui correspondent à ce droit. Ce droit, et les obligations correspondantes qui ont trait à sa mise en œuvre, sont indissociables des autres dispositions du Pacte et des règles de droit international.

3. Les rapports que tous les États parties ont l'obligation d'établir doivent porter aussi sur l'article premier, mais seuls quelques-uns fournissent des renseignements détaillés sur chacun des paragraphes de cet article. Le Comité a noté à cet égard que, dans leurs rapports, beaucoup d'États passent cet article complètement sous silence, donnent à son sujet des renseignements insuffisants ou se bornent à faire état de la législation électorale. Le Comité juge très souhaitable que les rapports des États parties contiennent des renseignements sur chacun des paragraphes de l'article premier.

4. En ce qui concerne le paragraphe 1 de l'article premier, les États parties devraient décrire les procédures constitutionnelles et politiques qui permettent d'exercer ce droit dans les faits.

5. Le paragraphe 2 définit un aspect particulier du contenu économique du droit à disposer de soi-même, à savoir le droit qu'ont les peuples, pour atteindre leurs fins, de « disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, sans préjudice des obligations qui découlent de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'intérêt mutuel, et du droit international ». Ce droit impose des devoirs correspondants à tous les États et à la communauté internationale. Les États devraient indiquer tous les facteurs ou les difficultés qui les empêchent de disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, en violation des dispositions de ce paragraphe, et la mesure dans laquelle cet empêchement a des conséquences sur l'exercice d'autres droits énoncés dans le Pacte.

6. De l'avis du Comité, le paragraphe 3 revêt une importance particulière en ce sens qu'il impose des obligations précises aux États parties, non seulement à l'égard de leurs peuples, mais aussi à l'égard de tous les peuples qui n'ont pas pu exercer leur droit à l'autodétermination, ou qui ont été privés de cette possibilité. Le caractère général de ce paragraphe se trouve confirmé par les travaux préparatoires de son texte. Aux termes de ce paragraphe, « les États parties au présent Pacte, y compris ceux qui ont la responsabilité d'administrer des territoires non autonomes et des territoires sous tutelle, sont tenus de faciliter la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et de respecter ce droit, conformément aux dispositions de la Charte des Nations Unies ». Ces obligations sont les mêmes, que le peuple ayant droit à disposer de lui-même dépende ou non d'un État partie au Pacte. Il s'ensuit que tous les États parties doivent prendre des mesures positives pour faciliter la réalisation et

le respect du droit des peuples de disposer d'eux-mêmes. Ces mesures positives doivent être conformes aux obligations qui incombent aux États en vertu de la Charte des Nations Unies et du droit international: en particulier, les États doivent s'abstenir de toute ingérence dans les affaires intérieures d'autres États et, ainsi, de compromettre l'exercice du droit à l'autodétermination. Les rapports doivent contenir des renseignements sur l'exécution de ces obligations et les mesures prises à cette fin.

7. À propos de l'article premier du Pacte, le Comité renvoie à d'autres instruments internationaux concernant le droit de tous les peuples de disposer d'eux-mêmes, et en particulier à la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, que l'Assemblée générale a adoptée le 24 octobre 1970 dans sa résolution 2625 (XXV).

8. De l'avis du Comité, l'histoire montre que la réalisation et le respect du droit des peuples de disposer d'eux-mêmes contribuent à l'établissement de relations et d'une coopération amicales entre les États et à la consolidation de la paix et de la compréhension internationales.

DOCUMENT N^{O} 7

DÉCLARATION SUR LES RELATIONS AMICALES (1970)

(*Déclaration relative aux principes du droit international touchant aux relations amicales et à la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations unies*)

(Extraits)

Date d'adoption : 24 octobre 1975
N^{o} de la résolution : 2625

Paragraphe cinquième

Le principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes

En vertu du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, principe consacré dans la Charte des Nations Unies, tous les peuples ont le droit de déterminer leur statut politique, en toute liberté et sans ingérence extérieure, et de poursuivre leur développement économique, social et culturel, et tout État a le devoir de respecter ce droit conformément aux dispositions de la Charte.

Tout État a le devoir de favoriser, conjointement avec d'autres États ou séparément, la réalisation du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, conformément aux dispositions de la Charte, et d'aider l'Organisation des Nations Unies à s'acquitter des responsabilités que lui a conférées la Charte en ce qui concerne l'application de ce principe, afin de:

a) Favoriser les relations amicales et la coopération entre les États; et

b) Mettre rapidement fin au colonialisme en tenant dûment compte de la volonté librement exprimée des peuples intéressés;

et en ayant présent à l'esprit que soumettre des peuples à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation étrangères constitue une violation de ce principe, ainsi qu'un déni des droits fondamentaux de l'homme, et est contraire à la Charte.

Tout État a le devoir de favoriser, conjointement avec d'autres États ou séparément, le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conformément a la Charte.

La création d'un État souverain et indépendant, la libre association ou l'intégration avec un État indépendant ou l'acquisition de tout autre statut politique librement décidé par un peuple constituent pour ce peuple des moyens d'exercer son droit à disposer de lui-même.

Tout État a le devoir de s'abstenir de recourir à toute mesure de coercition qui priverait les peuples mentionnés ci-dessus dans la formulation du présent principe de leur droit à disposer d'eux-mêmes, de leur liberté et de leur indépendance. Lorsqu'ils réagissent et résistent à une telle mesure de coercition dans l'exercice de leur droit à disposer d'eux-mêmes, ces peuples sont en droit de chercher et de recevoir un appui conforme aux buts et principes de la Charte.

Le territoire d'une colonie ou d'un autre territoire non autonome possède, en vertu de la Charte, un statut séparé et distinct de celui du territoire de l'État qui l'administre; ce statut séparé et distinct en vertu de la Charte existe aussi longtemps que le peuple de la colonie ou du territoire non autonome n'exerce pas son droit à disposer de lui-même conformément à la Charte et, plus particulièrement, à ses buts et principes.

Rien dans les paragraphes précédents ne sera interprété comme autorisant ou encourageant une action, quelle qu'elle soit, qui démembrerait ou menacerait, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique de tout État souverain et indépendant se conduisant conformément au principe de l'égalité de droits et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes énoncé ci-dessus et doté ainsi d'un gouvernement représentant l'ensemble du peuple appartenant au territoire sans distinction de race, de croyance ou de couleur.

Tout État doit s'abstenir de toute action visant à rompre partiellement ou totalement l'unité nationale et l'intégrité territoriale d'un autre État ou d'un autre pays.

DOCUMENT N^{O} 8

DÉCLARATION ET PROGRAMME D'ACTION DE VIENNE
(Extrait)

Date d'adoption : 25 juin 1993
Source documentaire : Doc. N.U. A/CONF.157/23 (1993)

I- 2. Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et poursuivent librement leur développement économique, social et culturel.

Compte tenu de la situation particulière des peuples soumis à la domination coloniale ou à d'autres formes de domination ou d'occupation étrangères, la Conférence mondiale sur les droits de l'homme reconnaît que les peuples ont le droit de prendre toute mesure légitime, conformément à la Charte des Nations Unies, pour réaliser leur droit inaliénable à l'autodétermination. Elle considère que le déni du droit à l'autodétermination est une violation des droits de l'homme et souligne qu'il importe que ce droit soit effectivement réalisé.

En application de la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, ce qui précède ne devra pas être interprété comme autorisant ou encourageant toute mesure de nature à démembrer ou compromettre, en totalité ou en partie, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'États souverains et indépendants respectueux du principe de l'égalité de droits et de l'autodétermination des peuples et, partant, dotés d'un gouvernement représentant la totalité de la population appartenant au territoire, sans distinction aucune.

DOCUMENT N^{O} 9

DÉCLARATION DU CINQUANTIÈME ANNIVERSAIRE DE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES
(Extrait)

Date d'adoption : 9 novembre 1995
N^{o} de la résolution : 50/6

[…] À l'occasion du cinquantième anniversaire de l'Organisation des Nations Unies, nous, États Membres et observateurs de l'Organisation, représentant les peuples du monde :

— Réaffirmons solennellement les buts et les principes de la Charte des Nations Unies ainsi que l'attachement que nous leur portons;

— Exprimons notre gratitude à tous les hommes et à toutes les femmes qui ont rendu possible l'Organisation des Nations Unies, accompli son œuvre et servi ses idéaux, notamment à ceux qui ont fait don de leur vie à son service;

— Sommes résolus à ce que l'Organisation des Nations Unies de demain œuvre avec une vigueur et une efficacité renouvelées à la promotion de la paix, du développement, de l'égalité et de la justice, et de la compréhension entre les peuples;

— Ferons en sorte que l'Organisation des Nations Unies entre dans le XXIe siècle dotée de moyens, de ressources financières et de structures qui lui permettent de servir efficacement les peuples au nom desquels elle a été créée.

Afin de tenir ces engagements, nous serons guidés dans notre coopération future par les considérations suivantes concernant la paix, le développement, l'égalité, la justice et l'Organisation des Nations Unies :

PAIX

1. Pour mener à bien cette tâche et sachant que l'action entreprise pour assurer la paix, la sécurité et la stabilité dans le monde restera vaine si les besoins économiques et sociaux des peuples ne sont pas satisfaits, nous nous engageons à :

[…] Continuer à réaffirmer le droit de tous les peuples à disposer d'eux-mêmes, en tenant compte de la situation particulière des peuples soumis à la domination coloniale ou à d'autres formes de domination ou d'occupations étrangères, et reconnaître le droit des peuples à prendre des mesures légitimes conformément à la Charte des Nations Unies pour réaliser leur droit inaliénable à l'autodétermination. Cela ne devra pas être interprété comme autorisant ou encourageant toute mesure de nature à démembrer ou compromettre, en totalité ou en partie, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'États souverains et indépendants respectueux du principe de l'égalité des droits et de l'autodétermination des peuples et, partant, dotés d'un gouvernement représentant la totalité de la population appartenant au territoire, sans distinction aucune;

DOCUMENT N^{O} 10

DÉCLARATION DES NATIONS UNIES SUR LES DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES (2007)
(Extraits)

Date d'adoption : 13 septembre 2007
N^{o} de la résolution : 61/295

L'Assemblée générale,

Guidée par les buts et principes énoncés dans la Charte des Nations Unies et convaincue que les États se conformeront aux obligations que leur impose la Charte,

Affirmant que les peuples autochtones sont égaux à tous les autres peuples, tout en reconnaissant le droit de tous les peuples d'être différents, de s'estimer différents et d'être respectés en tant que tels,

Affirmant également que tous les peuples contribuent à la diversité et à la richesse des civilisations et des cultures, qui constituent le patrimoine commun de l'humanité,

Affirmant en outre que toutes les doctrines, politiques et pratiques qui invoquent ou prônent la supériorité de peuples ou d'individus en se fondant sur des différences d'ordre national, racial, religieux, ethnique ou culturel sont racistes, scientifiquement fausses, juridiquement sans valeur, moralement condamnables et socialement injustes,

Réaffirmant que les peuples autochtones, dans l'exercice de leurs droits, ne doivent faire l'objet d'aucune forme de discrimination,

Préoccupée par le fait que les peuples autochtones ont subi des injustices historiques à cause, entre autres, de la colonisation et de la dépossession de leurs terres, territoires et ressources, ce qui les a empêchés d'exercer, notamment, leur droit au développement conformément à leurs propres besoins et intérêts,

Consciente de la nécessité urgente de respecter et de promouvoir les droits intrinsèques des peuples autochtones, qui découlent de leurs structures politiques, économiques et sociales et de leur culture, de leurs traditions spirituelles, de leur histoire et de leur philosophie, en particulier leurs droits à leurs terres, territoires et ressources,

Consciente également de la nécessité urgente de respecter et de promouvoir les droits des peuples autochtones affirmés dans les traités, accords et autres arrangements constructifs conclus avec les États,

Se félicitant du fait que les peuples autochtones s'organisent pour améliorer leur situation sur les plans politique, économique, social et culturel et mettre fin à toutes les formes de discrimination et d'oppression partout où elles se produisent,

Convaincue que le contrôle, par les peuples autochtones, des événements qui les concernent, eux et leurs terres, territoires et ressources, leur permettra de perpétuer et de renforcer leurs institutions, leur culture et leurs traditions et de promouvoir leur développement selon leurs aspirations et leurs besoins,

Considérant que le respect des savoirs, des cultures et des pratiques traditionnelles autochtones contribue à une mise en valeur durable et équitable de l'environnement et à sa bonne gestion,

Soulignant la contribution de la démilitarisation des terres et territoires des peuples autochtones à la paix, au progrès économique et social et au développement, à la compréhension et aux relations amicales entre les nations et les peuples du monde,

Considérant en particulier le droit des familles et des communautés autochtones de conserver la responsabilité partagée de l'éducation, de la formation, de l'instruction et du bien-être de leurs enfants, conformément aux droits de l'enfant,

Estimant que les droits affirmés dans les traités, accords et autres arrangements constructifs entre les États et les peuples autochtones sont, dans certaines situations, des sujets de préoccupation, d'intérêt et de responsabilité à l'échelle internationale et présentent un caractère international,

Estimant également que les traités, accords et autres arrangements constructifs, ainsi que les relations qu'ils représentent, sont la base d'un partenariat renforcé entre les peuples autochtones et les États,

Constatant que la Charte des Nations Unies, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques2, ainsi que la Déclaration et le Programme d'action de Vienne, affirment l'importance fondamentale du droit de tous les peuples de disposer d'eux-mêmes, droit en vertu duquel ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel,

Consciente qu'aucune disposition de la présente Déclaration ne pourra être invoquée pour dénier à un peuple quel qu'il soit son droit à l'autodétermination, exercé conformément au droit international,

Convaincue que la reconnaissance des droits des peuples autochtones dans la présente Déclaration encouragera des relations harmonieuses et de coopération entre les États et les peuples autochtones, fondées sur les principes de justice, de démocratie, de respect des droits de l'homme, de non-discrimination et de bonne foi,

Encourageant les États à respecter et à mettre en œuvre effectivement toutes leurs obligations applicables aux peuples autochtones en vertu des instruments internationaux, en particulier ceux relatifs aux droits de l'homme, en consultation et en coopération avec les peuples concernés,

Soulignant que l'Organisation des Nations Unies a un rôle important et continu à jouer dans la promotion et la protection des droits des peuples autochtones,

Convaincue que la présente Déclaration est une nouvelle étape importante sur la voie de la reconnaissance, de la promotion et de la protection des droits et libertés des peuples autochtones et dans le développement des activités pertinentes du système des Nations Unies dans ce domaine,

Considérant et réaffirmant que les autochtones sont admis à bénéficier sans aucune discrimination de tous les droits de l'homme reconnus en droit international, et que les peuples autochtones ont des droits collectifs qui sont indispensables à leur existence, à leur bienêtre et à leur développement intégral en tant que peuples,

Considérant que la situation des peuples autochtones n'est pas la même selon les régions et les pays, et qu'il faut tenir compte de l'importance des particularités nationales ou régionales, ainsi que de la variété des contextes historiques et culturels,

Proclame solennellement la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, dont le texte figure ci-après, qui constitue un idéal à atteindre dans un esprit de partenariat et de respect mutuel :

Article premier

Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif ou individuel, de jouir pleinement de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnus par la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international relatif aux droits de l'homme.

Article 2

Les autochtones, peuples et individus, sont libres et égaux à tous les autres et ont le droit de ne faire l'objet, dans l'exercice de leurs droits, d'aucune forme de discrimination fondée, en particulier, sur leur origine ou leur identité autochtone.

Article 3

Les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.

Article 4

Les peuples autochtones, dans l'exercice de leur droit à l'autodétermination, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes pour tout ce qui touche à leurs affaires intérieures et locales, ainsi que de disposer des moyens de financer leurs activités autonomes.

Article 5

Les peuples autochtones ont le droit de maintenir et de renforcer leurs institutions politiques, juridiques, économiques, sociales et culturelles distinctes, tout en conservant le droit, si tel est leur choix, de participer pleinement à la vie politique, économique, sociale et culturelle de l'État. […]

Article 46

1. Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un peuple, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte contraire à la Charte des Nations Unies, ni considérée comme autorisant ou encourageant aucun acte ayant pour effet de détruire ou d'amoindrir, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'un État souverain et indépendant.

2. Dans l'exercice des droits énoncés dans la présente Déclaration, les droits de l'homme et les libertés fondamentales de tous sont respectés. L'exercice des droits énoncés dans la présente Déclaration est soumis uniquement aux restrictions prévues par la loi et conformes aux obligations internationales relatives aux droits de l'homme. Toute restriction de cette nature sera non discriminatoire et strictement nécessaire à seule fin d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et de satisfaire aux justes exigences qui s'imposent dans une société démocratique.

3. Les dispositions énoncées dans la présente Déclaration seront interprétées conformément aux principes de justice, de démocratie, de respect des droits de l'homme, d'égalité, de non-discrimination, de bonne gouvernance et de bonne foi.

B- CONFÉRENCE SUR LA SÉCURITÉ ET LA COOPÉRATION EN EUROPE

DOCUMENT N^{O} 11

ACTE FINAL D'HELSINKI
(Extraits)

Date de signature : 1er août 1975

QUESTIONS RELATIVES À LA SÉCURITÉ EN EUROPE

1. a) Déclaration sur les principes régissant les relations mutuelles des États participants […]

VIII. Égalité de droits des peuples et droit des peuples à disposer d'eux-mêmes

Les États participants respectent l'égalité de droits des peuples et leur droit à disposer d'eux-mêmes, en agissant à tout moment conformément aux buts et aux principes de la Charte des Nations Unies et aux normes pertinentes du droit international, y compris celles qui ont trait à l'intégrité territoriale des États.

En vertu du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux- mêmes, tous les peuples ont toujours le droit, en toute liberté, de déterminer, lorsqu'ils le désirent et comme ils le désirent, leur statut politique interne et externe, sans ingérence extérieure, et de poursuivre à leur gré leur développement politique, économique, social et culturel.

Les États participants réaffirment l'importance universelle du respect et de l'exercice effectif par les peuples de droits égaux et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, pour le développement de relations amicales entre eux de même qu'entre tous les États; ils rappellent également l'importance de l'élimination de toute violation de ce principe, quelque forme qu'elle prenne.

DOCUMENT N^{O} 12

CHARTE DE PARIS POUR UNE NOUVELLE EUROPE

Date de signature : 21 novembre 1990

Une nouvelle ère de démocratie, de paix et d'unité

Relations amicales entre les États participants

Nous réaffirmons l'égalité de droits des peuples et leur droit à l'autodétermination conformément à la Charte des Nations Unies et aux normes pertinentes du droit international dans ce domaine, y compris celles qui ont trait à l'intégrité territoriale des États.

C- UNION AFRICAINE

DOCUMENT N^{O} 13

ACTE CONSTITUTIF DE L'UNION AFRICAINE (2000)
(Extraits)

Date d'adoption : 11 juillet 2000
Source documentaire : (2001) 2158 R.T.N.U. 3

Considérant les principes et les objectifs énoncés dans la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine et le Traité instituant la Communauté économique africaine ;

Rappelant les luttes héroïques menées par nos peuples et nos pays pour l'indépendance politique, la dignité humaine et l'émancipation économique ; […]

Résolus à promouvoir et à protéger les droits de l'homme et des peuples, à consolider les institutions et la culture démocratiques, à promouvoir la bonne gouvernance et l'État de droit ;[…]

SOMMES CONVENUS DE CE QUI SUIT : […]

Article 3
Objectifs

Les objectifs de l'Union sont les suivants :
(a) réaliser une plus grande unité et solidarité entre les pays africains et entre les peuples d'Afrique ;

(b) défendre la souveraineté, l'intégrité territoriale et l'indépendance de ses États membres ;
(c) accélérer l'intégration politique et socio-économique du continent ;
(d) promouvoir et défendre les positions africaines communes sur les questions d'intérêt pour le continent et ses peuples ;
(e) favoriser la coopération internationale, en tenant dûment compte de la Charte des Nations Unies et de la Déclaration universelle des droits de l'homme ;
(f) promouvoir la paix, la sécurité et la stabilité sur le continent ;
(g) promouvoir les principes et les institutions démocratiques, la participation populaire et la bonne gouvernance ;
(h) promouvoir et protéger les droits de l'homme et des peuples conformément à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et aux autres instruments pertinents relatifs aux droits de l'homme ;
(i) créer les conditions appropriées permettant au continent de jouer le rôle qui est le sien dans l'économie mondiale et dans les négociations internationales ;
(j) promouvoir le développement durable aux plans économique, social et culturel, ainsi que l'intégration des économies africaines ;
(k) promouvoir la coopération et le développement dans tous les domaines de l'activité humaine en vue de relever le niveau de vie des peuples africains ;
(l) coordonner et harmoniser les politiques entre les Communautés économiques régionales existantes et futures en vue de la réalisation graduelle des objectifs de l'Union;
(m) accélérer le développement du continent par la promotion de la recherche dans tous les domaines, en particulier en science et en technologie ;
(n) œuvrer de concert avec les partenaires internationaux pertinents en vue de l'éradication des maladies évitables et de la promotion de la santé sur le continent.

Article 4
Principes

L'Union africaine fonctionne conformément aux principes suivants :

(a) Égalité souveraine et interdépendance de tous les membres de l'Union ;
(b) Respect des frontières existant au moment de l'accession à l'indépendance ;
(c) Participation des peuples africains aux activités de l'Union ; […]

DOCUMENT N^{O} 14

CHARTE AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES
(Extraits)

Date d'adoption : 26 juin 1981
Source documentaire : (1988) 1520 R.T.N.U. 217

PRÉAMBULE

Les États africains membres de L'OUA, parties à la présente Charte qui porte le titre de « Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples »;

Rappelant la décision 115 (XVI) de la Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement, en sa Seizième Session Ordinaire tenue à MONROVIA (Liberia) du 17 au 20 Juillet 1979, relative à l'élaboration d'un avant-projet de Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, prévoyant notamment l'institution d'organes de promotion et de protection des Droits de l'Homme et des Peuples;

Considérant la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine, aux termes de laquelle, "la liberté, l'égalité, la justice et la dignité sont des objectifs essentiels à la réalisation des aspirations légitimes des peuples africains";

Réaffirmant l'engagement qu'ils ont solennellement pris à l'Article 2 de ladite Charte, d'éliminer sous toutes ses formes le colonialisme de l'Afrique, de coordonner et d'intensifier leur coopération et leurs efforts pour offrir de meilleures conditions d'existence aux peuples d'Afrique, de favoriser la coopération internationale en tenant dûment compte de la Charte des Nations Unies et de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme ;

Tenant compte des vertus de leurs traditions historiques et des valeurs de civilisation africaine qui doivent inspirer et caractériser leurs réflexions sur la conception des droits de l'homme et des peuples;

Reconnaissant que d'une part, les droits fondamentaux de l'être humain sont fondés sur les attributs de la personne humaine, ce qui justifie leur protection internationale et que d'autre part, la réalité et le respect des droits du peuple doivent nécessairement garantir les droits de l'homme;

Considérant que la jouissance des droits et libertés implique l'accomplissement des devoirs de chacun;

Convaincus qu'il est essentiel d'accorder désormais une attention particulière au droit au développement; que les droits civils et politiques sont indissociables des droits économiques, sociaux et culturels, tant dans leur conception que dans leur universalité, et que la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels garantit la jouissance des droits civils et politiques;

Conscients de leur devoir de libérer totalement l'Afrique dont les peuples continuent à lutter pour leur indépendance véritable et leur dignité et s'engageant à éliminer le colonialisme, le néocolonialisme, l'apartheid, le sionisme, les bases militaires étrangères d'agression et toutes formes de discrimination, notamment celles fondées sur la race, l'ethnie, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'opinion politique;

Réaffirmant leur attachement aux libertés et aux droits de l'homme et des peuples contenus dans les déclarations, conventions et autres instruments adoptés dans le cadre de l'Organisation de l'Unité Africaine, du Mouvement des Pays Non-Alignés et de l'Organisation des Nations-Unies;

Fermement convaincus de leur devoir d'assurer la promotion et la protection des droits et libertés de l'homme et des peuples, compte dûment tenu de l'importance primordiale traditionnellement attachée en Afrique à ces droits et libertés,

Sont convenus ce qui suit:

PREMIÈRE PARTIE

DES DROITS ET DES DEVOIRS

CHAPITRE 1

DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES […]

Article 19

Tous les peuples sont égaux ; ils jouissent de la même dignité et ont les mêmes droits. Rien ne peut justifier la domination d'un peuple par un autre.

Article 20

1. Tout peuple a droit à l'existence. Tout peuple a un droit imprescriptible et inaliénable à l'autodétermination. ll détermine librement son statut politique et assure son développement économique et social selon la voie qu'il a librement choisie.
2. Les peuples colonisés ou opprimés ont le droit de se libérer de leur état de domination en recourant à tous moyens reconnus par la Communauté internationale.
3. Tous les peuples ont droit à l'assistance des États parties à la présente Charte, dans leur lutte de libération contre la domination étrangère, qu'elle soit d'ordre politique, économique ou culturel.

Article 21

1. Les peuples ont la libre disposition de leurs richesses et de leurs ressources naturelles. Ce droit s'exerce dans l'intérêt exclusif des populations. En aucun cas, un peuple ne peut en être privé.
2. En cas de spoliation, le peuple spolié a droit à la légitime récupération de ses biens ainsi qu'à une indemnisation adéquate.
3. La libre disposition des richesses et des ressources naturelles s'exerce sans préjudice de l'obligation de promouvoir une coopération économique internationale fondée sur le respect mutuel, l'échange équitable, et les principes du droit international.
4. Les États parties à la présente Charte s'engagent, tant individuellement que collectivement, à exercer le droit de libre disposition de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, en vue de renforcer l'unité et la solidarité africaines.
5. Les États, parties à la présente Charte, s'engagent à éliminer toutes les formes d'exploitation économique étrangère, notamment celle qui est pratiquée par des monopoles internationaux, afin de permettre à la population de chaque pays de bénéficier pleinement des avantages provenant de ses ressources nationales.

Article 22

1. Tous les peuples ont droit à leur développement économique, social et culturel, dans le respect strict de leur liberté et de leur identité, et à la jouissance égale du patrimoine commun de l'humanité.
2. Les États ont le devoir, séparément ou en coopération, d'assurer l'exercice du droit au développement.

Article 23

1. Les peuples ont droit à la paix et à la sécurité tant sur le plan national que sur le plan international. Le principe de solidarité et de relations amicales affirmé implicitement par la Charte de l'Organisation des Nations Unies et réaffirmé par celle de l'Organisation de l'Unité Africaine est applicable aux rapports entre les États.
2. Dans le but de renforcer la paix, la solidarité et les relations amicales, les États, parties à la présente Charte, s'engagent à interdire:

i. qu'une personne jouissant du droit d'asile aux termes de l'article 12 de la présente Charte entreprenne une activité subversive dirigée contre son pays d'origine ou contre tout autre pays, parties à la présente Charte;
ii. que leurs territoires soient utilisés comme base de départ d'activités subversives ou terroristes dirigées contre le peuple de tout autre État, partie à la présente Charte.

Article 24

Tous les peuples ont droit à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement.[…]

D- UNION EUROPÉENNE

DOCUMENT N^{O} 15

TRAITÉ SUR L'UNION EUROPÉENNE (1992/2017)
(Extraits)

Date de signature : 7 février 1992; 13 décembre 2007
Source documentaire : (1993) 1757 RTNU 267; (2010) 2702 R.T.N.U 3

PRÉAMBULE

[…] DÉTERMINÉS à promouvoir le progrès économique et social de leurs peuples, compte tenu du principe du développement durable et dans le cadre de l'achèvement du marché intérieur, et du renforcement de la cohésion et de la protection de l'environnement, et à mettre en œuvre des politiques assurant des progrès parallèles dans l'intégration économique et dans les autres domaines,
[…]
RÉSOLUS à poursuivre le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, dans laquelle les décisions sont prises le plus près possible des citoyens, conformément au principe de subsidiarité,

TITRE I : DISPOSITIONS COMMUNES

Article 3

1. L'Union a pour but de promouvoir la paix, ses valeurs et le bien-être de ses peuples. […]

Article 50

1. Tout État membre peut décider, conformément à ses règles constitutionnelles, de se retirer de l'Union.

2. L'État membre qui décide de se retirer notifie son intention au Conseil européen. À la lumière des orientations du Conseil européen, l'Union négocie et conclut avec cet État un accord fixant les modalités de son retrait, en tenant compte du cadre de ses relations futures avec l'Union. Cet accord est négocié conformément à l'article 218, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Il est conclu au nom de l'Union par le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, après approbation du Parlement européen.

3. Les traités cessent d'être applicables à l'État concerné à partir de la date d'entrée en vigueur de l'accord de retrait ou, à défaut, deux ans après la notification visée au paragraphe 2, sauf si le Conseil européen, en accord avec l'État membre concerné, décide à l'unanimité de proroger ce délai.

4. Aux fins des paragraphes 2 et 3, le membre du Conseil européen et du Conseil représentant l'État membre qui se retire ne participe ni aux délibérations ni aux décisions du Conseil européen et du Conseil qui le concernent.

La majorité qualifiée se définit conformément à l'article 238, paragraphe 3, point b), du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

5. Si l'État qui s'est retiré de l'Union demande à adhérer à nouveau, sa demande est soumise à la procédure visée à l'article 49.

II- LOIS ET AUTRES INSTRUMENTS NATIONAUX

A- CANADA/QUÉBEC

DOCUMENT N^{O} 16

CONSTITUTION DU CANADA (1982)
(Loi constitutionnelle de 1982)
(Extraits)

Date de proclamation : 17 avril 1982
Source documentaire : L.R.C., appendice 2, nº 44

PARTIE 1

CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS
[…]

Dispositions générales

Maintien des droits et libertés des autochtones

25. Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada, notamment :

a) aux droits ou libertés reconnus par la proclamation royale du 7 octobre 1763;
b) aux droits ou libertés existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis. […]

PARTIE II
DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES DU CANADA

Confirmation des droits existants des peuples autochtones

35. (1) Les droits existants - ancestraux ou issus de traités - des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés. Définition de « peuples autochtones du Canada »

(2) Dans la présente loi, « peuples autochtones du Canada » s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.

Accords sur des revendications territoriales

(3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis. […]

DOCUMENT N^{O} 17

RÉSOLUTION DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC SUR LE DROIT DU PEUPLE QUÉBÉCOIS À DISPOSER DE LUI-MÊME (1981)

Date d'adoption : 1er décembre 1981

L'Assemblée nationale du Québec,

rappelant le droit du peuple québécois à disposer de lui-même,

et exerçant son droit historique à être partie prenante et à consentir à tout changement dans la constitution du Canada qui pourrait affecter les droits et les pouvoirs du Québec,

déclare qu'elle ne peut accepter le projet de rapatriement de la constitution sauf si celui-ci rencontre les conditions suivantes :

1. on devra reconnaître que les deux peuples qui ont fondé le Canada sont foncièrement égaux et que le Québec forme à l'intérieur de l'ensemble fédéral canadien une société distincte par la langue, la culture, les institutions et qui possède tous les attributs d'une communauté nationale distincte;

2. le mode d'amendement de la constitution

a) ou bien devra maintenir au Québec son droit de veto,
b) ou bien sera celui qui a été convenu dans l'Accord constitutionnel signé par le Québec le 16 avril 1981 et confirmant le droit du Québec de ne pas être assujetti à une modification qui diminuerait ses pouvoirs ou ses droits et de recevoir, le cas échéant, une compensation raisonnable et obligatoire;

3. étant donné l'existence de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne, la charte des droits inscrite dans la constitution canadienne ne devra inclure que :

a) les droits démocratiques;
b) l'usage du français et de l'anglais dans les institutions et les services du gouvernement fédéral;
c) l'égalité entre les hommes et les femmes, pourvu que l'Assemblée nationale conserve le pouvoir de faire prévaloir ses lois dans les domaines de sa compétence;
d) les libertés fondamentales, pourvu que l'Assemblée nationale conserve le pouvoir de faire prévaloir ses lois dans les domaines de sa compétence;
e) les garanties quant à l'enseignement dans la langue des minorités anglaise ou française, pourvu que le Québec reste libre d'y adhérer volontairement, puisque sa compétence exclusive en cette matière doit demeurer totale et inaliénable et que la situation de sa minorité est déjà la plus privilégiée au Canada;

4. on donnera suite aux dispositions déjà prévues dans le projet du gouvernement fédéral concernant le droit des provinces à la péréquation et à un meilleur contrôle de leurs richesses naturelles.

DOCUMENT N^{O} 18

MOTION DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC SUR LA RECONNAISSANCE DES NATIONS AUTOCHTONES (1985)

Date d'adoption : 20 mars 1985

QUE cette Assemblée :

RECONNAISSE l'existence au Québec des nations abénaquise, algonquine, attikamek, crie, huronne, micmaque, mohawk, montagnaise, naskapie et inuite;

RECONNAISSE leurs droits ancestraux existants et les droits inscrits dans 1es conventions de la Baie-James et du Nord québécois et du Nord-est québécois;

CONSIDÈRE que ces conventions, de même que toute autre convention ou entente future de même nature, ont valeur de traités;

SOUSCRIVE à la démarche que le gouvernement a engagée avec les Autochtones afin de mieux reconnaître et préciser leurs droits, cette démarche s'appuyant à la fois sur la légitimité historique et sur l'importance pour la société québécoise d'établir avec les Autochtones des rapports harmonieux fondés sur le respect des droits et la confiance mutuelle;

PRESSE le gouvernement de poursuivre les négociations avec les nations autochtones en se fondant, sans s'y limiter, sur les quinze principes qu'il a approuvés le 9 février 1983 en réponse aux propositions qui lui ont été transmises le 30 novembre 1982 et à conclure avec les nations qui le désirent ou l'une ou l'autre des communautés qui les constituent des ententes leur assurant l'exercice :

a) du droit à l'autonomie au sein du Québec;

b) du droit à leur culture, leur langue, leurs traditions;

c) du droit de posséder et de contrôler des terres;

d) du droit de chasser, pêcher, piéger, récolter et participer à la gestion des ressources fauniques;

e) du droit de participer au développement économique du Québec et d'en bénéficier,

de façon à leur permettre de se développer en tant que nations distinctes ayant leur identité propre et exerçant leurs droits au sein du Québec;

DÉCLARE que les droits des Autochtones s'appliquent également aux hommes et aux femmes;

AFFIRME sa volonté de protéger dans ses lois fondamentales les droits inscrits dans les ententes conclues avec les nations autochtones du Québec; et,

CONVIENNE que soit établi un forum parlementaire permanent permettant aux Autochtones de faire connaître leurs droits, leurs aspirations et leurs besoins.

DOCUMENT N^{O} 19

LOI INSTITUANT LA COMMISSION SUR L'AVENIR POLITIQUE ET CONSTITUTIONNEL DU QUÉBEC
(Extraits)

Date de sanction : 4 septembre 1990
Source documentaire : L.Q. 1990, c. 34

PRÉAMBULE

Considérant que les Québécoises et les Québécois sont libres d'assumer leur propre destin, de déterminer leur statut politique et d'assurer leur développement économique, social et culturel;

Considérant la volonté des Québécoises et des Québécois d'être partie prenant à la définition de l'avenir politique et constitutionnel du Québec;

Considérant que la Loi constitutionnelle de 1982 a été proclamée malgré l'opposition de l'Assemblée nationale;

Considérant l'échec de l'Accord constitutionnel de 1987 visant à émettre au Québec d'adhérer à la Loi constitutionnelle de 1982;

Considérant la nécessité de redéfinir le statut politique et constitutionnel du Québec;

Considérant que le Québec a d'ores et déjà témoigné de son attachement aux valeurs démocratiques et aux droits et libertés de la personne;

Considérant que le Québec a reconnu la volonté des Québécoises et des Québécoise d'assurer la qualité et le rayonnement de la langue française et d'en faire la langue de l'État et de la Loi aussi bien que la langue normale et habituelle du travail, de l'enseignement, des communications, du commerce et des affaires;

Considérant que le Québec entend poursuivre cet objectif dans un esprit de justice et d'ouverture, dans le respect de droits et des institutions de la communauté québécoise d'expression anglaise;

Considérant que le Québec reconnait aux Amérindiens et aux Inuit du Québec le droit de maintenir et de développer leur spécificité et d'assurer le progrès de leurs communautés et qu'il considère primordial l'apport des communautés culturelles au développement du Québec;

Considérant l'apport du Québec aux communautés francophones hors Québec et à la francophonie internationale;

Considérant la maturité et la vigueur de l'économie du Québec et la volonté manifeste des Québécoises et des Québécoise d'en assurer le développement et la croissance, en respectant à la fois les exigences de la mondialisation des marchés et celles de la justice sociale;

Considérant, dès lors, qu'il y a lieu de créer une commission extraordinaire pour étudier et analyser le statut politique et constitutionnel du Québec;

LE PARLEMENT DU QUÉBEC DÉCRÈTE CE QUI SUIT :

SECTION 1

INSTITUTION ET MANDAT

1. Est institué, sous l'autorité de l'Assemblée nationale, la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec.
2. La Commission a pour mandat d'étudier et d'analyser le statut politique et constitutionnel du Québec et de formuler, à cet égard, des recommandations. […]

DOCUMENT N^{O} 20

***LOI SUR LE PROCESSUS DE DÉTERMINATION DE L'AVENIR POLITIQUE ET CONSTITUTIONNEL DU QUÉBEC* (1991)**
(Extraits)

Date de sanction : 20 juin 1991; 8 septembre 1992
Source documentaire : L.Q. 1991, c. 34; L.Q. 1992, c. 47

PRÉAMBULE

Considérant le rapport, les conclusions et les recommandations de la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec;

Considérant que les Québécoises et les Québécois sont libres d'assumer leur propre destin, de déterminer leur statut politique et d'assurer leur développement économique, social et culturel;

Considérant la volonté des Québécoises et des Québécois d'être partie prenant à la définition de l'avenir politique et constitutionnel du Québec;

Considérant que la Loi constitutionnelle de 1982 a été proclamée malgré l'opposition de l'Assemblée nationale;

Considérant l'échec de l'Accord constitutionnel de 1987 visant à permettre au Québec d'adhérer à la Loi constitutionnelle de 1982;

Considérant la nécessité de redéfinir le statut politique et constitutionnel du Québec;

Considérant que le Québec a d'ores et déjà témoigné de son attachement aux valeurs démocratiques et aux droits et libertés de la personne;

Considérant que le Québec a reconnu la volonté des Québécoises et des Québécoise d'assurer la qualité et le rayonnement de la langue française et d'en faire la langue de l'État et de la Loi aussi bien que la langue normale et habituelle du travail, de l'enseignement, des communications, du commerce et des affaires;

Considérant que le Québec entend poursuivre cet objectif dans un esprit de justice et d'ouverture, dans le respect de droits et des institutions de la communauté québécoise d'expression anglaise;

Considérant que le Québec reconnait aux Amérindiens et aux Inuit du Québec le droit de maintenir et de développer leur spécificité et d'assurer le progrès de leurs communautés et qu'il considère primordial l'apport des communautés culturelles au développement du Québec;

Considérant que le Québec juge primordial l'apport des communautés culturelles au développement du Québec;

Considérant l'apport du Québec aux communautés francophones hors Québec et à la francophonie internationale;

Considérant que la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec reconnait, outre la voie de la souveraineté politique du Québec, celle du renouvellement en profondeur du fédéralisme que rendrait possible l'établissement d'un nouveau partenariat de nature constitutionnelle;

Considérant la volonté du Québec d'assurer l'égale compréhension de tous tant à l'égard des changements nécessaires pour rendre acceptable au Québec le système fédéral canadien qu'à l'égard d'un juste définition de la souveraineté et de ses implications politiques, économiques, sociales et culturelles;

Considérant que le gouvernement du Québec conserve en tout temps sa pleine faculté d'initiative et d'appréciation des mesures favorisant le meilleur intérêt du Québec;

Considérant que le l'Assemblée nationale demeure souveraine pour décider de tout question référendaire et, le cas échéant, adopter les mesures législatives appropriées;

Considérant, dès lors, qu'il y a lieu de prévoir la tenue d'un référendum* sur la souveraineté du Québec, de créer une commission parlementaire spéciale pour étudier et analyser toute question relative à l'accession du Québec à la pleine souveraineté et de créer une commission parlementaire spéciale pour apprécier tout offre d'un nouveau partenariat de nature constitutionnelle faite par le gouvernement du Canada;

LE PARLEMENT DU QUÉBEC DÉCRÈTE CE QUI SUIT :

CHAPITRE 1

RÉFÉRENDUM SUR UNE ENTENTE CONCERNANT UN NOUVEAU PARTENARIAT DE NATURE CONSTITUTIONNELLE

1. Le gouvernement du Québec tient, au plus tard le 26 octobre 1992, un référendum sur l'entente concernant un nouveau partenariat de nature constitutionnelle résultant des réunions sur la constitution tenues en août 1992.**

CHAPITRE II

COMMISSION D'ÉTUDE DES QUESTIONS AFFÉRENTES À L'ACCESSION DU QUÉBEC À LA SOUVERAINETÉ

1. Est instituée, sou l'autorité de l'Assemblée nationale, une commission parlementaire spéciale désignée sous le nom de Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté.

2. La Commission a pour mandat d'étudier et d'analyser toute question relative à l'accession du Québec à la pleine souveraineté, cette dernière signifiant la capacité exclusive du Québec, par ses institutions démocratiques, de faire ses lois, de prélever ses impôts sur son territoire et d'agir sur la scène internationale pour conclure toute forme d'accords ou de traités avec d'autres États indépendants et participer à diverses organisations internationales; cette Commission devra formuler, à cet égard, des recommandations à l'Assemblée nationale.

---

* L'article 1 de la *Loi modifiant la Loi sur le processus de détermination de l'avenir politique et constitutionnel du Québec*, L.Q. 1992, c, 47, a supprimé, après le mot « référendum », les mots « sur la souveraineté du Québec ».

** L'article 2 de la *Loi modifiant la Loi sur le processus de détermination de l'avenir politique et constitutionnel du Québec*, L.Q. 1992, c, 47, a remplacé le titre du chapitre 1 et le texte original de l'article 1 de la *Loi sur le processus de détermination de l'avenir politique du Québec* qui se lisaient comme suit :

RÉFÉRENDUM SUR LA SOUVERAINETÉ

1. Le Québec tient un référendum sur la souveraineté du Québec entre le 8 juin et le 22 juin 1992 ou entre le 12 octobre et le 26 octobre 1992;
   Le résultat du référendum a pour effet, s'il est favorable à la souveraineté, de proposer que le Québec acquière le statut d'État souverain un an, jour pour jour, à compter de la date de sa tenue.

Elle a également pour mandat, dans l'hypothèse où le gouvernement du Canada ferait l'offre formelle d'un partenariat économique, d'étudier et d'analyser telle offre et de formuler, à cet égard, des recommandations à l'Assemblée nationale.

CHAPITRE III

COMMISSION D'ÉTUDE SUR TOUTE OFFRE D'UN NOUVEAU PARTENARIAT DE ANTURE CONSTITUTIONNELLE

3. Est instituée, sous l'autorité de l'Assemblée nationale, une commission parlementaire spéciale désignée sous le nom de Commission d'étude sur toute offre d'un nouveau partenariat de nature constitutionnelle.

4. La Commission a pour mandat d'apprécier toute offre d'un nouveau partenariat de nature constitutionnelle faite au gouvernement du Québec par le gouvernement du Canada et de formuler, à cet égard, des recommandations à l'Assemblée nationale.

5. Pour être soumise à l'appréciation de la Commission, toute offre d'un nouveau partenariat de nature constitutionnelle faite au gouvernement du Québec doit lier formellement le gouvernement du Canada et les autres provinces. […]

DOCUMENT N^{O} 21

***LOI [QUÉBÉCOISE] SUR LA CONSULTATION POPULAIRE* (1977)**
(Extraits)

[…] CHAPITRE III

L'OBJET DE LA CONSULTATION

7. Le gouvernement peut ordonner que les électeurs soient consultés par référendum:
a) sur une question approuvée par l'Assemblée nationale conformément aux articles 8 et 9, ou
b) sur un projet de loi adopté par l'Assemblée nationale conformément à l'article 10.
Dès que l'Assemblée nationale a été saisie de la question ou du projet de loi visé au premier alinéa, le secrétaire général de l'Assemblée doit en aviser, par écrit, le directeur général des élections.

8. L'Assemblée nationale peut, sur proposition du Premier ministre, adopter le texte d'une question devant faire l'objet d'une consultation populaire. Le débat de cette proposition est une affaire prioritaire et a préséance sur toute autre question, sauf le débat sur le discours d'ouverture de la session.

9. Lors du débat sur la proposition prévue à l'article 8, un député peut proposer une motion d'amendement ou de sous-amendement, mais cette motion ne restreint pas le droit d'un autre député de présenter une telle motion, ni de traiter à la fois de la motion de fond et des motions d'amendement ou de sous-amendement. La règle voulant qu'un député ne parle qu'une fois ne s'applique pas. Dès que le débat a duré 35 heures, le président de l'Assemblée nationale, après une conférence avec les leaders de groupes parlementaires, doit mettre successivement aux voix, dans l'ordre qu'il détermine, les motions d'amendement ou de sous-amendement et la motion de fond.

10. Un projet de loi adopté par l'Assemblée nationale ne peut être soumis à la consultation populaire que si, lors de son dépôt, il contient une disposition à cet effet ainsi que le texte de la question soumise à la consultation.

Ce projet ne peut être présenté pour sanction qu'après avoir été soumis aux électeurs par voie de référendum.

11. Un projet de loi soumis à la consultation populaire peut recevoir la sanction après la prorogation de la session durant laquelle il a été adopté, pourvu que ce soit avant la dissolution de la Législature qui a voté son adoption.

12, Il ne peut y avoir, au cours d'une même Législature, plus d'un référendum sur le même objet ou sur un objet qui, de l'avis du Conseil du référendum, lui est substantiellement semblable.

CHAPITRE IV

DÉCRET ORDONNANT UN RÉFÉRENDUM

13, La tenue d'un référendum est ordonnée par décret du gouvernement adressé au directeur général des élections. Ce décret lui enjoint de tenir un référendum à la date qui y est fixée.

Le directeur général fait parvenir copie du décret au directeur du scrutin de chaque circonscription électorale qui doit s'y conformer.

14. Aucun décret ordonnant la tenue d'un référendum ne peut être pris avant le dix-huitième jour qui suit celui où l'Assemblée nationale a été saisie de la question ou du projet de loi visé à l'article 7.

15. Dès qu'un décret ordonnant la tenue d'une élection générale est délivré, tout décret ordonnant la tenue d'un référendum cesse d'avoir effet et aucun décret ne peut être délivré avant que les élections générales n'aient eu lieu. […]

CHAPITRE VIII

LA CAMPAGNE RÉFÉRENDAIRE

SECTION I

COMITÉS NATIONAUX

22. Dès que l'Assemblée nationale a adopté le texte d'une question ou d'un projet de loi qui doit être soumis à la consultation populaire, le secrétaire général de l'Assemblée doit en informer, par écrit, le directeur général des élections.

Il doit également faire parvenir à chaque membre de l'Assemblée nationale un avis à l'effet que celui-ci peut, dans les cinq jours qui suivent celui de l'adoption de la question ou du projet de loi, s'inscrire auprès du directeur général des élections en faveur d'une des options soumises à la consultation populaire.

23 Tous les membres de l'Assemblée nationale qui, dans les cinq jours qui suivent celui de l'adoption d'une question ou d'un projet de loi qui doit être soumis à la consultation populaire, s'inscrivent auprès du directeur général des élections pour l'une des options, forment le comité provisoire en faveur de cette option.

Lorsque, à la fin du délai prévu au premier alinéa, il n'y a aucun membre de l'Assemblée nationale qui se soit inscrit en faveur d'une des options, le directeur général des élections peut inviter au moins trois et au plus vingt électeurs à former le comité provisoire en faveur de cette option. Ces électeurs doivent être choisis parmi les personnes publiquement identifiées à cette option.

Le directeur général des élections doit, dans les meilleurs délais, convoquer une réunion de chaque comité provisoire aux lieu, jour et heure qu'il indique. Lors de cette réunion, les membres de chaque comité provisoire adoptent les règlements devant régir le comité national en faveur de cette option et en nomment le président. […]

SECTION II

DROIT À L'INFORMATION

26. Au plus tard dix jours avant la tenue du scrutin, le directeur général des élections doit transmettre aux électeurs une brochure unique expliquant chacune des options soumises à la consultation populaire et dont le texte est déterminé par les comités nationaux respectifs. Cette brochure doit assurer à chaque option un espace égal fixé par le directeur général. […]

DOCUMENT N^{O} 22

LOI DE CLARIFICATION [LOI SUR LA CLARTÉ]

(Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec)

Date de sanction : 29 juin 2000
Source documentaire : L.C., 2000, c, 26; L.R.C, c. C-31.8

Attendu :

que la Cour suprême du Canada a confirmé que ni l'Assemblée nationale, ni la législature, ni le gouvernement du Québec ne dispose, en droit international ou au titre de la Constitution du Canada, du droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada;

que toute proposition relative au démembrement d'un État démocratique constitue une question extrêmement grave et est d'une importance fondamentale pour l'ensemble des citoyens de celui-ci;

que le gouvernement d'une province du Canada est en droit de consulter sa population par référendum sur quelque sujet que ce soit et de décider du texte de la question référendaire;

que la Cour suprême du Canada a déclaré que les résultats d'un référendum sur la sécession d'une province du Canada ne sauraient être considérés comme l'expression d'une volonté démocratique créant l'obligation d'engager des négociations pouvant mener à la sécession que s'ils sont dénués de toute ambiguïté en ce qui concerne tant la question posée que l'appui reçu;

qu'elle a déclaré que le principe de la démocratie signifie davantage que la simple règle de la majorité, qu'une majorité claire en faveur de la sécession serait nécessaire pour que naisse l'obligation de négocier la sécession et que c'est une majorité claire au sens qualitatif, dans les circonstances, dont il faut déterminer l'existence;

qu'elle a confirmé qu'au Canada, la sécession d'une province, pour être légale, requerrait une modification à la Constitution du Canada, qu'une telle modification exigerait forcément des négociations sur la sécession auxquelles participeraient notamment les gouvernements de l'ensemble des provinces et du Canada, et que ces négociations seraient régies par les principes du fédéralisme, de la démocratie, du constitutionnalisme et de la primauté du droit, et de la protection des minorités;

que, compte tenu du fait que la Cour suprême du Canada a conclu qu'il revient aux représentants élus de déterminer en quoi consistent une question et une majorité claires dans le cadre d'un référendum sur la sécession tenu dans une province, la Chambre des communes, seule institution politique élue pour représenter l'ensemble des Canadiens, a un rôle important à jouer pour déterminer en quoi consistent une question et une majorité suffisamment claires pour que le gouvernement du Canada engage des négociations sur la sécession d'une province du Canada;

que le gouvernement du Canada se doit de n'engager aucune négociation pouvant mener à la sécession d'une province du Canada et, par conséquent, au retrait de la citoyenneté et à l'annulation des autres droits dont jouissent, à titre de Canadiens à part entière, les citoyens du Canada qui résident dans la province, à moins que la population de celle-ci n'ait déclaré clairement et de façon démocratique qu'elle veut que la province fasse sécession du Canada,

Sa Majesté, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, édicte :

1 (1) Dans les trente jours suivant le dépôt à l'assemblée législative d'une province, ou toute autre communication officielle, par le gouvernement de cette province, du texte de la question qu'il entend soumettre à ses électeurs dans le cadre d'un référendum sur un projet de sécession de la province du Canada, la Chambre des communes examine la question et détermine, par résolution, si la question est claire.

(2) S'il coïncide, en tout ou en partie, avec la tenue d'une élection générale des députés à la Chambre des communes, le délai mentionné au paragraphe (1) est prorogé de quarante jours.

(3) Dans le cadre de l'examen de la clarté de la question référendaire, la Chambre des communes détermine si la question permettrait à la population de la province de déclarer clairement si elle veut ou non que celle-ci cesse de faire partie du Canada et devienne un État indépendant.

(4) Pour l'application du paragraphe (3), la question référendaire ne permettrait pas à la population de la province de déclarer clairement qu'elle veut que celle-ci cesse de faire partie du Canada dans les cas suivants :

a) elle porte essentiellement sur un mandat de négocier sans requérir de la population de la province qu'elle déclare sans détour si elle veut que la province cesse de faire partie du Canada;
b) elle offre, en plus de la sécession de la province du Canada, d'autres possibilités, notamment un accord politique ou économique avec le Canada, qui rendent ambiguë l'expression de la volonté de la population de la province quant à savoir si celle-ci devrait cesser de faire partie du Canada.

(5) Dans le cadre de l'examen de la clarté de la question référendaire, la Chambre des communes tient compte de l'avis de tous les partis politiques représentés à l'assemblée législative de la province dont le gouvernement propose la tenue du référendum sur la sécession, des résolutions ou déclarations officielles des gouvernements ou assemblées législatives des provinces et territoires du Canada, des résolutions ou déclarations officielles du Sénat, des résolutions ou déclarations officielles des représentants des peuples autochtones du Canada, en particulier ceux de cette province, et de tout autre avis qu'elle estime pertinent.

(6) Le gouvernement du Canada n'engage aucune négociation sur les conditions auxquelles une province pourrait cesser de faire partie du Canada si la Chambre des communes conclut, conformément au présent article, que la question référendaire n'est pas claire et, par conséquent, ne permettrait pas à la population de la province de déclarer clairement si elle veut ou non que celle-ci cesse de faire partie du Canada.

2 (1) Dans le cas où le gouvernement d'une province, après la tenue d'un référendum sur un projet de sécession de celle-ci du Canada, cherche à engager des négociations sur les conditions auxquelles la province pourrait cesser de faire partie du Canada, la Chambre des communes, sauf si elle a conclu conformément à l'article 1 que la question référendaire n'était pas claire, procède à un examen et, par résolution, détermine si, dans les circonstances, une majorité claire de la population de la province a déclaré clairement qu'elle veut que celle-ci cesse de faire partie du Canada.

(2) Dans le cadre de l'examen en vue de déterminer si une majorité claire de la population de la province a déclaré clairement qu'elle voulait que celle-ci cesse de faire partie du Canada, la Chambre des communes prend en considération :

a) l'importance de la majorité des voix validement exprimées en faveur de la proposition de sécession;
b) le pourcentage des électeurs admissibles ayant voté au référendum;
c) tous autres facteurs ou circonstances qu'elle estime pertinents.

(3) Dans le cadre de l'examen en vue de déterminer si une majorité claire de la population de la province a déclaré clairement qu'elle voulait que celle-ci cesse de faire partie du Canada, la Chambre des communes tient compte de l'avis de tous les partis politiques représentés à l'assemblée législative de la province dont le gouvernement a proposé la tenue du référendum sur la sécession, des résolutions ou déclarations officielles des gouvernements ou assemblées législatives des provinces et territoires du Canada, des résolutions ou déclarations officielles du Sénat, des résolutions ou déclarations officielles des représentants des peuples autochtones du Canada, en particulier ceux de cette province, et de tout autre avis qu'elle estime pertinent.

(4) Le gouvernement du Canada n'engage aucune négociation sur les conditions auxquelles la province pourrait cesser de faire partie du Canada, à moins que la Chambre des communes ne conclue, conformément au présent article, qu'une majorité claire de la population de cette province a déclaré clairement qu'elle veut que celle-ci cesse de faire partie du Canada.

3. (1) Il est entendu qu'il n'existe aucun droit, au titre de la Constitution du Canada, d'effectuer unilatéralement la sécession d'une province du Canada et que, par conséquent, la sécession d'une province du Canada requerrait la modification de la Constitution du Canada, à l'issue de négociations auxquelles participeraient notamment les gouvernements de l'ensemble des provinces et du Canada.

(2) Aucun ministre ne peut proposer de modification constitutionnelle portant sécession d'une province du Canada, à moins que le gouvernement du Canada n'ait traité, dans le cadre de négociations, des conditions de sécession applicables dans les circonstances, notamment la répartition de l'actif et du passif, toute modification des frontières de la province, les droits, intérêts et revendications territoriales des peuples autochtones du Canada et la protection des droits des minorités.

DOCUMENT N^{O} 23

LOI SUR LES DROITS FONDAMENTAUX DU QUÉBEC

(*Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec***)**

Date de sanction : 13 décembre 2000
Source documentaire : Lois du Québec (L.Q.), 2000, c. 46; Recueil des lois et règlements du Québec (R.L.R.Q). c. E-20.2

CONSIDÉRANT que le peuple québécois, majoritairement de langue française, possède des caractéristiques propres et témoigne d'une continuité historique enracinée dans son territoire sur lequel il exerce ses droits par l'entremise d'un État national moderne doté d'un gouvernement, d'une assemblée nationale et de tribunaux indépendants et impartiaux ;

CONSIDÉRANT que l'État du Québec est fondé sur des assises constitutionnelles qu'il a enrichies au cours des ans par l'adoption de plusieurs lois fondamentales et par la création d'institutions démocratiques qui lui sont propres ;

CONSIDÉRANT l'entrée du Québec dans la fédération canadienne en 1867 ;

CONSIDÉRANT l'engagement résolu du Québec à respecter les droits et libertés de la personne ;

CONSIDÉRANT l'existence au sein du Québec des nations abénaquise, algonquine, attikamek, crie, huronne, innue, malécite, micmaque, mohawk, naskapi et inuit et les principes associés à cette reconnaissance énoncés

dans la résolution du 20 mars 1985 de l'Assemblée nationale, notamment leur droit à l'autonomie au sein du Québec ;

CONSIDÉRANT l'existence d'une communauté québécoise d'expression anglaise jouissant de droits consacrés ;

CONSIDÉRANT que le Québec reconnaît l'apport des Québécoises et des Québécois de toute origine à son développement ;

CONSIDÉRANT que l'Assemblée nationale est composée de députés élus au suffrage universel par le peuple québécois et qu'elle tient sa légitimité de ce peuple dont elle constitue le seul organe législatif qui lui soit propre ;

CONSIDÉRANT qu'il incombe à l'Assemblée nationale, en tant que dépositaire des droits et des pouvoirs historiques et inaliénables du peuple québécois, de le défendre contre toute tentative de l'en spolier ou d'y porter atteinte ;

CONSIDÉRANT que l'Assemblée nationale n'a pas adhéré à la Loi constitutionnelle de 1982, adoptée malgré son opposition ; 4 CONSIDÉRANT que le Québec fait face à une politique du gouvernement fédéral visant à remettre en cause la légitimité, l'intégrité et le bon fonctionnement de ses institutions démocratiques nationales, notamment par l'adoption et la proclamation de la Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec (Lois du Canada, 2000, chapitre 26) ;

CONSIDÉRANT qu'il y a lieu de réaffirmer le principe fondamental en vertu duquel le peuple québécois est libre d'assumer son propre destin, de déterminer son statut politique et d'assurer son développement économique, social et culturel ;

CONSIDÉRANT que, par le passé, ce principe a trouvé à plusieurs reprises application, plus particulièrement lors des référendums tenus en 1980, 1992 et 1995 ;

CONSIDÉRANT l'avis consultatif rendu par la Cour suprême du Canada le 20 août 1998 et la reconnaissance par le gouvernement du Québec de son importance politique

CONSIDÉRANT qu'il est nécessaire de réaffirmer les acquis collectifs du peuple québécois, les responsabilités de l'État du Québec ainsi que les droits et les prérogatives de l'Assemblée nationale à l'égard de toute question relative à l'avenir de ce peuple ;

LE PARLEMENT DU QUÉBEC DÉCRÈTE CE QUI SUIT:

CHAPITRE I

DU PEUPLE QUÉBÉCOIS

1. Le peuple québécois peut, en fait et en droit, disposer de lui-même. Il est titulaire des droits universellement reconnus en vertu du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes.

2. Le peuple québécois a le droit inaliénable de choisir librement le régime politique et le statut juridique du Québec.

3. Le peuple québécois détermine seul, par l'entremise des institutions politiques qui lui appartiennent en propre, les modalités de l'exercice de son droit de choisir le régime politique et le statut juridique du Québec. Toute condition ou modalité d'exercice de ce droit, notamment la consultation du peuple québécois par un référendum, n'a d'effet que si elle est déterminée suivant le premier alinéa.

4. Lorsque le peuple québécois est consulté par un référendum tenu en vertu de la Loi sur la consultation populaire, l'option gagnante est celle qui obtient la majorité des votes déclarés valides, soit cinquante pour cent de ces votes plus un vote.

CHAPITRE II DE L'ÉTAT NATIONAL DU QUÉBEC

5. L'État du Québec tient sa légitimité de la volonté du peuple qui habite son territoire. Cette volonté s'exprime par l'élection au suffrage universel de députés à l'Assemblée nationale, à vote égal et au scrutin secret en vertu de la Loi électorale ou lors de référendums tenus en vertu de la Loi sur la consultation populaire. La qualité d'électeur est établie selon les dispositions de la Loi électorale.

6. L'État du Québec est souverain dans les domaines de compétence qui sont les siens dans le cadre des lois et des conventions de nature constitutionnelle. Il est également détenteur au nom du peuple québécois de tout droit établi à son avantage en vertu d'une convention ou d'une obligation constitutionnelle. Le gouvernement a le devoir de soutenir l'exercice de ces prérogatives et de défendre en tout temps et partout leur intégrité, y compris sur la scène internationale.

L'État du Québec est libre de consentir à être lié par tout traité, convention ou entente internationale qui touche à sa compétence constitutionnelle. Dans ses domaines de compétence, aucun traité, convention ou entente ne peut l'engager à moins qu'il n'ait formellement signifié son consentement à être lié par la voix de l'Assemblée nationale ou du gouvernement selon les dispositions de la loi. Il peut également, dans ses domaines de compétence, établir et poursuivre des relations avec des États étrangers et des organisations internationales et assurer sa représentation à l'extérieur du Québec.

8. Le français est la langue officielle du Québec. Les devoirs et obligations se rattachant à ce statut ou en découlant sont établis par la Charte de la langue française. L'État du Québec doit favoriser la qualité et le rayonnement de la langue française. Il poursuit ces objectifs avec un esprit de justice et d'ouverture, dans le respect des droits consacrés de la communauté québécoise d'expression anglaise.

CHAPITRE III

DU TERRITOIRE QUÉBÉCOIS

9. Le territoire du Québec et ses frontières ne peuvent être modifiés qu'avec le consentement de l'Assemblée nationale. Le gouvernement doit veiller au maintien et au respect de l'intégrité territoriale du Québec.

10. L'État du Québec exerce sur le territoire québécois et au nom du peuple québécois tous les pouvoirs liés à sa compétence et au domaine public québécois. L'État peut aménager, développer et administrer ce territoire et plus particulièrement en confier l'administration déléguée à des entités locales ou régionales mandatées par lui, le tout conformément à la loi. Il favorise la prise en charge de leur développement par les collectivités locales et régionales.

CHAPITRE IV

DES NATIONS AUTOCHTONES DU QUÉBEC

11. L'État du Québec reconnaît, dans l'exercice de ses compétences constitutionnelles, les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des nations autochtones du Québec.

12. Le gouvernement s'engage à promouvoir l'établissement et le maintien de relations harmonieuses avec ces nations et à favoriser leur développement ainsi que l'amélioration de leurs conditions économiques, sociales et culturelles.

CHAPITRE V

DISPOSITIONS FINALES

13. Aucun autre parlement ou gouvernement ne peut réduire les pouvoirs, l'autorité, la souveraineté et la légitimité de l'Assemblée nationale ni contraindre la volonté démocratique du peuple québécois à disposer lui-même de son avenir.

14. Les dispositions de la présente loi entreront en vigueur aux dates fixées par le gouvernement.

B- ESPAGNE/CATALOGNE

DOCUMENT N^{O} 24

CONSTITUTION ESPAGNOLE
(Extraits)

Entrée en vigueur : 29 décembre 1978

Préambule […]

PROTÉGER tous les Espagnols et les peuples d'Espagne dans l'exercice des droits de l'homme, de leurs cultures et de leurs traditions, de leurs langues et de leurs institutions; […]

TITRE PRÉLIMINAIRE

Article 1

1. L'Espagne se constitue en un État de droit social et démocratique qui défend comme valeurs supérieures de son ordre juridique la liberté, la justice, l'égalité et le pluralisme politique.2. La souveraineté nationale réside dans le peuple espagnol; tous les pouvoirs de l'État émanent de lui.3. La forme politique de l'État espagnol est la Monarchie parlementaire.

Article 2

La Constitution a pour fondement l'unité indissoluble de la Nation espagnole, patrie commune et indivisible de tous les Espagnols. Elle reconnaît et garantit le droit à l'autonomie des nationalités et des régions qui la composent et la solidarité entre elles.
[…]

TITRE I

Des droits et des devoirs fondamentaux

Article 10

1. La dignité de la personne, les droits inviolables qui lui sont inhérents, le libre développement de la personnalité, le respect de la loi et des droits d'autrui sont le fondement de l'ordre politique et de la paix sociale.

2. Les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiés par l'Espagne. […]

Article 92

1. Les décisions politiques d'une importance particulière pourront être soumises à tous les citoyens par la voie d'un référendum consultatif.
2. La convocation des électeurs en vue d'un référendum incombe au Roi, sur la proposition du Président du Gouvernement, autorisée préalablement par le Congrès des députés.
3. Une loi organique définira les conditions et la procédure des différentes modalités de référendum prévues dans la présente Constitution. […]

TITRE VIII
De l'organisation territoriale de l'État

CHAPITRE PREMIER
Principes généraux

Article 137
L'État, dans son organisation territoriale, se compose de communes, de provinces et des Communautés autonomes qui se constitueront. Toutes ces entités jouissent d'autonomie pour la gestion de leurs intérêts respectifs.

Article 138

1. L'État garantit l'application effective du principe de solidarité consacré à l'article 2 de la Constitution, en veillant à l'établissement d'un équilibre économique approprié et juste entre les différentes parties du territoire espagnol, compte tenu tout particulièrement des circonstances propres au caractère insulaire.
2. Les différences entre les statuts des diverses Communautés autonomes ne pourront impliquer, en aucun cas, des privilèges économiques ou sociaux.

Article 139

1. Tous les Espagnols ont les mêmes droits et les mêmes obligations dans n'importe quelle partie du territoire de l'État.
2. Aucune autorité ne pourra adopter des mesures qui directement ou indirectement entraveraient la liberté de circulation et d'établissement des personnes et la libre circulation des biens sur tout le territoire espagnol […]

CHAPITRE TROIS

Des Communautés autonomes

Article 143

1. En application du droit à l'autonomie reconnu à l'article 2 de la Constitution, les provinces limitrophes ayant des caractéristiques historiques, culturelles et économiques communes, les territoires insulaires et les provinces ayant une entité régionale historique pourront se gouverner eux-mêmes et se constituer en Communautés autonomes, conformément aux dispositions du présent titre et des statuts respectifs.
2. Le droit d'initiative, en matière d'autonomie, incombe à tous les Conseils généraux intéressés ou à l'organe interinsulaire correspondant et aux deux tiers des communes dont la population représente au moins la majorité du corps électoral de chaque province ou de chaque île. Ces conditions devront être remplies dans le délai de six mois à partir de l'adoption du premier accord en la matière par l'une des collectivités locales intéressées.

3. L'initiative, si elle n'aboutit pas, ne pourra pas être reprise avant cinq ans.

Article 144

Les Cortès générales pourront, par une loi organique, et pour des motifs d'intérêt national:

a) autoriser la constitution d'une Communauté autonome lorsque son territoire ne dépasse pas celui d'une province et ne réunit pas les conditions de l'article 143, paragraphe 1;
b) autoriser ou, s'il y a lieu, décider un statut d'autonomie pour des territoires qui ne sont pas intégrés dans l'organisation provinciale;
c) exercer le droit d'initiative en se substituant aux collectivités locales auxquelles se réfère l'article 143, paragraphe 2.

Article 145

1. On n'admettra, en aucun cas, la fédération de Communautés autonomes.
2. Les statuts pourront prévoir les cas, les conditions et les termes dans lesquels les Communautés autonomes pourront conclure des accords entre elles pour la gestion et la prestation de services qui leur sont propres, ainsi que le caractère et les effets de la communication correspondante aux Cortès générales. Dans les autres cas, les accords de coopération entre les Communautés autonomes nécessiteront l'autorisation des Cortès générales.

Article 146

Le projet de statut sera élaboré par une assemblée composée des membres du Conseil général ou de l'organe interinsulaire des provinces concernées et par les députés et les sénateurs élus dans chacune d'elles; il sera transmis aux Cortès générales pour qu'il lui soit donné cours en tant que loi.

Article 147

1. Selon les termes de la présente Constitution, les statuts seront la norme institutionnelle de base de chaque Communauté autonome et l'État les reconnaîtra et les protégera comme partie intégrante de son ordre juridique.
2. Les statuts d'autonomie devront contenir:
a) le nom de la Communauté qui correspondra le mieux à son identité historique;
b) la délimitation de son territoire;
c) la dénomination, l'organisation et le siège des institutions autonomes propres;
d) les compétences assumées dans le cadre établi par la constitution et les bases pour le transfert des services correspondant a ces compétences.
3. Toute révision des statuts suivra la procédure établie par ceux-ci et exigera, en tout cas, l'approbation des Cortès générales, au moyen d'une loi organique.

DOCUMENT N^{O} 25

STATUT D'AUTONOMIE DE LA CATALOGNE (1979 ET 2006)
(Extraits)

Dates d'adoption : 31 décembre 1979 et 19 juillet 2006
Titre : Loi organique 4/1979 et Loi organique 6/2006

PRÉAMBULE

[…] La liberté collective de Catalogne trouve au sein des institutions de la Generalitat un point de connexion avec l'histoire d'affirmation et de respect des droits fondamentaux et des libertés publiques de la personne et des

peuples ; une histoire que les femmes et les hommes de Catalogne veulent poursuivre afin qu'il soit possible de construire une société démocratique et avancée, de bien-être et progrès, solidaire avec l'ensemble de l'Espagne et unie à l'Europe.

Le peuple catalan continue à proclamer aujourd'hui comme valeurs supérieures de sa vie collective la liberté, la justice et l'égalité, et manifeste sa volonté d'avancer en accord avec un progrès qui garantisse une qualité de vie digne pour tous ceux qui vivent et travaillent en Catalogne. […]

C'est pourquoi le présent statut, dans l'esprit du préambule du Statut de 1979, assume que :

• la Catalogne est un pays riche en territoires et personnes. Cette diversité la définit et l'enrichit depuis des siècles, comme elle la renforce pour les temps à venir ;
• la Catalogne est une communauté de personnes libres pour des personnes libres où chacun peut vivre et exprimer des identités diverses, et dont le ferme engagement communautaire est basé sur le respect de la dignité de chacune des personnes;
• l'apport de tous les citoyens et citoyennes a configuré une société d'intégration dont les valeurs comme l'effort et la capacité d'entreprise et d'innovation continuent à impulser son progrès ;
• le gouvernement autonome de la Catalogne est fondé sur la Constitution ainsi que sur les droits historiques du peuple catalan, qui, dans le cadre de celle-ci, donnent naissance dans le présent Statut à la reconnaissance d'une position singulière de la Generalitat.

La Catalogne veut développer sa personnalité politique dans le cadre d'un État qui reconnaît et respecte la diversité d'identités des peuples d'Espagne ;

• la tradition civique et associative de la Catalogne a toujours souligné l'importance de la langue et de la culture catalanes, des droits et devoirs, du savoir, de la formation, de la cohésion sociale, du développement durable et de l'égalité des droits, et aujourd'hui, en particulier, de l'égalité entre femmes et hommes ;
• la Catalogne, à travers l'État, participe à la construction du projet politique de l'Union européenne, dont elle partage les valeurs et les objectifs ;
• la Catalogne, en vertu de sa tradition humaniste, s'engage fermement avec tous les peuples à la construction d'un ordre mondial pacifique et juste.[…]

Article 4

Droits et principes directeurs

1. Les pouvoirs publics de Catalogne doivent promouvoir le plein exercice des libertés et des droits reconnus par le présent Statut, la Constitution, l'Union européenne, la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Convention européenne pour la protection des droits de l'homme, ainsi que les autres conventions et traités internationaux souscrits par l'Espagne qui reconnaissent et garantissent les droits et les libertés fondamentales.

2. Les pouvoirs publics de Catalogne doivent favoriser les conditions pour que la liberté et l'égalité des individus et des groupes soient réelles et effectives ; ils doivent faciliter la participation de toutes les personnes à la vie politique, économique, culturelle et sociale, et doivent reconnaître le droit des peuples à conserver et développer leur identité.
3. Les pouvoirs publics de Catalogne doivent promouvoir les valeurs de la liberté, la démocratie, l'égalité, le pluralisme, la paix, la justice, la solidarité, la cohésion sociale, l'équité de genre et le développement durable. […]

Article 11

L'Aran

1. Le peuple aranais exerce le gouvernement autonome par le biais du présent Statut, par le Conselh Generau d'Aran et par les autres institutions propres.

2. Les citoyens de Catalogne et ses institutions politiques reconnaissent l'Aran comme une réalité occitane dotée d'identité culturelle, historique, géographique et linguistique, défendue par les Aranais au cours des siècles. Le présent Statut reconnaît, protège et respecte cette singularité, et il reconnaît l'Aran comme une entité territoriale à part à l'intérieur de la Catalogne et qui fait l'objet d'une protection particulière au moyen d'un régime juridique spécial.[…]

DOCUMENT N^{O} 26

DÉCLARATION DE SOUVERAINETÉ ET DU DROIT DE DÉCIDER DU PEUPLE CATALAN (2013)

(*Déclaration de souveraineté et du droit de décider du peuple de Catalogne*)

Date d'adoption : 23 janvier 2013
N^{o} de la résolution : 5X

Assemblée plénière du Parlement

Le Parlement, lors de la séance plénière du 23 janvier 2013, ayant examiné le texte de la proposition de résolution de déclaration de souveraineté du peuple catalan (proc. 250- 00058/10), présentée par le Groupe Mixte (reg. 856), et les amendements déposés par le Groupe Parlementaire du Partit Popular de Catalunya (reg. 1010) ; de la proposition de résolution de déclaration relative à la souveraineté et au droit de décision du peuple de Catalogne (proc. 250-00059/10), présentée par le Groupe Parlementaire d'Iniciativa per Catalunya Verds - Esquerra Unida i Alternativa (reg. 857), et les amendements déposés par le Groupe Parlementaire du Partit Popular de Catalunya (reg. 1010) et par le Groupe Parlementaire de Convergència i Unió, le Groupe Parlementaire d'Esquerra Republicana de Catalunya et le Groupe Parlementaire d'Iniciativa per Catalunya Verds - Esquerra Unida i Alternativa (reg. 1011) ; de la proposition de résolution d'adoption de la déclaration de souveraineté et du droit de décision du peuple de Catalogne (proc. 250- 00060/10), présentée par le Groupe Parlementaire de Convergència i Unió et par le Groupe Parlementaire d'Esquerra Republicana de Catalunya (reg. 858), et les amendements déposés par le Groupe Parlementaire du Partit Popular de Catalunya (reg. 1010), par le Groupe Parlementaire de Convergència i Unió, le Groupe Parlementaire d'Esquerra Republicana de Catalunya et le Groupe Parlementaire d'Iniciativa per Catalunya Verds - Esquerra Unida i Alternativa (reg. 1011) et par le Groupe Parlementaire Socialiste (reg. 1012), et de la proposition de résolution relative au droit de décision et à la réforme constitutionnelle (proc. 250-00062/10), présentée par le Groupe Parlementaire Socialiste (reg. 861), et les amendements déposés par le Groupe Parlementaire du Partit Popular de Catalunya (reg. 1010).

A adopté, conformément aux dispositions de l'article 146 du Règlement du Parlement, la suivante

Résolution

Préambule

Le peuple de Catalogne, tout au long de son histoire, a démocratiquement exprimé sa volonté d'autonomie, en vue d'accroître le progrès, le bien-être et l'égalité des chances de tous ses citoyens, et de renforcer sa culture et son identité collective.

L'autonomie de la Catalogne se fonde également sur les droits historiques du peuple catalan, sur ses institutions séculaires et sur la tradition juridique catalane. Le parlementarisme catalan trouve ses origines au Moyen Âge, avec les assemblées de Paix et Trêve et la Cour Comtale

Le XIVe siècle vit la création de la Diputació del General ou Generalitat, qui acquit une autonomie grandissante jusqu'à s'ériger, au cours du XVIe et du XVIIe siècle, en gouvernement de la Principauté de Catalogne. La chute de Barcelone en 1714, suite à la Guerre de Succession, eut pour conséquence la promulgation par Philippe V du décret de Nova Planta, qui abolissait le droit public catalan et les institutions gouvernementales autonomes.

Ce parcours historique a été partagé avec d'autres territoires, créant ainsi un espace commun sur le plan linguistique, culturel, social et économique, avec vocation à être renforcé et promu sur la base de la reconnaissance mutuelle.

Tout au long du XXe siècle, le désir d'autonomie des Catalans a été une constante. La création de la *Mancomunitat de Catalunya* en 1914 représente une première étape dans le processus de rétablissement de l'autonomie, aboli par la dictature de Primo de Rivera. Avec la proclamation de la Seconde République espagnole en 1931, un gouvernement catalan se constitue, sous le nom de *Generalitat de Catalunya*, doté d'un Statut d'Autonomie.

La Generalitat fut abolie en 1939 par le général Franco, qui instaura un régime dictatorial ayant duré jusqu'en 1975. La dictature dut faire face à la résistance active du peuple et du gouvernement de Catalogne. Une des étapes importantes de la lutte pour la liberté fut la création de l'Assemblée de Catalogne (*Assemblea de Catalunya*) en 1971, avant le rétablissement, à titre provisoire, de la Generalitat, avec le retour, en 1977, de son président en exil. Durant la transition démocratique, et dans le cadre du nouveau système de communautés autonomes défini par la Constitution espagnole de 1978, le peuple de Catalogne approuva par référendum le Statut d'Autonomie de Catalogne en 1979 et les premières élections au Parlement de Catalogne eurent lieu en 1980.

Au cours de ces dernières années, en vue d'approfondir la démocratie, la majorité des forces politiques et sociales catalanes ont favorisé l'adoption de mesures visant à transformer le cadre politique et juridique, la plus récente étant le processus de réforme du Statut d'Autonomie de Catalogne engagé par le Parlement en 2005. Les obstacles et les refus imposés par les institutions de l'État espagnol, notamment la sentence 31/2010 de la Cour constitutionnelle, impliquent un refus radical d'une évolution démocratique de la volonté collective du peuple catalan au sein de l'État espagnol et jettent les bases d'un recul de l'autonomie, qui se manifeste aujourd'hui très clairement sur le plan politique, financier, social, culturel et linguistique et en ce qui concerne les domaines de compétence.

Le peuple de Catalogne a exprimé de diverses manières sa volonté de surmonter l'impasse actuelle au sein de l'État espagnol. Les manifestations massives du 10 juillet 2010, sous le slogan « Nous sommes une nation. Nous décidons », et du 11 septembre 2012, sous le slogan « La Catalogne, nouvel État d'Europe », sont l'expression du rejet par les citoyens du manque de respect à l'égard des décisions du peuple de Catalogne.

Le 27 septembre 2012, par la résolution 742/IX, le Parlement a noté la nécessité que le peuple de Catalogne puisse décider librement et démocratiquement de son avenir collectif par le biais d'une consultation populaire. Les dernières élections législatives au Parlement de Catalogne, le 25 novembre 2012, ont exprimé et confirmé cette volonté de manière claire et sans équivoque.
En vue de mener à bien ce processus, le Parlement de Catalogne, réuni au début de la dixième législature, représentant la volonté des citoyens de Catalogne démocratiquement exprimée lors des dernières élections, adopte la suivante:

DÉCLARATION DE SOUVERAINETÉ ET DU DROIT DE DECISION DU PEUPLE DE CATALOGNE

Conformément à la volonté démocratiquement exprimée par la majorité du peuple de Catalogne, le Parlement de Catalogne convient d'engager le processus visant à exercer le droit de décision afin que les citoyens de Catalogne puissent décider de leur avenir politique collectif, conformément aux principes suivants:

1. *Souveraineté*. Le peuple de Catalogne a, pour des raisons de légitimité démocratique, qualité de sujet politique et juridique souverain.

2. *Légitimité démocratique*. Le processus d'exercice du droit de décision sera scrupuleusement démocratique et il garantira en particulier le pluralisme et le respect de toutes les options, à travers le débat et le dialogue au sein de la société civile catalane, de sorte que la décision en résultant soit l'expression majoritaire de la volonté populaire, qui sera le garant fondamental du droit de décision.

3. *Transparence*. Tous les outils nécessaires seront fournis afin que l'ensemble de la population et la société catalane ait toutes les informations et les connaissances nécessaires à l'exercice du droit de décision et en vue de favoriser sa participation au processus.

4. *Dialogue*. Un dialogue et des négociations seront engagés avec l'État espagnol, avec les institutions européennes et avec l'ensemble de la communauté internationale.

5. *Cohésion sociale*. La cohésion sociale et territoriale du pays sera assurée ainsi que la volonté exprimée à plusieurs reprises par la société catalane de maintenir la Catalogne unie comme un seul peuple.

6. *Européanisme*. Les principes fondateurs de l'Union européenne seront défendus et promus, en particulier les droits fondamentaux des citoyens, la démocratie, l'engagement en faveur de l'État-providence et de la solidarité entre les peuples d'Europe et le pari du développement économique, social et culturel.

7. *Légalité*. Tous les cadres juridiques existants seront utilisés pour mettre en œuvre le renforcement de la démocratie et l'exercice du droit de décision.

8. Rôle principal du Parlement. Le Parlement, en tant qu'institution représentant le peuple de Catalogne, joue un rôle principal dans ce processus et, par conséquent, il y a lieu de convenir et de définir les mécanismes et les dynamiques de travail garantissant ce principe.

9. *Participation*. Le Parlement de Catalogne et le gouvernement de la Generalitat doivent faire participer activement dans ce processus le monde local et le plus grand nombre de forces politiques, d'agents économiques et sociaux et d'organisations culturelles et civiques et il doit préciser les mécanismes visant à garantir ce principe.

Le Parlement de Catalogne encourage l'ensemble des citoyennes et des citoyens à prendre une part active dans le processus démocratique d'exercice du droit de décision du peuple de Catalogne.

DOCUMENT N^{O} 27

DÉCLARATION PROCLAMANT LE LANCEMENT DU PROCESSUS D'INDÉPENDANCE

Date d'adoption : 9 novembre r 2015
N^{o} de la résolution : 1/X1

(Traduction française non officielle)

Le Parlement de Catalogne

1. constate que le mandat démocratique obtenu lors des élections du 27 septembre 2015 se fonde sur une majorité en sièges des forces parlementaires ayant pour objectif que la Catalogne devienne un État indépendant, avec une large majorité souverainiste en voix et en sièges qui mise sur l'ouverture d'un processus constituant non subordonné ;

2. déclare solennellement le début du processus de création de l'État catalan indépendant sous la forme d'une république ;

3. proclame l'ouverture d'un processus constituant citoyen, participatif, ouvert, intégrateur et actif en vue de préparer les bases de la future constitution catalane ;

4. demande au futur gouvernement catalan de prendre les mesures nécessaires pour donner effet à ces déclarations ;

5. considère pertinent d'engager, dans un délai maximal de 30 jours, les travaux d'adoption des lois relatives au processus constituant, à la Sécurité Sociale catalane et à l'Administration catalane des finances ;

6. en tant que dépositaire de la souveraineté et expression du pouvoir constituant, réitère que ce Parlement et le processus de déconnexion démocratique ne se soumettront pas aux décisions des institutions de l'État espagnol, notamment de la Cour constitutionnelle, qu'il considère illégitime et sans compétence suite, entre autres, à l'arrêt de juin 2010 sur le Statut d'autonomie de la Catalogne, ratifié préalablement par le peuple par voie de référendum ;

7. adoptera les mesures nécessaires pour ouvrir ce processus de déconnexion démocratique, massive, soutenue et pacifique vis-à-vis de l'État espagnol de façon à permettre l'exercice effectif du pouvoir par les citoyens à tous les niveaux, en se fondant notamment sur une participation active, ouverte et intégratrice ;

8. demande au futur gouvernement catalan de faire exécuter exclusivement les normes et mandats émanant de cette Chambre, légitime et démocratique, en vue de blinder les droits fondamentaux qui pourraient être affectés par des décisions des institutions de l'État espagnol ;

9. déclare la volonté d'engager des négociations en vue de donner effet au mandat démocratique de création d'un État catalan indépendant sous forme de république, et en informe également l'État espagnol, l'Union européenne et la communauté internationale.

C- ROYAUME-UNI/ÉCOSSE

DOCUMENT N^{O} 28

SCOTLAND ACT (1998 ET 2016)
(Extrait)

Dates de sanction : 19 novembre1998 (*Scotland Act* 1998); 23 mars 2016 (*Scotland Act* 2016)
Sources documentaires : Statutes U.K. 1998, c. 46 et Statutes U.K., 2016, c. 11

Part I The Scottish Parliament […]

Legislation

30. Legislative competence: supplementary.

(1) Schedule 5 (which defines reserved matters) shall have effect.

(2) Her Majesty may by Order in Council make any modifications of Schedule 4 or 5 which She considers necessary or expedient.

(3) Her Majesty may by Order in Council specify functions which are to be treated, for such purposes of this Act as may be specified, as being, or as not being, functions which are exercisable in or as regards Scotland.

(4) An Order in Council under this section may also make such modifications of—

(a) any enactment or prerogative instrument (including any enactment comprised in or made under this Act), or
(b) any other instrument or document, as Her Majesty considers necessary or expedient in connection with other provision made by the Order.

(5) Subsection (6) applies where any alteration is made—

(a) to the matters which are reserved matters, or
(b) to Schedule 4,(whether by virtue of the making, revocation or expiry of an Order in Council under this section or otherwise).

(6) Where the effect of the alteration is that a provision of an Act of the Scottish Parliament ceases to be within the legislative competence of the Parliament, the provision does not for that reason cease to have effect (unless an enactment provides otherwise). […]

SCHEDULE 5
Reserved matters

Part I General reservations

The Constitution

1. The following aspects of the constitution are reserved matters, that is—

(a) the Crown, including succession to the Crown and a regency,

(b) the Union of the Kingdoms of Scotland and England,
(c) the Parliament of the United Kingdom,
(d) the continued existence of the High Court of Justiciary as a criminal court of first instance and of appeal,
(e) the continued existence of the Court of Session as a civil court of first instance and of appeal. […]

5A. (1) Paragraph 1 does not reserve a referendum on the independence of Scotland from the rest of the United Kingdom if the following requirements are met.

(2) The date of the poll at the referendum must not be the date of the poll at any other referendum held under provision made by the Parliament.

(3) The date of the poll at the referendum must be no later than 31 December 2014.

(4) There must be only one ballot paper at the referendum, and the ballot paper must give the voter a choice between only two responses*.

* Cet article 5A a été abrogé par l'article 10 (5) du *Scotland Act* 2016, Statutes U.K. 2016, c. 11.

DOCUMENT N^{O} 29

AGREEMENT BETWEEN THE UNITED KINGDOM GOVERNMENT AND THE SCOTTISH GOVERNMENT ON A REFERENDUM ON THE INDEPENDENCE FOR SCOTLAND (2012)

Date d'adoption : 15 octobre 2012

The United Kingdom Government and the Scottish Government have agreed to work together to ensure that a referendum on Scottish independence can take place.

The governments are agreed that the referendum should:

- have a clear legal base
- be legislated for by the Scottish Parliament
- be conducted so as to command the confidence of parliaments, governments and people
- deliver a fair test and a decisive expression of the views of people in Scotland and a result that everyone will respect

The governments have agreed to promote an Order in Council under Section 30 of the Scotland Act 1998 in the United Kingdom and Scottish Parliaments to allow a single-question referendum on Scottish independence to be held before the end of 2014. The Order will put it beyond doubt that the Scottish Parliament can legislate for that referendum.

It will then be for the Scottish Government to promote legislation in the Scottish Parliament for a referendum on independence. The governments are agreed that the referendum should meet the highest standards of fairness, transparency and propriety, informed by consultation and independent expert advice. The referendum legislation will set out:

- the date of the referendum
- the franchise
- the wording of the question
- rules on campaign financing
- other rules for the conduct of the referendum

The details of the agreement between the governments are set out in the following memorandum and draft Order, which form part of this agreement.

Memorandum of Agreement
Purpose of the memorandum

1. This memorandum sets out the elements of the agreement that require legislative provision in the section 30 Order[1] and the elements that have been agreed between the governments on a non-statutory basis.

Principles

[1] Section 30 order : An Order made under section 30 (2) of the Scotland Act 1998 allows modifications to be made to Schedule 5 to the Scotland Act 1998, which lists those matters that are reserved to the UK Parliament, by either adding or removing reservations.

2. Both governments agree that the principles underpinning the existing framework for referendums held under Acts of the UK Parliament – which aim to guarantee fairness – should apply to the Scottish independence referendum. Part 7 of the Politicial Parties, Elections and Referendums Act 2000 (PPERA)[2], provides a framework for referendums delivered through Acts of Parliament, including rules about campaign finance, referendum regulation, oversight and conduct.

3. Both governments agree that the referendum rules should be based on PPERA, with particular Scottish circumstances, such as the establishment of the Electoral Management Board and subsequent role of the Electoral Commission, reflected in the Referendum Bill.

Timing

4. The Order enables the Scottish Parliament to legislate for a referendum that takes place at any point before the end of 2014. The date of the poll will be for the Scottish Parliament to determine and will be set out in the Referendum Bill to be introduced by the Scottish Government. The Order requires the poll for this referendum to be held on a day with no other poll provided for by legislation of the Scottish Parliament.

Question

5. Both governments agree that the referendum question must be fair, easy to understand and capable of producing a result that is accepted and commands confidence.

6. The Order enables the Scottish Parliament to legislate for a referendum with one question on independence. The wording of the question will be for the Scottish Parliament to determine and will be set out in the Referendum Bill to be introduced by the Scottish Government, subject to the Electoral Commission's review process, as set out in the paragraphs which follow.

7. For referendums delivered by an Act of the UK Parliament, section 104 of PPERA requires the Electoral Commission to review the proposed question and any statement that precedes the question and to report to the UK Parliament on the intelligibility of that question. Section 10 of PPERA also provides that the Electoral Commission can provide advice and assistance to the Scottish Parliament and Scottish Government.

8. Consistent with the provisions in PPERA, the Scottish Government will refer the proposed referendum question and any preceding statement to the Electoral Commission for review of its intelligibility. Interested parties will be able to submit their views on the proposed wording to the Electoral Commission as part of the Commission's review process, in the normal way. The Electoral Commission will report on the question and this report will be laid before the Scottish Parliament. In turn the Scottish Government will respond to the report, indicating its response to any recommendations that the Electoral Commission may make.

Franchise

9. The Referendum Bill introduced by the Scottish Government will create a franchise for the referendum. Both governments agree that all those entitled to vote[3] in Scottish Parliamentary and local government elections should be able to vote in the referendum.

10. The Scottish Government's consultation on the referendum also set out a proposal for extending the franchise to allow 16 and 17 year-olds to vote in the referendum. It will be for the Scottish Government to decide whether

[2] Part 7 of PPERA : Part 7 of PPERA consists of four chapters setting out the framework for referendums held under an Act of the UK Parliament: I – Preliminary; II – Financial Controls; III – Controls on publications; and IV – Conduct of referendums

[3] The Scottish Parliamentary franchise: The Scottish Parliamentary franchise enables British, Irish, qualifying Commonwealth citizens and European Union citizens resident in Scotland to vote.

to propose extending the franchise for this referendum and how that should be done. It will be for the Scottish Parliament to approve the referendum franchise, as it would be for any referendum on devolved matters.

11. The Scottish Government's decision on what to propose to the Scottish Parliament will be informed by the analysis of responses to its consultation exercise and by practical considerations. The Order does not restrict the extension of the franchise in the case of this referendum.

Functions of the Electoral Commission and the Electoral Management Board

12. Both governments agree on the importance of the referendum being overseen in an impartial way by bodies that can command the confidence of both sides of the campaign. The Electoral Commission is responsible for overseeing referendums held under PPERA.

PPERA gives the Electoral Commission responsibility for:

- commenting on the wording of the referendum question
- registration of campaigners
- designating lead campaign organisations
- regulating campaign spending and donations
- giving grants to lead campaign organisations
- publishing guidance for permitted participants
- reporting on the referendum process
- the conduct of the poll
- the announcement of the result

13. The Electoral Commission was also given responsibility for promoting public awareness for voters in the 2011 Welsh and UK referendums.

14. Both governments agree that the Electoral Commission should fulfil all these functions in respect of the independence referendum, with the exception of the conduct of the poll and announcement of the result, and the giving of grants (the Scottish Government proposes that there will be no grants of public money to lead campaign organisations). In its role of regulating the campaign and campaign spending, the Electoral Commission will report to the Scottish Parliament.

15. The Scottish Government proposes that the conduct of the poll and the announcement of the result should reflect the arrangements for local and parliamentary elections in Scotland and will be consistent with Scotland's electoral management structure, co-ordinated by the Electoral Management Board. The poll and count will be managed in the same way as those elections, by local returning officers (designated for the referendum as 'counting officers') and directed by a Chief Counting Officer (CCO). The Scottish Government proposes that the CCO should be the Convener of the Electoral Management Board.

Referendum campaign regulation

16. Both governments agree on the importance of ensuring that the referendum campaign is subject to regulation that ensures that the referendum is fair and commands the confidence of both sides of the debate. The Referendum Bill introduced into the Scottish Parliament by the Scottish Government will include provision for the referendum

rules. The governments agree the regulations for the independence referendum campaign should be based on those set out in Part 7 of PPERA.

17. The Order contains specific provision applying some of the PPERA rules to an independence referendum where it would be outside the Scottish Parliament's legislative competence to make such provision. These provisions relate to referendum campaign broadcasts and the sending of mail-shots free of charge.

Referendum campaign broadcasts

18. PPERA provides that only referendum campaign broadcasts made by or on behalf of designated campaign organisations can be broadcast. The Communications Act 2003 requires Ofcom to impose licence conditions on broadcasters requiring them to observe rules set by Ofcom relating to referendum campaign broadcasts.

19. The agreement between the Secretary of State for Culture, Media and Sport and the BBC requires the BBC to broadcast referendum campaign broadcasts and provides that it is for the BBC Trust to determine the basis on which these are broadcast. Both Ofcom and the BBC are required to have regard to the views of the Electoral Commission when making provision in respect of referendum campaign broadcasts. In both the Communications Act 2003 and the agreement with the BBC 'referendum campaign broadcast' has the same meaning as in PPERA.

20. The Order makes provision applying the provisions in PPERA relating to referendum campaign broadcasts to an independence referendum. This will mean that Ofcom, the BBC and the Electoral Commission will have the same role in relation to an independence referendum as they would in relation to a PPERA referendum.

Ensuring impartiality of broadcasters

21. The governments agree that it will be important to ensure that broadcast coverage of the Referendum is impartial. Broadcasters, Ofcom and the Electoral Commission will discuss the best way to achieve this.

Free-of-charge mail-shot

22. PPERA allows a designated campaign organisation to send one mail-shot free of charge to every elector or household. This service is provided by Royal Mail and funded by the UK Parliament through the Consolidated Fund.

23. The Order makes provision applying this provision of PPERA to an independence referendum. This will enable the designated campaign organisations to send out one mail-shot free of charge to every elector or household and for the Royal Mail to recover the cost of postage from the Scottish budget (the 'Scottish Consolidated Fund').

Campaign finance

24. Both governments recognise that campaign finance will be an important issue for those campaigning in the referendum, for the Electoral Commission in regulating the referendum, and for people in Scotland. It is important for each of these that the rules are fair and provide a level playing field.

25. The Referendum Bill to be introduced by the Scottish Government will provide for the spending limits in the regulated period for the independence referendum. Both governments agree that the rules and standards set out in PPERA provide the basis for setting the limits.

26. PPERA sets out spending limits for referendums held on a UK-wide basis and a mechanism for the Secretary of State to set the limits for sub-UK referendums by secondary legislation. In setting such limits, the Secretary of State must consult the Electoral Commission and have regard to its views. Whilst the UK Government is not statutorily required to accept the Commission's recommendations, it regards the guidance of the Electoral

Commission as a key consideration and has so far always followed the advice of the Electoral Commission when setting spending limits for referendums held under the PPERA framework. If the Secretary of State does not accept the views of the Commission on the appropriate limits, he or she is statutorily obliged to lay a statement before both Houses of Parliament explaining his or her reasons for departing from its recommendations.

27. The Scottish Government proposes that the regulated period for the independence referendum should be the 16 weeks ending on the date of the referendum. In setting the spending limits for the regulated period for the independence referendum, the Scottish Government will analyse and consider the responses to its consultation, consult with both existing referendum campaigns – neither of which was in existence during the Scottish Government's consultation period – and have regard to the Electoral Commission's views and will set out its proposals, and the evidence on which these are based, before the Referendum Bill is considered by the Scottish Parliament. The Referendum Bill, including the proposed spending limits, will be subject to the established Scottish Parliamentary procedures and scrutiny. The Bill, like any other Bill in the Scottish Parliament will, when introduced, be accompanied by a Policy Memorandum. The Policy Memorandum will set out details of the consultation process for setting spending limits and details of any alternative approaches to any of the issues considered. This will include a statement of reasons if there is any departure from the Electoral Commission's advice on spending limits.

28. Donations to registered political parties are already subject to a regulatory regime established in Part 4 of PPERA. There is, therefore, no need to create an additional set of rules regulating donations to registered political parties solely for the purposes of the referendum. Political parties will not be the only bodies wishing to campaign for a particular outcome at the referendum. The Referendum Bill to be introduced by the Scottish Government will deal with controls of donations to permitted participants that are not registered parties or are minor parties. As under PPERA, permitted participants will not be able to accept certain anonymous donations or certain donations from individuals or organisations from outside the UK.

Government activity during the 28 days before the referendum

29. It is customary for there to be a period before elections in the UK, during which Ministers and other public bodies refrain from publishing material that would have a bearing on the election. Section 125 of PPERA sets out the restrictions that apply to Ministers and public bodies in the 28 days preceding referendums held under that Act. Both governments recognise the importance of respecting the 28-day period prior to a referendum, in the same way that both governments already respect each other's pre-election period for Parliamentary elections. The Scottish Government will set out details of restricted behaviour for Scottish Ministers and devolved public bodies in the Referendum Bill to be introduced into the Scottish Parliament. These details will be based on the restrictions set out in PPERA. The UK Government has committed to act according to the same PPERA-based rules during the 28 day period.

Co-operation

30. The United Kingdom and Scottish Governments are committed, through the Memorandum of Understanding[4] between them and others, to working together on matters of mutual interest and to the principles of good communication and mutual respect. The two governments have reached this agreement in that spirit. They look forward to a referendum that is legal and fair producing a decisive and respected outcome. The two governments are committed to continue to work together constructively in the light of the outcome, whatever it is, in the best interests of the people of Scotland and of the rest of the United Kingdom.

*****

[4] Memorandum of Understanding: Memorandum of Understanding and Supplementary Agreements between the United Kingdom Government, the Scottish Ministers, the Welsh Ministers, and the Northern Ireland Executive Committee, 2000, as updated in September 2012

Section 30 Order- Draft Statutory Instruments :
Constitutiona Law Devolution, Scotland

2013 No.

CONSTITUTIONAL LAW DEVOLUTION, SCOTLAND

Scotland Act 1998 (Modification of Schedule 5) Order 2013

*Made - - - - *** Coming into force in accordance with article 2*

At the Court at Buckingham Palace, the *** day of *** Present,
The Queen's Most Excellent Majesty in Council

This Order is made in exercise of the powers conferred by section 30(2) and (4) and 113(4)(a) of the Scotland Act 1998 ([a]).

In accordance with section 115 of, and paragraphs 1 and 2 of Schedule 7 to, that Act ([b]), a draft of this Order has been—

1. (a) laid before and approved by a resolution of each House of Parliament, and
2. (b) laid before and approved by a resolution of the Scottish Parliament.

Accordingly Her Majesty, by and with the advice of Her Privy Council, makes the following Order:

Citation and commencement

1. This Order may be cited as the Scotland Act 1998 (Modification of Schedule 5) Order 2013.

2. This Order comes into force on the day after the day on which it is made.

Modification of Schedule 5 to the Scotland Act 1998

3. In Part 1 of Schedule 5 to the Scotland Act 1998 (general reservations), after paragraph 5 insert—

"5A. (1) Paragraph 1 does not reserve a referendum on the independence of Scotland from the rest of the United Kingdom if the following requirements are met.

(2) The date of the poll at the referendum must not be the date of the poll at any other referendum held under provision made by the Parliament.

(3) The date of the poll at the referendum must be no later than 31 December 2014.

(4) There must be only one ballot paper at the referendum, and the ballot paper must give the voter a choice between only two responses.".

---

[a] 1998, c. 46.
[b] Paragraphs 1 and 2 of Schedule 7 have been modified by paragraph 3(2) of schedule 4 to the Interpretation and Legislative Reform (Scotland) Act 2010 (asp 10).

Supplementary provision

4. (1) The following provisions of Part 7 of the Political Parties, Elections and Referendums Act 2000 ("the 2000 Act") ([a]) apply to an independence referendum as if it were a referendum to which that Part applies—

1. (a) section 127 (referendum campaign broadcasts), and
2. (b) paragraph 1 of Schedule 12 (right to send referendum address post-free) ([b]).

(2) In those provisions as applied by this article, references, however expressed, to a person or body designated under section 108 are to be read as references to a person or body designated under an Act of the Scottish Parliament for the purposes of an independence referendum as representing those campaigning for a particular outcome in relation to the question in the referendum.

(3) The following (which apply to a referendum campaign broadcast within the meaning of section 127 of the 2000 Act) do not apply to such a broadcast within the meaning of that section as applied by this article—

1. (a) section 112 of the 2000 Act;
2. (b) paragraph 1 of Schedule 13 to that Act;
3. (c) paragraph 18 of Schedule 12 to the Communications Act 2003([c]).

(4) Where paragraph 1(3) of Schedule 12 to the 2000 Act, as applied by this article, applies section 200A of the Representation of the People Act 1983([d]) (remuneration for free postal services), the reference in that section to a sum being charged on and issued out of the Consolidated Fund is to be read as a reference to that sum being paid by the Scottish Ministers.

(5) In this article "independence referendum" means a referendum on the independence of Scotland from the rest of the United Kingdom, held in pursuance of provision made by or under an Act of the Scottish Parliament.

1. (a) 2000 c. 41.
2. (b) Paragraph 1 is amended by paragraph 158 of Schedule 12 to the Postal Services Act 2011.
3. (c) 2003 c. 21.
4. (d) 1983 c. 2. Section 200A was inserted by paragraph 18 of Schedule 8 to the Postal Services Act 2000 (c. 26).

DOCUMENT N^{O} 30

SCOTTISH INDEPENDENCE REFERENDUM ACT 2013

(*An Act of the Scottish Parliament to make provision, in accordance with paragraph 5A of Part 1 of Schedule 5 to the Scotland Act 1998, for the holding of a referendum in Scotland on a question about the independence of Scotland*)

(Extrait)

Date de sanction : 17 décembre 2013
Source documentaire : 2013 asp 14

[a] 2000, c. 41.
[b] Paragraph 1 is amended by paragraph 158 of Schedule 12 to the Postal Services Act 2011.
[c] 2003, c. 21.
[d] 1983 c. 2. Section 200A was inserted by paragraph 18 of Schedule 8 to the Postal Services Act 2000 (c. 26)

Referendum

1. Referendum on Scottish independence

(1) A referendum is to be held in Scotland on a question about the independence of Scotland

(2) The question is— "Should Scotland be an independent country?"

(3) The ballot paper to be used for the purpose of the referendum is to be printed—

(a) in the form set out in schedule 1, and
(b) according to the directions set out in that schedule.

(4) The date on which the poll at the referendum is to be held is 18 September 2014, unless before then an order is made under subsection (6).

(5) Subsection (6) applies if the Scottish Ministers are satisfied—

(a) that it is impossible or impracticable for the poll at the referendum to be held on 18 September 2014, or
(b) that it cannot be conducted properly if held on that date.

(6) The Scottish Ministers may by order appoint a later day (being no later than 31 December 2014) as the day on which the poll at the referendum is to be held.

(7) An order under subsection (6)—

(a) may include supplementary or consequential provision,
(b) may modify any enactment (including this Act), and
(c) is subject to the affirmative procedure. […]

DOCUMENT N^{O} 31

LETTER OF WITHDRAWAL OF THE UNITED KINGDOM
FROM THE EUROPEAN UNION (2017)

Date de transmission : 29 mars 2017

Dear President Tusk

On 23 June last year, the people of the United Kingdom voted to leave the European Union.

As I have said before, that decision was no rejection of the values we share as fellow Europeans. Nor was it an attempt to do harm to the European Union or any of the remaining member states. On the contrary, the United Kingdom wants the European Union to succeed and prosper. Instead, the referendum was a vote to restore, as we see it, our national self-determination. We are leaving the European Union, but we are not leaving Europe - and we want to remain committed partners and allies to our friends across the continent.

Earlier this month, the United Kingdom Parliament confirmed the result of the referendum by voting with clear and convincing majorities in both of its Houses for the European Union (Notification of Withdrawal) Bill. The Bill was passed by Parliament on 13 March and it received Royal Assent from Her Majesty The Queen and became an Act of Parliament on 16 March.

Today, therefore, I am writing to give effect to the democratic decision of the people of the United Kingdom. I hereby notify the European Council in accordance with Article 50(2) of the Treaty on European Union of the United Kingdom's intention to withdraw from the European Union. In addition, in accordance with the same Article 50(2) as applied by Article 106a of the Treaty Establishing the European Atomic Energy Community, I hereby notify the European Council of the United Kingdom's intention to withdraw from the European Atomic Energy Community. References in this letter to the European Union should therefore be taken to include a reference to the European Atomic Energy Community.

This letter sets out the approach of Her Majesty's Government to the discussions we will have about the United Kingdom's departure from the European Union and about the deep and special partnership we hope to enjoy - as your closest friend and neighbour - with the European Union once we leave. We believe that these objectives are in the interests not only of the United Kingdom but of the European Union and the wider world too.

It is in the best interests of both the United Kingdom and the European Union that we should use the forthcoming process to deliver these objectives in a fair and orderly manner, and with as little disruption as possible on each side. We want to make sure that Europe remains strong and prosperous and is capable of projecting its values, leading in the world, and defending itself from security threats. We want the United Kingdom, through a new deep and special partnership with a strong European Union, to play its full part in achieving these goals. We therefore believe it is necessary to agree the terms of our future partnership alongside those of our withdrawal from the European Union.

The Government wants to approach our discussions with ambition, giving citizens and businesses in the United Kingdom and the European Union - and indeed from third countries around the world - as much certainty as possible, as early as possible.

I would like to propose some principles that may help to shape our coming discussions, but before I do so, I should update you on the process we will be undertaking at home, in the United Kingdom.

The process in the United Kingdom

As I have announced already, the Government will bring forward legislation that will repeal the Act of Parliament - the European Communities Act 1972 - that gives effect to EU law in our country. This legislation will, wherever practical and appropriate, in effect convert the body of existing European Union law (the "acquis") into UK law. This means there will be certainty for UK citizens and for anybody from the European Union who does business in the United Kingdom. The Government will consult on how we design and implement this legislation, and we will publish a White Paper tomorrow. We also intend to bring forward several other pieces of legislation that address specific issues relating to our departure from the European Union, also with a view to ensuring continuity and certainty, in particular for businesses. We will of course continue to fulfil our responsibilities as a member state while we remain a member of the European Union, and the legislation we propose will not come into effect until we leave.

From the start and throughout the discussions, we will negotiate as one United Kingdom, taking due account of the specific interests of every nation and region of the UK as we do so. When it comes to the return of powers back to the United Kingdom, we will consult fully on which powers should reside in Westminster and which should be devolved to Scotland, Wales and Northern Ireland. But it is the expectation of the Government that the outcome of this process will be a significant increase in the decision-making power of each devolved administration.

Negotiations between the United Kingdom and the European Union

The United Kingdom wants to agree with the European Union a deep and special partnership that takes in both economic and security cooperation. To achieve this, we believe it is necessary to agree the terms of our future partnership alongside those of our withdrawal from the EU.

If, however, we leave the European Union without an agreement the default position is that we would have to trade on World Trade Organisation terms. In security terms a failure to reach agreement would mean our cooperation in the fight against crime and terrorism would be weakened. In this kind of scenario, both the United Kingdom and the European Union would of course cope with the change, but it is not the outcome that either side should seek. We must therefore work hard to avoid that outcome.

It is for these reasons that we want to be able to agree a deep and special partnership, taking in both economic and security cooperation, but it is also because we want to play our part in making sure that Europe remains strong and prosperous and able to lead in the world, projecting its values and defending itself from security threats. And we want the United Kingdom to play its full part in realising that vision for our continent.

Proposed principles for our discussions

Looking ahead to the discussions which we will soon begin, I would like to suggest some principles that we might agree to help make sure that the process is as smooth and successful as possible.

i. *We should engage with one another constructively and respectfully, in a spirit of sincere cooperation.* Since I became Prime Minister of the United Kingdom I have listened carefully to you, to my fellow EU Heads of Government and the Presidents of the European Commission and Parliament. That is why the United Kingdom does not seek membership of the single market: we understand and respect your position that the four freedoms of the single market are indivisible and there can be no "cherry picking". We also understand that there will be consequences for the UK of leaving the EU: we know that we will lose influence over the rules that affect the European economy. We also know that UK companies will, as they trade within the EU, have to align with rules agreed by institutions of which we are no longer a part - just as UK companies do in other overseas markets.

ii. *We should always put our citizens first*. There is obvious complexity in the discussions we are about to undertake, but we should remember that at the heart of our talks are the interests of all our citizens. There are, for example, many citizens of the remaining member states living in the United Kingdom, and UK citizens living elsewhere in the European Union, and we should aim to strike an early agreement about their rights.

iii. *We should work towards securing a comprehensive agreement.* We want to agree a deep and special partnership between the UK and the EU, taking in both economic and security cooperation. We will need to discuss how we determine a fair settlement of the UK's rights and obligations as a departing member state, in accordance with the law and in the spirit of the United Kingdom's continuing partnership with the EU. But we believe it is necessary to agree the terms of our future partnership alongside those of our withdrawal from the EU.

iv. *We should work together to minimise disruption and give as much certainty as possible.* Investors, businesses and citizens in both the UK and across the remaining 27 member states - and those from third countries around the world - want to be able to plan. In order to avoid any cliff-edge as we move from our current relationship to our future partnership, people and businesses in both the UK and the EU would benefit from implementation periods to adjust in a smooth and orderly way to new arrangements. It would help both sides to minimise unnecessary disruption if we agree this principle early in the process.

v. *In particular, we must pay attention to the UK's unique relationship with the Republic of Ireland and the importance of the peace process in Northern Ireland.* The Republic of Ireland is the only EU member state with a land border with the United Kingdom. We want to avoid a return to a hard border between our two countries, to be able to maintain the Common Travel Area between us, and to make sure that the UK's withdrawal from the EU

does not harm the Republic of Ireland. We also have an important responsibility to make sure that nothing is done to jeopardise the peace process in Northern Ireland, and to continue to uphold the Belfast Agreement.

vi. *We should begin technical talks on detailed policy areas as soon as possible, but we should prioritise the biggest challenges.* Agreeing a high-level approach to the issues arising from our withdrawal will of course be an early priority. But we also propose a bold and ambitious Free Trade Agreement between the United Kingdom and the European Union. This should be of greater scope and ambition than any such agreement before it so that it covers sectors crucial to our linked economies such as financial services and network industries. This will require detailed technical talks, but as the UK is an existing EU member state, both sides have regulatory frameworks and standards that already match. We should therefore prioritise how we manage the evolution of our regulatory frameworks to maintain a fair and open trading environment, and how we resolve disputes. On the scope of the partnership between us - on both economic and security matters - my officials will put forward detailed proposals for deep, broad and dynamic cooperation.

vii. *We should continue to work together to advance and protect our shared European values.* Perhaps now more than ever, the world needs the liberal, democratic values of Europe. We want to play our part to ensure that Europe remains strong and prosperous and able to lead in the world, projecting its values and defending itself from security threats.

The task before us

As I have said, the Government of the United Kingdom wants to agree a deep and special partnership between the UK and the EU, taking in both economic and security cooperation. At a time when the growth of global trade is slowing and there are signs that protectionist instincts are on the rise in many parts of the world, Europe has a responsibility to stand up for free trade in the interest of all our citizens. Likewise, Europe's security is more fragile today than at any time since the end of the Cold War. Weakening our cooperation for the prosperity and protection of our citizens would be a costly mistake. The United Kingdom's objectives for our future partnership remain those set out in my Lancaster House speech of 17 January and the subsequent White Paper published on 2 February.

We recognise that it will be a challenge to reach such a comprehensive agreement within the two-year period set out for withdrawal discussions in the Treaty. But we believe it is necessary to agree the terms of our future partnership alongside those of our withdrawal from the EU. We start from a unique position in these discussions - close regulatory alignment, trust in one another's institutions, and a spirit of cooperation stretching back decades. It is for these reasons, and because the future partnership between the UK and the EU is of such importance to both sides, that I am sure it can be agreed in the time period set out by the Treaty.

The task before us is momentous but it should not be beyond us. After all, the institutions and the leaders of the European Union have succeeded in bringing together a continent blighted by war into a union of peaceful nations, and supported the transition of dictatorships to democracy. Together, I know we are capable of reaching an agreement about the UK's rights and obligations as a departing member state, while establishing a deep and special partnership that contributes towards the prosperity, security and global power of our continent.

Yours sincerely,

Theresa May

D- AUTRES PAYS

DOCUMENT N^{O} 32

CONSTITUTION DU LIECHTENSTEIN
(Extraits)

Date d'adoption : 5 octobre 1921

Nous, Jean II, par la grâce de Dieu, prince régnant du Liechtenstein, duc de Troppau, comte de Rietberg, etc. faisons savoir que la Constitution du 26 septembre 1862 a été ainsi modifiée par Nous, avec l'assentiment de notre Diète.

CHAPITRE PREMIER

DE LA PRINCIPAUTÉ […]

Article 4 […]

2. Chaque commune a le droit de faire sécession de l'État. La décision d'engager une procédure de sécession doit être prise à la majorité des citoyens résidant dans la commune et habilités à voter. La sécession est réglementée par une loi ou, le cas échéant, par un traité. Dans ce dernier cas, un second référendum doit être organisé dans la commune après la fin des négociations. […]

DOCUMENT N^{O}33

CONSTITUTION DE SAINT-CHRISTOPHE ET NIÈVES (1983)
(Extrait)

Entrée en vigueur : 23 juin 1983

113. Separation of Nevis from Saint Christopher.

(1) The Nevis Island Legislature may provide that the island of Nevis shall cease to be federated with the island of Saint Christopher and accordingly that this Constitution shall no longer have effect in the island of Nevis.
(2) A bill for the purposes of subsection (1) shall not be regarded as being passed by the Assembly unless on its final reading the bill is supported by the votes of not less than two-thirds of all the elected members of the Assembly and such a bill shall not be submitted to the Governor-General for his or her assent unless
(a) there has been an interval of not less than ninety days between the introduction of the bill in the Assembly and the beginning of the proceedings in the Assembly on the second reading of the bill;
(b) after it has been passed by the Assembly, the bill has been approved on a referendum held in the island of Nevis by not less than two-thirds of all the votes validly cast on that referendum; and
(c) full and detailed proposals for the future constitution of the island of Nevis (whether as a separate state or as part of or in association with some other country) have been laid before the Assembly for at least six months before the holding of the referendum and those proposals, with adequate explanations of their significance, have been made available to the persons entitled to vote on the referendum at least ninety days before the holding of the referendum.
(3) Every person who, at the time when the referendum is held, would be entitled to vote at elections of Representatives held in the island of Nevis shall be entitled to vote on a referendum held for the purposes of this section in accordance with such procedures as may be prescribed by the Nevis Island Legislature for the purposes of the referendum and no other person shall be entitled so to vote.

(4) In any referendum for the purposes of this section the votes shall be given by ballot in such manner as not to disclose how any particular person votes.
(5) The conduct of any referendum for the purposes of this section shall be the responsibility of the Supervisor of Elections and the provisions of subsections (4), (5) and (7) of section 34 shall apply in relation to the exercise by the Supervisor of Elections or by any other officer of his or her functions with respect to a referendum as they apply in relation to the exercise of his or her functions with respect to elections of Representatives.
(6) There shall be such provision as may be made by the Nevis Island Legislature to enable independent and impartial persons nominated by an international authority to observe the conduct of a referendum for the purposes of this section and to make reports on the conduct or results of the referendum to the Governor-General,
who shall cause any such reports to be published, and for that purpose any such persons shall be accorded such powers, privileges and immunities as may be prescribed by or under any law enacted by Parliament or, subject thereto, by or under any law enacted by the Nevis Island Legislature.
(7) A bill for the purposes of subsection (1) shall not be submitted to the Governor-General for his or her assent unless it is accompanied by a certificate under the hand of the president of the Assembly that the provisions of subsection (2) have been complied with and a certificate under the hand of the Supervisor of Elections stating the results of the referendum.
(8) The certificate of the president of the Assembly under this subsection shall be conclusive that the provisions of subsection (2) have been complied with and shall not be enquired into in any court of law.

DOCUMENT N^{O}34

CONSTITUTION D'ÉTHIOPIE
(Extrait)

Entrée en vigueur : 21 août 1995
Numéro : Proclamation No. 1/1995

Article 39
Rights of Nations, Nationalities, and Peoples
1. Every Nation, Nationality and People in Ethiopia has an unconditional right to self-determination, including the right to secession.
2. Every Nation, Nationality and People in Ethiopia has the right to speak, to write and to develop its own language; to express, to develop and to promote its culture; and to preserve its history.
3. Every Nation, Nationality and People in Ethiopia has the right to a full measure of self-government which includes the right to establish institutions of government in the territory that it inhabits and to equitable representation in state and Federal governments.
4. The right to self-determination, including secession, of every Nation, Nationality and People shall come into effect:
(a) When a demand for secession has been approved by a two-thirds majority of the members of the Legislative Council of the Nation, Nationality or People concerned;
(b) When the Federal Government has organized a referendum which must take place within three years from the time it received the concerned council's decision for secession;
(c) When the demand for secession is supported by a majority vote in the referendum;
(d) When the Federal Government will have transferred its powers to the Council of the Nation, Nationality or People who has voted to secede; and
(e) When the division of assets is effected in a manner prescribed by law.
5. A "Nation, Nationality or People" for the purpose of this Constitution, is a group of people who have or share a large measure of a common culture or similar customs, mutual intelligibility of language, belief in a common or related identities, a common psychological make-up, and who inhabit an identifiable, predominantly contiguous territory.

DOCUMENT N^{O} 35

ACCORD SUR LA NOUVELLE-CALÉDONIE (1998)
(Extraits)

Date de signature : 5 mai 1998

Préambule

1. Lorsque la France prend possession de la Grande Terre, que James Cook avait dénommée « Nouvelle-Calédonie », le 24 septembre 1853, elle s'approprie un territoire selon les conditions du droit international alors reconnu par les nations d'Europe et d'Amérique, elle n'établit pas des relations de droit avec la population autochtone. Les traités passés, au cours de l'année 1854 et les années suivantes, avec les autorités coutumières, ne constituent pas des accords équilibrés mais, de fait, des actes unilatéraux.
Or, ce territoire n'était pas vide.

La Grande Terre et les îles étaient habitées par des hommes et des femmes qui ont été dénommés kanak. Ils avaient développé une civilisation propre, avec ses traditions, ses langues, la coutume qui organisait le champ social et politique. Leur culture et leur imaginaire s'exprimaient dans diverses formes de création.

L'identité kanak était fondée sur un lien particulier à la terre. Chaque individu, chaque clan se définissait par un rapport spécifique avec une vallée, une colline, la mer, une embouchure de rivière, et gardait la mémoire de l'accueil d'autres familles. Les noms que la tradition donnait à chaque élément du paysage, les tabous marquant certains d'entre eux, les chemins coutumiers structuraient l'espace et les échanges.

2. La colonisation de la Nouvelle-Calédonie s'est inscrite dans un vaste mouvement historique où les pays d'Europe ont imposé leur domination au reste du monde.

Des hommes et des femmes sont venus en grand nombre, aux XIXe et XXe siècles, convaincus d'apporter le progrès, animés par leur foi religieuse, venus contre leur gré ou cherchant une seconde chance en Nouvelle-Calédonie. Ils se sont installés et y ont fait souche. Ils ont apporté avec eux leurs idéaux, leurs connaissances, leurs espoirs, leurs ambitions, leurs illusions et leurs contradictions.

Parmi eux certains, notamment des hommes de culture, des prêtres ou des pasteurs, des médecins et des ingénieurs, des administrateurs, des militaires, des responsables politiques ont porté sur le peuple d'origine un regard différent, marqué par une plus grande compréhension ou une réelle compassion.
Les nouvelles populations sur le territoire ont participé, dans des conditions souvent difficiles, en apportant des connaissances scientifiques et techniques, à la mise en valeur minière ou agricole et, avec l'aide de l'État, à l'aménagement de la Nouvelle-Calédonie.

Leur détermination et leur inventivité ont permis une mise en valeur et jeté les bases du développement.

La relation de la Nouvelle-Calédonie avec la métropole lointaine est demeurée longtemps marquée par la dépendance coloniale, un lien univoque, un refus de reconnaître les spécificités, dont les populations nouvelles ont aussi souffert dans leurs aspirations.

3. Le moment est venu de reconnaître les ombres de la période coloniale, même si elle ne fut pas dépourvue de lumière.

Le choc de la colonisation a constitué un traumatisme durable pour la population d'origine.

Des clans ont été privés de leur nom en même temps que de leur terre. Une importante colonisation foncière a entraîné des déplacements considérables de population, dans lesquels des clans kanak ont vu leurs moyens de subsistance réduits et leurs lieux de mémoire perdus. Cette dépossession a conduit à une perte des repères

identitaires.

L'organisation sociale kanak, même si elle a été reconnue dans ses principes, s'en est trouvée bouleversée. Les mouvements de population l'ont déstructurée, la méconnaissance ou des stratégies de pouvoir ont conduit trop souvent à nier les autorités légitimes et à mettre en place des autorités dépourvues de légitimité selon la coutume, ce qui a accentué le traumatisme identitaire.

Simultanément, le patrimoine artistique kanak était nié ou pillé.

A cette négation des éléments fondamentaux de l'identité kanak se sont ajoutées des limitations aux libertés publiques et une absence de droits politiques, alors même que les kanak avaient payé un lourd tribut à la défense de la France, notamment lors de la Première Guerre mondiale.

Les kanak ont été repoussés aux marges géographiques, économiques et politiques de leur propre pays, ce qui ne pouvait, chez un peuple fier et non dépourvu de traditions guerrières, que provoquer des révoltes, lesquelles ont suscité des répressions violentes, aggravant les ressentiments et les incompréhensions.

La colonisation a porté atteinte à la dignité du peuple kanak qu'elle a privé de son identité. Des hommes et des femmes ont perdu dans cette confrontation leur vie ou leurs raisons de vivre. De grandes souffrances en sont résultées. Il convient de faire mémoire de ces moments difficiles, de reconnaître les fautes, de restituer au peuple kanak son identité confisquée, ce qui équivaut pour lui à une reconnaissance de sa souveraineté, préalable à la fondation d'une nouvelle souveraineté, partagée dans un destin commun.

4. La décolonisation est le moyen de refonder un lien social durable entre les communautés qui vivent aujourd'hui en Nouvelle-Calédonie, en permettant au peuple kanak d'établir avec la France des relations nouvelles correspondant aux réalités de notre temps.

Les communautés qui vivent sur le territoire ont acquis par leur participation à l'édification de la Nouvelle-Calédonie une légitimité à y vivre et à continuer de contribuer à son développement. Elles sont indispensables à son équilibre social et au fonctionnement de son économie et de ses institutions sociales. Si l'accession des kanak aux responsabilités demeure insuffisante et doit être accrue par des mesures volontaristes, il n'en reste pas moins que la participation des autres communautés à la vie du territoire lui est essentielle.

Il est aujourd'hui nécessaire de poser les bases d'une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie, permettant au peuple d'origine de constituer avec les hommes et les femmes qui y vivent une communauté humaine affirmant son destin commun.

La taille de la Nouvelle-Calédonie et ses équilibres économiques et sociaux ne permettent pas d'ouvrir largement le marché du travail et justifient des mesures de protection de l'emploi local.

Les accords de Matignon signés en juin 1988 ont manifesté la volonté des habitants de Nouvelle-Calédonie de tourner la page de la violence et du mépris pour écrire ensemble des pages de paix, de solidarité et de prospérité.

Dix ans plus tard, il convient d'ouvrir une nouvelle étape, marquée par la pleine reconnaissance de l'identité kanak, préalable à la refondation d'un contrat social entre toutes les communautés qui vivent en Nouvelle-Calédonie, et par un partage de souveraineté avec la France, sur la voie de la pleine souveraineté.

Le passé a été le temps de la colonisation. Le présent est le temps du partage, par le rééquilibrage. L'avenir doit être le temps de l'identité, dans un destin commun.

La France est prête à accompagner la Nouvelle-Calédonie dans cette voie.

5. Les signataires des accords de Matignon ont donc décidé d'arrêter ensemble une solution négociée, de nature consensuelle, pour laquelle ils appelleront ensemble les habitants de Nouvelle-Calédonie à se prononcer.

Cette solution définit pour vingt années l'organisation politique de la Nouvelle-Calédonie et les modalités de son émancipation.

Sa mise en œuvre suppose une loi constitutionnelle que le Gouvernement s'engage à préparer en vue de son adoption au Parlement.

La pleine reconnaissance de l'identité kanak conduit à préciser le statut coutumier et ses liens avec le statut civil des personnes de droit commun, à prévoir la place des structures coutumières dans les institutions, notamment par l'établissement d'un Sénat coutumier, à protéger et valoriser le patrimoine culturel kanak, à mettre en place de nouveaux mécanismes juridiques et financiers pour répondre aux demandes exprimées au titre du lien à la terre, tout en favorisant sa mise en valeur, et à adopter des symboles identitaires exprimant la place essentielle de l'identité kanak du pays dans la communauté de destin acceptée.

Les institutions de la Nouvelle-Calédonie traduiront la nouvelle étape vers la souveraineté : certaines des délibérations du Congrès du territoire auront valeur législative et un Exécutif élu les préparera et les mettra en œuvre.
Au cours de cette période, des signes seront donnés de la reconnaissance progressive d'une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie, celle-ci devant traduire la communauté de destin choisie et pouvant se transformer, après la fin de la période, en nationalité, s'il en était décidé ainsi.

Le corps électoral pour les élections aux assemblées locales propres à la Nouvelle-Calédonie sera restreint aux personnes établies depuis une certaine durée.

Afin de tenir compte de l'étroitesse du marché du travail, des dispositions seront définies pour favoriser l'accès à l'emploi local des personnes durablement établies en Nouvelle-Calédonie.

Le partage des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie signifiera la souveraineté partagée. Il sera progressif. Des compétences seront transférées dès la mise en œuvre de la nouvelle organisation. D'autres le seront selon un calendrier défini, modulable par le Congrès, selon le principe d'auto-organisation. Les compétences transférées ne pourront revenir à l'État, ce qui traduira le principe d'irréversibilité de cette organisation.

La Nouvelle-Calédonie bénéficiera pendant toute la durée de mise en œuvre de la nouvelle organisation de l'aide de l'État, en termes d'assistance technique et de formation et des financements nécessaires, pour l'exercice des compétences transférées et pour le développement économique et social.

Les engagements seront inscrits dans des programmes pluriannuels. La Nouvelle-Calédonie prendra part au capital ou au fonctionnement des principaux outils du développement dans lesquels l'État est partie prenante.

Au terme d'une période de vingt années, le transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences régaliennes, l'accès à un statut international de pleine responsabilité et l'organisation de la citoyenneté en nationalité seront proposés au vote des populations intéressées.

Leur approbation équivaudrait à la pleine souveraineté de la Nouvelle-Calédonie.

Document d'orientation

1. L'identité kanak

L'organisation politique et sociale de la Nouvelle-Calédonie doit mieux prendre en compte l'identité kanak.

1.1. Le statut civil particulier

Certains kanak ont le statut civil de droit commun sans l'avoir souhaité.

Le statut civil particulier est source d'insécurité juridique et ne permet pas de répondre de manière satisfaisante à certaines situations de la vie moderne.

En conséquence, les orientations suivantes sont retenues :

- le statut civil particulier s'appellera désormais « statut coutumier » ;
- toute personne pouvant relever du statut coutumier et qui y aurait renoncé, ou qui s'en serait trouvée privée à la suite d'une renonciation faite par ses ancêtres ou par mariage ou par toute autre cause (cas des enfants inscrits en métropole sur l'état civil) pourra le retrouver. La loi de révision constitutionnelle autorisera cette dérogation à l'article 75 de la Constitution ;
- les règles relatives au statut coutumier seront fixées par les institutions de la Nouvelle-Calédonie, dans les conditions indiquées plus loin ;
- le statut coutumier distinguera les biens situés dans les « terres coutumières » (nouveau nom de la réserve), qui seront appropriés et dévolus en cas de succession selon les règles de la coutume et ceux situés en dehors des terres coutumières qui obéiront à des règles de droit commun. […]

2. Les institutions

L'un des principes de l'accord politique est la reconnaissance d'une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie. Celle-ci traduit la communauté de destin choisie et s'organiserait, après la fin de la période d'application de l'accord, en nationalité, s'il en était décidé ainsi.

Pour cette période, la notion de citoyenneté fonde les restrictions apportées au corps électoral pour les élections aux institutions du pays et pour la consultation finale. Elle sera aussi une référence pour la mise au point des dispositions qui seront définies pour préserver l'emploi local.

La loi constitutionnelle le permettra. […]

5. L'évolution de l'organisation politique de la Nouvelle-Calédonie

Au cours du quatrième mandat (de cinq ans) du Congrès, une consultation électorale sera organisée. La date de cette consultation sera déterminée par le Congrès, au cours de ce mandat, à la majorité qualifiée des trois cinquièmes.

Si le Congrès n'a pas fixé cette date avant la fin de l'avant-dernière année de ce quatrième mandat, la consultation sera organisée, à une date fixée par l'État, dans la dernière année du mandat.

La consultation portera sur le transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences régaliennes, l'accès à un statut international de pleine responsabilité et l'organisation de la citoyenneté en nationalité.

Si la réponse des électeurs à ces propositions est négative, le tiers des membres du Congrès pourra provoquer l'organisation d'une nouvelle consultation qui interviendra dans la deuxième année suivant la première consultation. Si la réponse est à nouveau négative, une nouvelle consultation pourra être organisée selon la même procédure et dans les mêmes délais. Si la réponse est encore négative, les partenaires politiques se réuniront pour examiner la situation ainsi créée.

Tant que les consultations n'auront pas abouti à la nouvelle organisation politique proposée, l'organisation politique mise en place par l'accord de 1998 restera en vigueur, à son dernier stade d'évolution, sans possibilité de retour en arrière, cette « irréversibilité » étant constitutionnellement garantie.

Le résultat de cette consultation s'appliquera globalement pour l'ensemble de la Nouvelle-Calédonie. Une partie de la Nouvelle-Calédonie ne pourra accéder seule à la pleine souveraineté ou conserver seule des liens différents avec la France, au motif que les résultats de la consultation électorale y auraient été différents du résultat global. L'État reconnaît la vocation de la Nouvelle-Calédonie à bénéficier, à la fin de cette période, d'une complète émancipation. […]

6.2. Consultations

Des consultations seront organisées en Nouvelle-Calédonie auprès des organisations politiques, coutumières, économiques et sociales sur l'accord conclu, à l'initiative des signataires.

6.3. Scrutin de 1998

Un scrutin sera organisé avant la fin de l'année 1998 sur l'organisation politique de la Nouvelle-Calédonie, objet du présent accord.

La loi constitutionnelle pour la Nouvelle-Calédonie permettra que ne se prononcent que les électeurs admis à participer au scrutin prévu à l'article 2 de la loi du 9 novembre 1988. […]

DOCUMENT N^{O}36

LOI SUR L'AUTONOMIE DU GROENLAND
(Extrait)

Entrée en vigueur : 21 juin 2009

Chapitre VIII
Accession du Groenland à l'indépendance

Article 21

1) Il revient au peuple du Groenland de prendre toute décision concernant l'indépendance du Groenland.

2) Si une décision est prise conformément au paragraphe 1, des négociations seront engagées entre le Gouvernement et le Naalakkersuisut en vue de l'indépendance du Groenland.

3) Tout accord entre le Naalakkersuisut et le Gouvernement concernant l'accession à l'indépendance du Groenland sera conclu avec le consentement de l'Inatsisartut et approuvé par référendum au Groenland. L'accord doit également être conclu avec le consentement du Folketing.

4) L'indépendance du Groenland signifie que le Groenland exerce sa souveraineté sur le territoire du Groenland.

III- JURISPRUDENCE INTERNATIONALE ET NATIONALE

A- COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

DOCUMENT N^{O} 37

AVIS SUR LA NAMIBIE (1971)

(*Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*)

(Extraits)

Date d'adoption : 21 juin 1971
Source documentaire : C.I.J. Recueil 1971, p. 16

[…] 52. En outre l'évolution ultérieure du droit international à l'égard des territoires non autonomes, tel qu'il est consacré par la Charte des Nations Unies, a fait de l'autodétermination un principe applicable à tous ces territoires. La notion de mission sacrée a été confirmée et étendue à tous les ((territoires dont les populations ne s'administrent pas encore complètement elles-mêmes 1) (art. 73). JI est clair que ces termes visaient les territoires sous régime colonial. Manifestement la mission sacrée continuait à s'appliquer aux territoires placés sous le mandat de la Société des Nations auxquels un statut international avait été conféré antérieurement. Une autre étape importante de cette évolution a été la déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux (résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1960) applicable à tous les peuples et à tous les territoires ((qui n'ont pas encore accédé à l'indépendance 11. De même, il est impossible de négliger l'histoire politique des territoires sous mandat en général. Tous ceux qui n'ont pas accédé à l'indépendance, à l'exception de la Namibie, ont été placés sous tutelle. Aujourd'hui sur quinze de ces territoires, non compris la Namibie, deux seulement sont encore sous la tutelle des Nations Unies. Ce n'est là aucune manifestation de l'évolution générale qui a conduit à la naissance de maints nouveaux États.

53. Toutes ces considérations se rattachent à la manière dont la Cour envisage la présente affaire. Sans oublier la nécessité primordiale d'interpréter un instrument donné conformément aux intentions qu'ont eues les-parties lors de sa conclusion, la Cour doit tenir compte-de ce que les notions consacrées par l'article 22 du Pacte - 11 les conditions particulièrement difficiles du monde moderne » et a le bien-être et le développement)) des peuples intéressés - n'étaient pas statiques mais par définition évolutives et qu'il en allait de même par suite de la notion de ((mission sacrée de civilisation ». On doit donc admettre que les parties au Pacte les ont acceptées comme telles. C'est pourquoi, quand elle envisage les institutions de 1919, la Cour doit prendre en considération les transformations survenues dans le demi-siècle qui a suivi et son interprétation ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue grâce à la Charte des Nations Unies et à la coutume. De plus, tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu. Dans le domaine auquel se rattache la présente procédure, les cinquante dernières années ont marqué, comme il est dit plus haut, une évolution importante. Du fait de cette évolution il n'y a guère de doute que la ((mission sacrée de civilisation » avait pour objectif ultime l'autodétermination et l'indépendance des peuples en cause. Dans ce domaine comme dans les autres, le *corpus juris gentium* s'est beaucoup enrichi et, pour pouvoir s'acquitter fidèlement de ses fonctions, la Cour ne peut l'ignorer.

54. Compte tenu de ce qui précède, la Cour ne saurait faire sienne une interprétation qui attribuerait aux mandats C un objet et un but différents de ceux des mandats A ou B. Les seules différences sont celles qui ressortent du libellé de l'article 22 du Pacte et des instruments de mandat pertinents, mais l'objectif et les garanties sont les mêmes, aucune exception n'étant faite notamment pour des raisons de contiguïté géographique. Soutenir le contraire signifierait que les territoires sous mandat C n'appartenaient que de nom à la famille des mandats et n'étaient en fait que l'objet de cessions déguisées, comme si, en affirmant qu'ils ne sauraient ((être mieux administrés que sous les lois du Mandataire, comme une partie intégrante de son territoire)) (art. 22, par. 6), on avait conféré à la puissance administrante un titre spécial qui n'était pas accordé aux États auxquels des mandats

A ou B avaient été confiés. La Cour rappellera à ce sujet une observation qu'elle a faite dans son arrêt de 1962 sur les affaires du Sud-Ouest africain et qui s'applique à toutes les catégories de mandats: (i Les droits du Mandataire concernant le territoire sous Mandat et ses habitants se fondent sur les obligations du Mandataire et ils ne sont, pour ainsi dire, que de simples instruments lui permettant de remplir ses obligations. 1) (C.I.J. Recueil 1962, p. 329.
[…]

Sir Muhammad ZAFRULLA KHAN, Président, fait la déclaration suivante :
[…]

Il convient toutefois de rappeler que, dans la présente procédure, la Cour n'a pas à se préoccuper de la situation en Afrique du Sud. Ce qui l'intéresse, c'est l'administration du Sud-Ouest africain, telle qu'elle a été assurée par le mandataire en exécution des obligations que lui imposait le mandat, lequel prévoyait que le bien-être et le développement des peuples non encore capables de se diriger eux-mêmes dans les conditions particulièrement difficiles du monde moderne formaient une mission sacrée de civilisation et que la meilleure méthode de réaliser pratiquement ce principe était de confier la tutelle de ces peuples aux nations développées qui, en raison de leurs ressources, de leur expérience ou de leur position géographique, étaient le mieux à même d'assumer cette responsabilité (art. 22, par. 1 et 2, du Pacte de la Société des Nations). L'administration devait être exercée c(dans l'intérêt de la population indigène)) (art. 22, par. 6). Pour qu'une obligation semblable soit respectée, il ne suffit pas que l'administration croie de bonne foi que la politique qu'elle se propose de suivre est conforme à l'intérêt bien entendu de toutes les couches de la population: encore faut-il que l'autorité chargée de la surveillance parvienne à la conviction que cette politique est con- forme à l'intérêt de la population indigène du territoire. C'est ce qui découle de l'article 6 du mandat pour le Sud-Ouest africain et de l'article 22, paragraphe 6, du Pacte. Le représentant de l'Afrique du Sud a reconnu, certes, le droit du peuple du Sud-Ouest africain à l'autodétermination, mais il a affirmé dans son exposé oral que, pour l'exercice de ce droit, il fallait tenir pleinement compte des limites qu'imposeraient, selon lui, les divisions tribales et culturelles du territoire. Il a conclu que dans le cas du Sud-Ouest africain l'autodétermination (i peut fort bien, dans la pratique, se trouver réduite à une sorte d'autonomie locale dans le cadre d'un système de coopération plus large » (audience du 17 mars 1971). Cela revient en fait à nier le droit à l'autodétermination, tel que l'envisage la Charte des Nations Unies. Quelles qu'aient pu être les circonstances qui, en Afrique du Sud, ont amené à prendre des mesures spéciales, ces circonstances n'existaient pas dans le Sud-Ouest africain au moment où l'Afrique du Sud y a assumé les obligations de mandataire et elles n'ont pas non plus fait leur apparition depuis. Dans le Sud-Ouest africain, la petite minorité blanche n'a jamais constitué une population autochtone. Les intérêts de la population blanche ne sauraient donc y excuser l'application de la politique d'apartheid. On affirme cependant que les différents groupes de population indigènes sont à des niveaux de développement différents et que d'importantes considérations ethniques obligent à appliquer une politique de développement séparé à chacun de ces groupes. […]

L'Afrique du Sud insiste pour que la volonté des peuples du Sud-Ouest africain soit respectée, sans doute parce qu'elle est convaincue qu'une majorité écrasante des populations du territoire se prononcerait en faveur d'une intégration politique plus étroite avec la République sud-africaine. S'il en était ainsi, l'Organisation des Nations Unies, qui est tout acquise au principe de l'autodétermination, s'inclinerait devant le vœu clairement exprimé par les populations du territoire. Si, au contraire, le plébiscite devait révéler que ces dernières préfèrent une autre solution, l'Afrique du Sud devrait de même accepter et respecter leur volonté et coopérer avec les Nations Unies pour qu'elle soit suivie d'effet.

Le Gouvernement sud-africain est certain qu'une majorité écrasante de la population du Sud-Ouest africain désire véritablement s'intégrer à la République; dans ce cas, l'adoption de la méthode que je viens de décrire ne l'exposerait guère au risque d'une décision adverse. Si l'on a recours à une méthode semblable et si la conclusion qu'elle aura permis de dégager, quelle qu'elle soit, est effectivement appliquée, l'Afrique du Sud se sera justifiée aux yeux du monde et dans l'estime des peuples du Sud-Ouest africain, dont la volonté librement exprimée doit en tout cas l'emporter. Il resterait la possibilité et, si l'appréciation que l'Afrique du Sud porte sur la situation est suffisamment proche de la réalité, la forte probabilité que, quand les peuples du Sud-Ouest africain, une fois

mis à même de diriger leurs propres destinées sans pression ni contrôle ex- térieurs, auront acquis une plus grande expérience des difficultés et des problèmes à surmonter, ils décident librement et souverainement de nouer des relations politiques plus étroites avec l'Afrique du Sud. En adoptant la ligne de conduite suggérée ici, l'Afrique du Sud contribuerait grandement ((à la cause de la paix et de la sécurité internationales et, mieux encore, à celle des relations amicales non seulement entre les nations mais aussi entre tous les hommes »

DOCUMENT N^{O} 38

AVIS SUR LE SAHARA OCCIDENTAL (1975)

(*Sahara occidental*)

(Extraits)

Date d'adoption : 16 octobre 1975
Source documentaire : C.I.J. Recueil 1975, p. 12

1. La Cour a été saisie des questions sur lesquelles un avis consultatif lui est demandé par une lettre du Secrétaire général de l'organisation des Nations Unies au Président de la Cour datée du 17 décembre 1974 et enregistrée au Greffe le 21 décembre 1974. Dans cette lettre, le Secrétaire général porte à la connaissance de la Cour que, par la résolution 3292 (XXIX) adoptée le 13 décembre 1974, l'Assemblée générale des Nations Unies a décidé de demander à la Cour de donner, à une date rapprochée, un avis consultatif sur les questions énoncées dans la résolution. Le teste de cette résolution est ainsi conçu:

« L'Assemblée générale,

Rappelant sa résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960, contenant la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux,

Rappelant également ses résolutions 2072 (XX) du 16 décembre 1965, 2229 (XXI) du 20 décembre 1966, 2354 (XXII) du 19 décembre 1967, 2428 (XXIII) du 18 décembre 1968, 2591 (XXIV) du 16 décembre 1969, 271 1 (XXV) du 14 décembre 1970, 2983 (XXVII) du 14 décembre 1972 et 3162 (XXVIII) du 14 décembre 1973,

Réaffirmant le droit à l'autodétermination des populations du Sahara espagnol, conformément à la résolution 1514 (XV),

Considérant que la persistance d'une situation coloniale au Sahara occidental compromet la stabilité et l'harmonie dans la région du nord- ouest de l'Afrique, […]

36. La controverse juridique qui a ainsi surgi à l'Assemblée générale au sujet du Sahara occidental est restée latente de 1966 à 1974, période pendant laquelle le Maroc, sans abandonner sa position juridique, a accepté l'application du principe d'autodétermination. La controverse a reparu quand le Maroc a directement saisi l'Espagne de sa revendication juridique dans la communication du 23 septembre 1974 mentionnée plus haut et elle a persisté; cette communication n'a pas eu pour effet cependant de détacher le différend du débat sur la décolonisation à l'organisation des Nations Unies. Le Maroc faisait la proposition de soumettre la question à la Cour expressément afin de guider l'organisation des Nations Unies dans la voie d'une solution définitive du problème du Sahara occidental.

37. Après son admission comme Membre en 1960, la Mauritanie a fait valoir, au sein de l'organisation des Nations Unies, que le Sahara occidental faisait partie de son territoire national. Elle était cependant disposée à s'en remettre à la volonté de la population et n'a pas saisi l'Espagne d'une demande de caractère juridique comme l'a fait le Maroc.[…]

49. Le Maroc est d'avis que l'Assemblée générale n'a pas définitivement arrêté les principes et techniques qui devraient être suivis et qu'elle demeure libre de choisir entre toute une gamme de solutions s'inspirant de deux principes fondamentaux: celui de l'autodétermination, énoncé au paragraphe 2 de la résolution 1514 (XV), et celui de l'unité nationale et de l'intégrité territoriale des pays, proclamé au paragraphe 6 de la même résolution. Le Maroc souligne que la décolonisation peut prendre la forme de la réintégration d'une province dans le pays d'origine dont l'a détaché le fait colonial. Il s'ensuit que, d'après le Maroc, les questions posées sont pertinentes, parce que la réponse de la Cour mettra l'Assemblée générale mieux à même de choisir le processus le plus propre à assurer la décolonisation du territoire.

50. La Mauritanie affirme que le principe de l'autodétermination est indissociable de celui du respect de l'unité nationale et de l'intégrité territoriale; que l'Assemblée générale examine chaque question en fonction des situations concrètes; qu'à plusieurs reprises elle a été amenée à donner la priorité à l'intégrité territoriale, en particulier lorsque le territoire avait été créé par une Puissance colonisatrice au détriment de 1'État ou du pays auquel il appartenait. Soulignant que les résolutions 1541 (XV) et 2625 (XXV) de l'Assemblée générale envisagent plusieurs méthodes et variantes de décolonisation, la Mauritanie considère que, dans ces conditions, les questions posées à la Cour sont pertinentes et qu'il convient d'y répondre.

51. L'Algérie déclare que le principe fondamental régissant la décolonisation, consacré par les articles 1 et 55 de la Charte ainsi que par la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale, est celui du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes; que, par ses résolutions successives recommandant que la population soit consultée sur son avenir, l'Assemblée générale a reconnu le droit de la population du Sahara occidental à exercer l'autodétermination dans des conditions de liberté et d'authenticité; que l'application de l'autodétermination dans le cadre de cette consultation a été acceptée par la Puissance administrante et appuyée par des institutions régionales et des conférences internationales, ainsi que par les pays de la région. Dans ces conditions, l'Algérie est d'avis que la Cour devrait répondre a la requête et cela sans perdre de vue que, dans la résolution 3292 (XXIX), l'Assemblée générale a elle-même confirmé sa volonté d'appliquer la résolution 1514 (XV), c'est-à-dire de recourir à un système de décolonisation fondé sur l'autodétermination des populations du Sahara occidental. […]

54. D'après l'article 1, paragraphe 2, de la Charte des Nations Unies, l'un des buts des Nations Unies est de: Développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes. Les articles 55 et 56 de la Charte reprennent et développent cette idée. Ces dispositions intéressent directement et particulièrement les territoires non autonomes que vise le chapitre XI de la Charte. Comme la Cour l'a dit dans son avis consultatif du 21 juin 1971 sur les Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité : «l'évolution ultérieure du droit international à l'égard des territoires non autonomes, tel qu'il est consacré par la Charte des Nations Unies, a fait de l'autodétermination un principe applicable à tous ces territoires » (C.Z.J. Recueil 1971, p. 31).

55. Le principe d'autodétermination en tant que droit des peuples et son application en vue de mettre fin rapidement à toutes les situations coloniales sont énoncés dans la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale intitulée « Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux B. Dans cette résolution, l'Assemblée générale proclame 6 la nécessité de mettre rapidement et inconditionnellement fin au colonialisme sous toutes ses formes et dans toutes ses manifestations ». A cet effet, la résolution dispose notamment: « 2. Tous les peuples ont le droit de libre détermination; en vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et poursuivent librement leur développement économique, social et culturel. Des mesures immédiates seront prises, dans les territoires sous tutelle, les territoires non autonomes et tous autres territoires qui n'ont pas encore accédé à l'indépendance, pour transférer tous pouvoirs aux peuples de ces territoires, sans aucune condition ni réserve, conformément à leur volonté et à leurs vœux librement exprimés, sans aucune distinction de race, de croyance ou de couleur, afin de leur permettre de jouir d'une indépendance et d'une liberté complètes. Toute tentative visant à détruire partiellement ou totalement l'unité nationale et l'intégrité territoriale d'un pays est incompatib1.e avec les buts et les principes de la Charte des Nations Unies. » Ces dispositions, en particulier celles du paragraphe

2, confirment et sou- lignent ainsi que l'application du droit à l'autodétermination suppose l'ex- pression libre et authentique de la volonté des peuples intéressés.

56. La Cour a eu l'occasion d'évoquer cette résolution dans son avis consultatif du 21 juin 1971 mentionné plus haut. A propos de l'évolution du droit international relatif aux territoires non autonomes, la Cour s'est ainsi exprimée: « Une autre étape importante de cette évolution a été la déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux (résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1960) applicable à tous les peuples et à tous les territoires « qui n'ont pas encore accédé à l'indépendance. » (C.I.J. Recueil 1971, p. 3 1 .) La Cour a poursuivi en ces termes: « la Cour doit prendre en considération les transformations survenues dans le demi-siècle qui a suivi et son interprétation ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue grâce à la Charte des Nations Unies et à la coutume » (ibid., p. 31 .) Et la Cour concluait ainsi: « Dans le domaine auquel se rattache la présente procédure les cinquante dernières années ont marqué, comme il est dit plus haut, une évolution importante. Du fait de cette évolution il n'y a guère de doute que la ((mission sacrée de civilisation » avait pour objectif ultime l'autodétermination et l'indépendance des peuples en cause. Dans ce domaine comme dans les autres, le corpus juris gentium s'est beaucoup enrichi et, pour pouvoir s'acquitter fidèlement de ses fonctions, la Cour ne peut l'ignorer. » (Ibid., p. 31 et 32.)

57. La résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale a été la base du processus de décolonisation qui s'est traduit, depuis 1960, par la création de nombreux États, aujourd'hui Membres des Nations Unies. Elle est complétée sous certains aspects par la résolution 1541 (XV) de l'Assemblée générale, qui a été invoquée au cours de la procédure. Selon cette résolution, il y a plus d'une manière pour un territoire non autonome d'atteindre la pleine autonomie; il peut a) devenir un État indépendant et souverain; b) s'associer librement à un État indépendant; c) s'intégrer à un État indépendant. De plus certaines dispositions de la résolution 1541 (XV) donnent effet à l'élément essentiel du droit à l'autodétermination tel que l'établit la résolution ainsi qu'en vertu du principe VI1 de la résolution 1541 (XV): « La libre association doit résulter d'un choix libre et volontaire des populations du territoire en question, exprimé selon des méthodes démocratiques et largement diffusées. » Suivant le principe IX: « L'intégration devra s'être faite dans les conditions suivantes: b) L'intégration doit résulter du désir librement exprimé des populations du territoire, pleinement conscientes du changement de leur statut, la consultation se faisant selon des méthodes démocratiques et large- ment diffusées, impartialement appliquées et fondées sur le suffrage universel des adultes. L'Organisation des Nations Unies pourra, quand elle le jugera nécessaire, contrôler l'application de ces méthodes. »

58. La résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale intitulée « Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies », qui a été évoquée également dans la procédure, prévoit d'autres possibilités que l'indépendance, l'association ou l'intégration, tout en réaffirmant la nécessité fondamentale de tenir compte des vœux de la population en cause: « La création d'un État souverain et indépendant, la libre association ou l'intégration avec un État indépendant ou l'acquisition de tout autre statut politique librement décidé par un peuple constituent pour ce peuple des moyens d'exercer son droit à disposer de lui-même.» (Les italiques sont de la Cour.) La résolution 2625 (XXV) dispose en outre: « Tout État a le devoir de favoriser, conjointement avec d'autres États ou séparément, la réalisation du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, conformément aux dispositions de la Charte, et d'aider l'organisation des Nations Unies à s'acquitter des responsabilités que lui a conférées la Charte en ce qui concerne l'application de ce principe, afin de: b) mettre rapidement fin au colonialisme en tenant dûment compte de la volonté librement exprimée des peuples intéressés. »

59. La validité du principe d'autodétermination, défini comme répondant à la nécessité de respecter la volonté librement exprimée des peuples, n'est pas diminuée par le fait que dans certains cas l'Assemblée générale n'a pas cm devoir exiger la consultation des habitants de tel ou tel territoire. Ces exceptions s'expliquent soit par la considération qu'une certaine population ne constituait pas un « peuple » pouvant prétendre à disposer de lui-même, soit par la conviction qu'une consultation eût été sans nécessité aucune, en raison de circonstances spéciales. […]

61. En 1966, au Comité spécial chargé d'étudier la situation en ce qui concerne l'application de la déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux, l'Espagne a pris position en faveur de la décolonisation du Sahara occidental au moyen de l'exercice, par la population du territoire, de son droit à l'autodétermination. Cette suggestion a reçu à l'époque l'appui de la Mauritanie et l'assentiment du Maroc. Dans le cas d'Ifni, l'Espagne a suggéré une prise de contact avec le Maroc à titre de mesure préliminaire. Le Maroc a déclaré que la décolonisation d'Ifni devait correspondre aux stipulations du paragraphe 6 de la résolution 1514 (XV). 62. Sur proposition du Comité spécial, l'Assemblée générale a adopté la résolution 2229 (XXI), qui traitait différemment d'Ifni et du Sahara occidental. Dans le cas d'Ifni, l'Assemblée générale: « 3. Demande à la Puissance administrante de rendre immédiate- ment les mesures nécessaires pour accélérer la décolonisation d'Ifni et d'arrêter avec le Gouvernement marocain. compte tenu des aspirations de la population autochtone, des modalités de transfert des pouvoirs, conformément aux dispositions de la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale. » Au sujet du Sahara occidental, elle: « 4. Invite la Puissance administrante à arrêter le plus tôt possible, en conformité avec les aspirations de la population autochtone du Sahara espagnol et en consultation avec les Gouvernements marocain et mauritanien et toute autre partie intéressée, les modalités de l'organisation d'un référendum qui sera tenu sous les auspices de l'organisation des Nations Unies afin de permettre à la population autochtone du territoire d'exercer librement son droit à l'autodétermination ... » Etaient en outre énoncées au sujet de ce territoire diverses conditions visant à assurer la libre expression de la volonté populaire et prévoyant notamment l'octroi de facilités Dar la Puissance administrante à une ((mission des Nations Unies pour qu'elle puisse participer activement à l'organisation et au déroulement du référendum ».[…]

70. Bref, le processus de décolonisation qui doit être accéléré et que l'Assemblée générale envisage dans cette disposition est un processus qui respectera le droit des populations du Sahara occidental de déterminer leur statut politique futur par la libre expression de leur volonté. Ce droit n'est modifié ni par la présente requête pour avis consultatif ni par la résolution 3292 (XXIX) qui le réaffirme expressément au contraire. Le droit de ces populations à l'autodétermination constitue donc un élément de base des questions adressées à la Cour.

71. Il reste à vérifier si l'application à la décolonisation du Sahara occidental du droit à l'autodétermination rend sans objet les deux questions posées à la Cour. Celle-ci a déjà conclu que les deux questions doivent être examinées dans le cadre global du processus de décolonisation. Le droit à l'autodétermination laisse à l'Assemblée générale une certaine latitude quant aux formes et aux procédés selon lesquels ce droit doit être mis en œuvre. […]

162. Les éléments et renseignements portés à la connaissance de la Cour montrent I ‘existence, au moment de la colonisation espagnole, de liens juridiques d'allégeance entre le sultan du Maroc et certaines des tribus vivant sur le territoire du Sahara occidental. Ils montrent également l'existence de droits, y compris certains droits relatifs à la terre, qui constituaient des liens juridiques entre l'ensemble mauritanien, au sens où la Cour l'entend, et le territoire du Sahara occidental. En revanche, la Cour conclut que les éléments et renseignements portés à sa connaissance n'établissent l'existence d'aucun lien de souveraineté territoriale entre le territoire du Sahara occidental d'une part, le Royaume du Maroc ou l'ensemble mauritanien d'autre part. La Cour n'a donc pas constaté l'existence de liens juridiques de nature à modifier l'application de la résolution 1514 (XV) quant à la décolonisation du Sahara occidental et en particulier l'application du principe d'autodétermination grâce à l'expression libre et authentique de la volonté des populations du territoire (voir paragraphes 54 à 59 ci-dessus). […]

DOCUMENT N^{O} 39

AVIS SUR L’ÉDIFICATION D’UN MUR EN PALESTINE (2004)

(*Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*)

(Extraits)

Date d’adoption :9 juillet 2004

Source documentaire : C.I.J. Recueil 2004, p. 136

[…] 88. La Cour relèvera également que le principe du droit des peuples a disposer d'eux-mêmes a été consacré dans la Charte des Nations Unies et réaffirmé par la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale déjà mentionnée, selon laquelle «[t]out État a le devoir de s'abstenir de recourir à toute mesure de coercition qui priverait de leur droit à l'autodétermination ... les peuples mentionnés [dans ladite résolution]». L'article 1"' commun au *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* et au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* réaffirme le droit de tous les peuples à disposer d'eux- mêmes et fait obligation aux États parties de faciliter la réalisation de ce droit et de le respecter, conformément aux dispositions de la Charte des Nations Unies. La Cour rappellera qu'en 1971 elle a souligné que l'évolution actuelle du «droit international à l'égard des territoires non autonomes, tel qu'il est consacré par la Charte des Nations Unies, a fait de l'autodétermination un principe applicable à tous ces territoires)). La Cour a ajouté que c<[d]u fait de cette évolution il n'y a[vait] guère de doute que la ((mission sacrée»» visée au paragraphe 1 de l'article 22 du Pacte de la Société des Nations «avait pour objectif ultime l'autodétermination ... des peuples en cause » (Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l1A,friyue du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant Io résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 31, par. 52-53). La Cour s'est référée à ce principe a plusieurs reprises dans sa jurisprudence (ibid. ; voir aussi Sahara occidental, avis consultatif C. I. J. Recueil 1975, p. 68, par. 162). La Cour a même précisé qu'aujourd'hui le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est un droit opposable erga omnes (voir Timor oriental (Portugal c. Australie), arrêt, C. I. J. Recueil 1995, p. 102, par. 29)
[…]

115. A cet égard, il est exposé à l'annexe II au rapport du Secrétaire général intitulée ((Résumé de la position juridique de l'organisation de libération de la Palestine)) que «[l]a construction du mur est une tentative d'annexion du territoire qui constitue une transgression du droit interna- tional)) et que (([ll'annexion &,facto de terres constitue une atteinte à la souveraineté territoriale et en conséquence au droit des Palestiniens à l'autodétermination». Ce point de vue a été repris dans certains des exposés écrits présentés à la Cour ainsi qu'a l'audience. I1 a notamment été prétendu que : « [l]e mur ampute l'assise territoriale sur laquelle le peuple palestinien est fondé à exercer son droit a l'autodétermination et contrevient au principe interdisant l'acquisition de territoire par le recours à la force D. A ce propos, il a en particulier été souligné que «le tracé du mur est conçu pour modifier la composition démographique du territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, par le renforcement des colonies de peuplement israéliennes)) installées illégalement en territoire palestinien occupé. Le mur viserait en outre a « réduire et morceler le territoire sur lequel le peuple palestinien est fondé a exercer son droit a l'autodétermination ».

116. Israël expose pour sa part que le mur a pour seul objet de per- mettre de lutter efficacement contre le terrorisme en provenance de Cis- jordanie. En outre, Israël a déclaré à plusieurs reprises que l'édification de la barrière a un caractère temporaire (voir rapport du Secrétaire général, par. 29). Il l'a fait notamment par la bouche de son représentant per- manent auprès des Nations Unies lors de la réunion du Conseil de sécurité du 14 octobre 2003, en soulignant que «[la clôture] n'annexe aucun territoire a 1'État d'Israël» et qu'Israël est «disposé en encourant des dépenses considérables à réaménager ou à démanteler la clôture, si cela est exigé dans le cadre d'un règlement politique)) (SlPV.4841, p. 10). Le représentant permanent d'Israël a réitéré cette position devant 1'Assem- blée générale les 20 octobre et 8 décembre 2003. A cette dernière occasion, il a ajouté: «La clôture [de sécurité] ne sera plus nécessaire dès qu'il sera mis un terme à la terreur. Cette clôture ne constitue pas une frontière et n'a aucune portée politique. Elle ne modifie en rien le statut juridique du territoire.)) (AIES-10lPV.23, p. 7.
[…]

122. La Cour rappelle par ailleurs que, d'après le rapport du Secrétaire général, le tracé projeté incorporerait dans la zone comprise entre la Ligne verte et le mur plus de 16'M) du territoire de la Cisjordanie. Environ 80'% des colons installés dans le territoire palestinien occupé, soit 320000 personnes, vivraient dans cette zone. Y vivraient également 237000 Palestiniens. En outre, du fait de la construction du mur, 160 000 autres Palestiniens environ

résideraient dans des agglomérations presque totalement encerclées (voir paragraphes 84, 85 et 119 ci-dessus). En d'autres termes, le tracé choisi pour le mur consacre sur le terrain les mesures illégales prises par Israël et déplorées par le Conseil de sécurité (voir paragraphes 75 et 120 ci-dessus) en ce qui concerne Jérusalem et les colonies de peuplement. La construction du mur risque également de conduire à de nouvelles modifications dans la composition démographique du territoire palestinien occupé, dans la mesure ou elle occasionne le départ de populations palestiniennes de certaines zones, comme il sera expliqué au paragraphe 133 ci-après. Cette construction, s'ajoutant aux mesures prises antérieurement, dresse ainsi un obstacle grave à l'exercice par le peuple palestinien de son droit a l'autodétermination et viole de ce fait l'obligation incombant à Israël de respecter ce droit.

123. La construction du mur pose en outre plusieurs problèmes au regard des dispositions pertinentes du droit international humanitaire et des conventions relatives aux droits de l'homme.
[…]

149. La Cour note qu'Israël est tout d'abord tenu de respecter les obligations internationales auxquelles il a contrevenu par la construction du mur en territoire palestinien occupé (voir paragraphes 114 à 137 ci- dessus). En conséquence, Israël doit observer l'obligation qui lui incombe de respecter le droit à l'autodétermination du peuple palestinien et les obligations auxquelles il est tenu en vertu du droit international humanitaire et du droit international relatif aux droits de l'homme. Par ailleurs, il doit assurer la liberté d'accès aux Lieux saints passés sous son contrôle L1 la suite du conflit de 1967 (voir paragraphe 129 ci-dessus).

150. La Cour observe qu'Israël a également l'obligation de mettre un terme à la violation de ses obligations internationales, telle qu'elle résulte de la construction du mur en territoire palestinien occupé. L'obligation d'un État responsable d'un fait internationalement illicite de mettre fin à celui-ci est bien fondée en droit international général et la Cour a, à diverses reprises, confirmé l'existence de cette obligation (Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 149; Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis 2 TihBran, arrêt, C.I.J. Recueil 1980, p. 44, par. 95; Huya de la Torre, arrêt, C.I. J. Recueil 1951, p. 82).

151. Israël a en conséquence l'obligation de cesser immédiatement les travaux d'édification du mur qu'il est en train de construire dans le territoire palestinien occupé, y compris a l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est. Par ailleurs, la Cour ayant indiqué plus haut (voir paragraphe 143 ci-dessus) que les violations par Israël de ses obligations inter- nationales résultaient de l'édification du mur et du régime juridique qui lui est associé, la cessation de ces violations implique le démantèlement immédiat des portions de cet ouvrage situées dans le territoire palestinien occupé, y compris a l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est. L'ensemble des actes législatifs et réglementaires adoptés en vue de son édification et de la mise en place du régime qui lui est associé doivent immédiatement être abrogés ou privés d'effet, sauf dans la mesure ou de tels actes, en ayant ouvert droit à indemnisation ou à d'autres formes de réparation au profit de la population palestinienne, demeurent pertinents dans le contexte du respect, par Israël, des obligations visées au paragraphe 153 ci-dessous
[…]

154. La Cour en arrive maintenant à l'examen des conséquences juridiques des faits internationalement illicites résultant de la construction du mur par Israël en ce qui concerne les États autres que ce dernier.

155. La Cour observera à cet égard qu'au rang des obligations inter- nationales violées par Israël figurent des obligations erga omnes. Comme la Cour l'a précisé dans l'affaire de la Barcelona Traction, de telles obligations, par leur nature même, ((concernent tous les États» et, «[v]u l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés)) (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 32, par. 33). Les obligations erga omnes violées par Israël sont l'obligation de respecter le droit du peuple palestinien à l'autodétermination ainsi que certaines des obligations qui sont les siennes en vertu du droit international humanitaire.

156. S'agissant de la première de ces obligations, la Cour a déjà rap- pelé (voir paragraphe 88 ci-dessus) que, dans l'affaire du Timor oriental, elle avait estimé qu'il n'y avait rien à redire)) à l'affirmation selon laquelle «le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, tel qu'il s'est développé à partir de la Charte et de la pratique de l'organisation des Nations Unies, est un droit opposable erga omnes» (C. I. J. Recueil 1995, p. 102, par. 29). La Cour relèvera également qu'aux termes de la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, a laquelle il a déjà été fait référence (voir paragraphe 88 ci-dessus), «[t]out État a le devoir de favoriser, conjointement avec d'autres États ou séparément, la réalisation du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, conformément aux dispositions de la Charte, et d'aider l'Organisation des Nations Unies à s'acquitter des responsabilités que lui a conférées la Charte en ce qui concerne l'application de ce principe...)).

157. En ce qui concerne le droit international humanitaire, la Cour rappellera que, dans son avis consultatif sur la Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, elle a indiqué qu'a un grand nombre de règles du droit humanitaire applicable dans les conflits armés sont si fondamentales pour le respect de la personne humaine et pour des ((considérations élémentaires d'humanité»...», qu'elles ((s'imposent ... à tous les États, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier)) (C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 257, par. 79). De l'avis de la Cour, les règles en question incorporent des obligations revêtant par essence un caractère erga omnes.

158. La Cour soulignera par ailleurs qu'aux termes de l'article le' de la quatrième convention de Genève, disposition commune aux quatre conventions de Genève, «[l]es Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter la présente convention en toutes circons- tances)). Il résulte de cette disposition l'obligation de chaque État partie à cette convention, qu'il soit partie ou non à un conflit déterminé, de faire respecter les prescriptions des instruments concernés.

159. Vu la nature et l'importance des droits et obligations en cause, la Cour est d'avis que tous les États sont dans l'obligation de ne pas recon- naître la situation illicite découlant de la construction du mur dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est. Ils sont également dans l'obligation de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de la situation créée par cette construction. II appartient par ailleurs à tous les États de veiller, dans le respect de la Charte des Nations Unies et du droit international, à ce qu'il soit mis fin aux entraves, résultant de la construction du mur, à l'exercice par le peuple palestinien de son droit à l'autodétermination. En outre, tous les États parties à la convention de Genève relative a la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949, ont l'obligation, dans le respect de la Charte des Nations Unies et du droit international, de faire respecter par Israël le droit international humanitaire incorporé dans cette convention.

160. La Cour est enfin d'avis que l'organisation des Nations Unies, et spécialement l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, doivent, en tenant dûment compte du présent avis consultatif, examiner quelles nouvelles mesures doivent être prises afin de mettre un terme à la situa- tion illicite découlant de la construction du mur et du régime qui lui est associé. […]

DOCUMENT N^{O} 40

AVIS SUR LE KOSOVO (2010)

(*Conformité au droit international*
de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo)
(Extraits)

Date d'adoption : 22 juillet 2010
Source documentaire : C.I.J. Recueil 2010, p. 403

[…] *A. Le droit international général*

79. Les déclarations d'indépendance ont été nombreuses au XVIIIe siècle, au XIXe siècle et au début du XXe siècle, suscitant souvent une vive opposition de la part des États à l'égard desquels elles étaient faites. Certaines d'entre elles ont conduit à la création de nouveaux États, d'autres non. Dans son ensemble, toutefois, la pratique des États ne semble pas indiquer que la déclaration de l'indépendance ait jamais été considérée comme une transgression du droit international. Au contraire, il ressort clairement de la pratique étatique au cours de cette période que le droit international n'interdisait nullement les déclarations d'indépendance. Au cours de la seconde moitié du XXe siècle, le droit international, en matière d'autodétermination, a évolué pour donner naissance à un droit à l'indépendance au bénéfice des peuples des territoires non autonomes et de ceux qui étaient soumis à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation étrangères (cf. Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain)nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 31-32, par. 52-53 ; Timor oriental (Portugal c. Australie), arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 102, par. 29 ; Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 171-172, par. 88). Un très grand nombre de nouveaux États sont nés par suite de l'exercice de ce droit. Il est toutefois également arrivé que des déclarations d'indépendance soient faites en dehors de ce contexte. La pratique des États dans ces derniers cas ne révèle pas l'apparition, en droit international, d'une nouvelle règle interdisant que de telles déclarations soient faites.

80. Plusieurs participants à la procédure devant la Cour ont soutenu qu'une interdiction des déclarations unilatérales d'indépendance était implicitement contenue dans le principe de l'intégrité territoriale. La Cour rappelle que le principe de l'intégrité territoriale constitue un élément important de l'ordre juridique international et qu'il est consacré par la Charte des Nations Unies, en particulier au paragraphe 4 de l'article 2, ainsi libellé :

> « Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies. »

Dans sa résolution 2625 (XXV), intitulée « Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies »,qui reflète le droit international coutumier (Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 101-103, par. 191-193),l'Assemblée générale a réaffirmé « [l]e principe que les États s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force ... contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État ». Cette résolution met ensuite à la charge des États différentes obligations leur imposant de ne pas violer l'intégrité territoriale d'autres États souverains. Dans le même ordre d'idées, l'acte final de la conférence d'Helsinki sur la sécurité et la coopération en Europe du 1eraoût 1975 (la conférence d'Helsinki) prévoit que« [l]es États participants respecte[ront] l'intégrité territoriale de chacun des autres États participants » (article IV). La portée du principe de l'intégrité territoriale est donc limitée à la sphère des relations interétatiques.

81. Plusieurs participants ont invoqué des résolutions par lesquelles le Conseil de sécurité a condamné certaines déclarations d'indépendance :voir, notamment, les résolutions 216 (1965) et 217 (1965) du Conseil de sécurité concernant la Rhodésie du Sud, la résolution 541 (1983) du Conseil de sécurité concernant le nord de Chypre et la résolution 787(1992) du Conseil de sécurité concernant la Republika Srpska. La Cour relève cependant que, dans chacun de ces cas, le Conseil de sécurité s'est prononcé sur la situation telle qu'elle se présentait concrètement lorsque les déclarations d'indépendance ont été faites ; l'illicéité de ces déclarations découlait donc non de leur caractère unilatéral, mais du fait que celles-ci allaient ou seraient allées de pair avec un recours illicite à la force ou avec d'autres violations graves de normes de droit international général, en particulier de nature impérative(jus cogens). Or, dans le cas du Kosovo, le Conseil de sécurité n'a jamais pris une telle position. Selon la Cour, le caractère exceptionnel des résolutions susmentionnées semble confirmer qu'aucune interdiction générale des déclarations unilatérales d'indépendance ne saurait être déduite de la pratique du Conseil de sécurité. […]

DOCUMENT N^{O} 41

AVIS SUR L'ARCHIPEL DES CHAGOS (2019)
(*Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*)
(Extraits)

Date d'adoption : 25 février 2019
Source documentaire : C.I.J. Recueil 2019, rôle général n°169

[…] *IV. LES QUESTIONS POSÉES À LA COUR PAR L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE*

132. Ayant examiné le contexte factuel de la présente requête pour avis consultatif, la Cour analysera maintenant les deux questions qui lui ont été posées par l'Assemblée générale :

Question *a)* : « Le processus de décolonisation a-t-il été validement mené à bien lorsque Maurice a obtenu son indépendance en 1968, à la suite de la séparation de l'archipel des Chagos de son territoire et au regard du droit international, notamment des obligations évoquées dans les résolutions de l'Assemblée générale 1514 (XV) du 14 décembre 1960, 2066 (XX) du 16 décembre 1965, 2232 (XXI) du 20 décembre 1966 et 2357 (XXII) du 19 décembre 1967 ? »

Question *b)* : « Quelles sont les conséquences en droit international, y compris au regard des obligations évoquées dans les résolutions susmentionnées, du maintien de l'archipel des Chagos sous l'administration du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, notamment en ce qui concerne l'impossibilité dans laquelle se trouve Maurice d'y mener un programme de réinstallation pour ses nationaux, en particulier ceux d'origine chagossienne ? » […]

A. La question de savoir si le processus de décolonisation de Maurice a été validement mené à bien au regard du droit international (question a))

139. Afin de se prononcer sur la question de savoir si le processus de décolonisation de Maurice a été validement mené à bien au regard du droit international, la Cour déterminera, en premier lieu, la période pertinente dans le temps aux fins d'identifier le droit international applicable et, en deuxième lieu, le contenu de ce droit. En outre, dans la mesure où l'Assemblée générale s'est référée à certaines résolutions qu'elle a adoptées, la Cour, en déterminant les obligations reflétées dans ces résolutions, devra examiner les fonctions de l'Assemblée générale dans la conduite du processus de décolonisation.

1. La période pertinente, dans le temps, aux fins d'identifier le droit international applicable

140. Dans le libellé de la question *a)*, l'Assemblée générale situe le processus de décolonisation de Maurice dans la période qui va de la séparation de l'archipel des Chagos de son territoire en 1965 à son indépendance en 1968. Par conséquent, c'est par référence à cette période que la Cour est censée établir le droit international applicable à ce processus.

141. Divers participants ont relevé que le droit international n'est pas gelé au moment où les premières dispositions sont prises pour la mise en oeuvre du droit à l'autodétermination à l'égard d'un territoire.

142. Selon la Cour, si la détermination du droit applicable doit se focaliser sur la période allant de 1965 à 1968, ceci ne l'empêchera pas, surtout lorsqu'il s'agit de règles coutumières, de se pencher sur l'évolution du droit à l'autodétermination depuis l'adoption de la Charte des Nations Unies et de la résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960 intitulée « Déclaration relative à l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux ». En effet, la

pratique des États et l'*opinio juris*, soit l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (article 38 du Statut de la Cour), se consolident et s'affirment progressivement dans le temps.

143. Par ailleurs, la Cour peut s'appuyer sur les instruments juridiques postérieurs à la période considérée lorsqu'ils confirment ou interprètent des règles ou principes préexistants.

2. Le droit international applicable

144. La Cour devra déterminer la nature, le contenu et la portée du droit à l'autodétermination applicable au processus de décolonisation de Maurice, en tant que territoire non autonome reconnu comme tel, depuis 1946, dans la pratique des Nations Unies et par la puissance administrante elle-même. La Cour est consciente que le droit à l'autodétermination, en tant que droit humain fondamental, a un champ d'application étendu. Cependant, afin de répondre à la question posée par l'Assemblée générale, elle se limitera, dans le cadre du présent avis consultatif, à l'analyse du droit à l'autodétermination dans le contexte de la décolonisation.

145. Les participants à la procédure consultative ont adopté des positions opposées en ce qui concerne le caractère coutumier du droit à l'autodétermination, ainsi que son contenu et les modalités de son exercice entre 1965 et 1968. Certains participants ont fait valoir que le droit à l'autodétermination était solidement ancré en droit international coutumier dans la période en question. D'autres ont fait valoir que le droit à l'autodétermination n'était pas partie intégrante du droit international coutumier dans la période considérée.

146. La Cour commencera par rappeler que le « respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes » figure parmi les objectifs de l'Organisation des Nations Unies (article premier, paragraphe 2, de la Charte). Un tel objectif concerne, en particulier, la « Déclaration relative aux territoires non autonomes » (chapitre XI de la Charte), puisque « les Membres des Nations Unies qui ont ou qui assument la responsabilité d'administrer des territoires dont les populations ne s'administrent pas encore complètement elles-mêmes » sont appelés à « développer [la] capacité [de ces populations] de s'administrer elles-mêmes » (article 73 de la Charte).

147. Il en découle, selon la Cour, que le régime juridique des territoires non autonomes, prévu au chapitre XI de la Charte, reposait sur le développement progressif de leurs institutions de manière à conduire les populations concernées à exercer leur droit à l'autodétermination.

148. La Charte des Nations Unies, qui a fait du respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes l'un des objectifs de l'Organisation, comporte des dispositions permettant, à terme, aux territoires non autonomes de s'administrer eux-mêmes. C'est dans ce contexte que la Cour doit rechercher à quel moment le droit à l'autodétermination s'est cristallisé en tant que règle coutumière ayant force obligatoire pour tous les États.

149. La coutume se constitue au travers « d'une pratique générale acceptée comme étant le droit » (article 38 du Statut de la Cour). La Cour a souligné que ces deux éléments, soit la pratique générale et l'*opinio juris*, constitutifs de la coutume internationale, sont étroitement liés : « Non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit. La nécessité de pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même *d'opinio juris sive necessitatis*. Les États intéressés doivent donc avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. Ni la fréquence ni même le caractère habituel des actes ne suffisent. » (Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 44, par. 77.)

150. Dans la consolidation de la pratique des États en matière de décolonisation, l'adoption de la résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960 constitue un moment décisif. Auparavant, l'Assemblée générale avait réaffirmé à plusieurs reprises le droit à l'autodétermination (résolutions 637 (VII) du 16 décembre 1952, 738 (VIII) du 28 novembre 1953 et 1188 (XII) du 11 décembre 1957) et plusieurs territoires non autonomes avaient accédé à

l'indépendance. La résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale précise le contenu et la portée du droit à l'autodétermination. La Cour relève que le processus de décolonisation s'est accéléré au cours de l'année 1960, puisque 18 pays, dont 17 pays africains, ont accédé à l'indépendance. Au cours des années 1960, les peuples de 28 autres territoires non autonomes exerceront leur droit à l'autodétermination, accédant ainsi à l'indépendance. De l'avis de la Cour, il existe un lien manifeste entre la résolution 1514 (XV) et le processus de décolonisation qui a suivi son adoption.

151. Ainsi que la Cour l'a rappelé :

« les résolutions de l'Assemblée générale, même si elles n'ont pas force obligatoire, peuvent parfois avoir une valeur normative. Elles peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris*. Pour savoir si cela est vrai d'une résolution donnée de l'Assemblée générale, il faut en examiner le contenu ainsi que les conditions d'adoption ; il faut en outre vérifier s'il existe une *opinio juris* quant à son caractère normatif. » (*Licéité de la menace de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I),* p. 254-255, par. 70.)

152. Selon la Cour, bien qu'elle soit formellement une recommandation, la résolution 1514 (XV) a un caractère déclaratoire s'agissant du droit à l'autodétermination en tant que norme coutumière, du fait de son contenu et des conditions de son adoption. Cette résolution a été adoptée par 89 voix, avec 9 abstentions. Aucun des États participant au vote n'a exprimé d'opposition à l'existence du droit des peuples à l'autodétermination. Certains des États qui se sont abstenus ont justifié leur abstention par le temps nécessaire pour la mise en œuvre de ce droit.

153. Le libellé de la résolution 1514 (XV) a un caractère normatif en ce qu'elle affirme que « [t]ous les peuples ont le droit de libre détermination ». Son préambule proclame «la nécessité de mettre rapidement et inconditionnellement fin au colonialisme sous toutes ses formes et dans toutes ses manifestations », et, selon son paragraphe premier, « [l]a sujétion des peuples à une subjugation, à une domination et à une exploitation étrangères constitue un déni des droits fondamentaux de l'homme [et] est contraire à la Charte des Nations Unies ».

Cette résolution prévoit en outre que « [d]es mesures immédiates seront prises, dans les territoires sous tutelle, les territoires non autonomes et tous autres territoires qui n'ont pas encore accédé à l'indépendance, pour transférer tous pouvoirs aux peuples de ces territoires, sans aucune condition ni réserve, conformément à leur volonté et à leurs voeux librement exprimés ». Afin d'empêcher tout démembrement des territoires non autonomes, le paragraphe 6 de la résolution 1514 (XV) prévoit que :

« Toute tentative visant à détruire partiellement ou totalement l'unité nationale et l'intégrité territoriale d'un pays est incompatible avec les buts et les principes de la Charte des Nations Unies. »

154. L'article premier commun au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adoptés le 16 décembre 1966 par la résolution 2200 A (XXI) de l'Assemblée générale, réaffirme le droit de tous les peuples à l'autodétermination et dispose, entre autres, ce qui suit :

« Les États parties au présent Pacte, y compris ceux qui ont la responsabilité d'administrer des territoires non autonomes et des territoires sous tutelle, sont tenus de faciliter la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et de respecter ce droit, conformément aux dispositions de la Charte des Nations Unies. »

155. La nature et la portée du droit des peuples à l'autodétermination, incluant le respect de « l'unité nationale et [de] l'intégrité territoriale d'un État ou d'un pays », ont été réitérées dans la Déclaration relative aux Principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies. Cette déclaration est annexée à la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale qui a été adoptée par consensus en 1970. En incluant le droit à l'autodétermination parmi les « principes fondamentaux du droit international », la déclaration a confirmé son caractère normatif en droit international coutumier.

156. Les modalités de mise en oeuvre du droit à l'autodétermination dans un territoire non autonome, décrit comme « géographiquement séparé et ethniquement ou culturellement distinct du pays qui l'administre », ont été précisées par le Principe VI de la résolution 1541 (XV) adoptée par l'Assemblée générale le 15 décembre 1960 :

« [U]n territoire non autonome a atteint la pleine autonomie :

a) Quand il est devenu État indépendant et souverain ;

b) Quand il s'est librement associé à un État indépendant ; ou

c) Quand il s'est intégré à un État indépendant ».

157. La Cour rappelle que, si l'exercice de l'autodétermination peut se réaliser au travers de l'une des options prévues par la résolution 1541 (XV), il doit être l'expression de la volonté libre et authentique du peuple concerné. Cependant, « [l]e droit à l'autodétermination laisse à l'Assemblée générale une certaine latitude quant aux formes et aux procédés selon lesquels ce droit doit être mis en oeuvre » (*Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, p. 36, par. 71).

158. Le droit à l'autodétermination, en droit international coutumier, n'impose pas un mécanisme particulier pour sa mise en oeuvre dans tous les cas, ainsi que la Cour l'a souligné :

« La validité du principe d'autodétermination, défini comme répondant à la nécessité de respecter la volonté librement exprimée des peuples, n'est pas diminuée par le fait que dans certains cas l'Assemblée générale n'a pas cru devoir exiger la consultation des habitants de tel ou tel territoire. Ces exceptions s'expliquent soit par la considération qu'une certaine population ne constituait pas un « peuple » pouvant prétendre à disposer de lui-même, soit par la conviction qu'une consultation eût été sans nécessité aucune, en raison de circonstances spéciales. » (*Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, p. 33, par. 59.)

159. Quelques-uns des participants ont prétendu que le caractère coutumier du droit à l'autodétermination n'emportait pas l'obligation de le mettre en oeuvre dans les limites du territoire non autonome.

160. La Cour rappelle que le droit à l'autodétermination du peuple concerné est défini par référence à l'ensemble du territoire non autonome, ainsi que le souligne le paragraphe 6 précité de la résolution 1514 (XV) (voir le paragraphe 153 ci-dessus). Tant la pratique des États que l'*opinio juris*, au cours de la période pertinente, confirment le caractère coutumier du droit à l'intégrité territoriale d'un territoire non autonome, qui constitue le corollaire du droit à l'autodétermination. Aucun cas n'a été porté à l'attention de la Cour dans lequel, postérieurement à la résolution 1514 (XV), l'Assemblée générale ou tout autre organe des Nations Unies aurait considéré comme licite le détachement par la puissance administrante d'une partie d'un territoire non autonome en vue de le maintenir sous le joug colonial. Les États n'ont cessé de souligner que le respect de l'intégrité territoriale d'un territoire non autonome était un élément clef de l'exercice du droit à l'autodétermination en droit international. La Cour considère que les peuples des territoires non autonomes sont habilités à exercer leur droit à l'autodétermination sur l'ensemble de leur territoire, dont l'intégrité doit être respectée par la puissance administrante. Il en découle que tout détachement par la puissance administrante d'une partie d'un territoire non autonome, à moins d'être fondé sur la volonté librement exprimée et authentique du peuple du territoire concerné, est contraire au droit à l'autodétermination.

161. Selon la Cour, le droit à l'autodétermination constitue le droit international applicable au cours de la période considérée, à savoir entre 1965 et 1968. Dans son avis consultatif sur la *Namibie*, elle a constaté la consolidation de ce droit :

« l'évolution ultérieure du droit international à l'égard des territoires non autonomes, tel qu'il est consacré par la Charte des Nations Unies, a fait de l'autodétermination un principe applicable à tous ces territoires » (*Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest*

africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 31, par. 52). […]

4. Application en l'espèce

170. Il convient de rappeler tout d'abord quel était le statut juridique de Maurice avant son indépendance. Le Royaume-Uni a administré de manière ininterrompue « l'île Maurice et [s]es dépendances » [« the island of Mauritius and the Dependencies of Mauritius »], incluant l'archipel des Chagos, depuis la conclusion du traité de Paris de 1814. C'est ainsi que Maurice va figurer dans son intégralité, y compris avec ses dépendances, sur la liste des territoires non autonomes établie par l'Assemblée générale (résolution 66 (I) du 14 décembre 1946). C'est sur cette base que le Royaume-Uni transmettra régulièrement à l'Assemblée générale les renseignements relatifs à la situation prévalant dans ce territoire, en application de l'article 73 de la Charte. Par conséquent, au moment de son détachement de Maurice en 1965, l'archipel des Chagos faisait bien partie intégrante de ce territoire non autonome.

171. Dans l'accord de Lancaster House du 23 septembre 1965, le *Premier* et d'autres représentants de Maurice, qui était toujours sous l'autorité du Royaume-Uni, en tant que puissance administrante, ont accepté en principe le détachement de l'archipel des Chagos du territoire mauricien. L'accord concerné a été donné à la condition que l'archipel ne puisse être cédé à une tierce partie et soit restitué à Maurice ultérieurement, condition qui a alors été agréée par le Royaume-Uni.

172. La Cour observe que, lorsque le conseil des ministres a accepté en principe le détachement de l'archipel des Chagos du territoire de Maurice, celle-ci était, en tant que colonie, sous l'autorité du Royaume-Uni. Ainsi que l'a noté à l'époque le comité des vingt-quatre, « la Constitution actuelle de l'île Maurice … ne permet pas aux représentants de la population d'exercer des pouvoirs législatifs ou exécutifs réels et [cette] autorité est presque entièrement concentrée entre les mains du Gouvernement du Royaume-Uni et de ses représentants » (Nations Unies, doc. A/5800/Rev.1 (1964-1965), p. 367-368, par. 154). Selon la Cour, il n'est pas possible de parler d'un accord international lorsque l'une des parties, à savoir Maurice, qui aurait cédé le territoire au Royaume-Uni, était sous l'autorité de celui-ci. La Cour considère que, dans une situation où une partie du territoire non autonome est séparée pour créer une nouvelle colonie, la question du consentement doit être évaluée avec la plus grande vigilance. Ayant examiné les circonstances dans lesquelles le conseil des ministres de la colonie de Maurice a accepté en principe le détachement de l'archipel des Chagos sur la base de l'accord de Lancaster House, la Cour considère que ce détachement n'a pas été fondé sur l'expression libre et authentique de la volonté du peuple concerné.

173. Dans sa résolution 2066 (XX) du 16 décembre 1965, adoptée quelques semaines après le détachement de l'archipel des Chagos, l'Assemblée générale a jugé opportun de rappeler l'obligation du Royaume-Uni, en tant que puissance administrante, de respecter l'intégrité territoriale de Maurice. La Cour considère que les obligations découlant du droit international et reflétées dans les résolutions adoptées par l'Assemblée générale au cours du processus de décolonisation de Maurice imposent au Royaume-Uni, en tant que puissance administrante, de respecter l'intégrité territoriale de ce pays, y compris l'archipel des Chagos.

174. La Cour conclut que, du fait du détachement illicite de l'archipel des Chagos et de son incorporation dans une nouvelle colonie, dénommée « BIOT », le processus de décolonisation de Maurice n'a pas été validement mené à bien au moment de l'accession de ce pays à l'indépendance en 1968.

[…]

177. La Cour ayant constaté que la décolonisation de Maurice ne s'est pas réalisée dans le respect du droit des peuples à l'autodétermination, le maintien de l'administration de l'archipel des Chagos par le Royaume-Uni constitue un fait illicite qui engage la responsabilité internationale de cet État (voir *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 23 ; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C.I.J. Recueil 1997*, p. 38, par. 47 ; voir aussi l'article premier des Articles sur la responsabilité de l'État pour fait

internationalement illicite). Il s'agit d'un fait illicite à caractère continu qui résulte de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice.

178. Dès lors, le Royaume-Uni est tenu, dans les plus brefs délais, de mettre fin à son administration de l'archipel des Chagos, ce qui permettra à Maurice d'achever la décolonisation de son territoire dans le respect du droit des peuples à l'autodétermination.

179. Les modalités nécessaires pour assurer le parachèvement de la décolonisation de Maurice relèvent de l'Assemblée générale des Nations Unies, dans l'exercice de ses fonctions en la matière. Ainsi que la Cour l'a précisé par le passé, il ne lui appartient pas de « déterminer quelles mesures l'Assemblée générale pourrait juger utile de prendre après avoir reçu son avis, ni quelle pourrait être l'incidence de celui-ci sur de telles mesures » (*Conformité au droit international de la déclaration d'indépendance relative au Kosovo, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2010 (II),* p. 421, par. 44).

180. Le respect du droit à l'autodétermination étant une obligation *erga omnes*, tous les États ont un intérêt juridique à ce que ce droit soit protégé (voir *Timor oriental (Portugal c. Australie), arrêt, C.I.J. Recueil 1995*, p. 102, par. 29 ; voir aussi, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 33). Selon la Cour, alors qu'il appartient à l'Assemblée générale de se prononcer sur les modalités nécessaires au parachèvement de la décolonisation de Maurice, tous les États Membres doivent coopérer avec l'Organisation des Nations Unies pour la mise en oeuvre de ces modalités. Ainsi que le rappelle la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies :

« Tout État a le devoir de favoriser, conjointement avec d'autres États ou séparément, la réalisation du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, conformément aux dispositions de la Charte, et d'aider l'Organisation des Nations Unies à s'acquitter des responsabilités que lui a conférées la Charte en ce qui concerne l'application de ce principe » (résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale).

181. Quant à la réinstallation dans l'archipel des Chagos des nationaux mauriciens, y compris ceux d'origine chagossienne, il s'agit d'une question relative à la protection des droits humains des personnes concernées qui devrait être examinée par l'Assemblée générale lors du parachèvement de la décolonisation de Maurice.

182. En réponse à la question *b)* de l'Assemblée générale, qui a trait aux conséquences en droit international du maintien de l'archipel des Chagos sous administration britannique, la Cour conclut que le Royaume-Uni est tenu, dans les plus brefs délais, de mettre fin à son administration de l'archipel des Chagos et que tous les États Membres sont tenus de coopérer avec l'Organisation des Nations Unies aux fins du parachèvement de la décolonisation de Maurice.

* * *

183. Par ces motifs,

LA COUR,

1) A l'unanimité,

Dit qu'elle est compétente pour répondre à la demande d'avis consultatif ;

2) Par douze voix contre deux,

Décide de donner suite à la demande d'avis consultatif ;

B- COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

DOCUMENT N^{O} 42

PY c. FRANCE (2005)
(Extraits)

Date d'adoption : 6 juin 2005
Source documentaire : 66289/01

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 66289/01) dirigée contre la République française et dont un ressortissant de cet Etat, M. Bruno Py (« le requérant »), a saisi la Cour le 15 décembre 2000 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »). […]

3. Le requérant alléguait que les restrictions mises pour pouvoir participer aux élections du Congrès et des assemblées de province en Nouvelle-Calédonie violaient le droit à des élections libres garanti par l'article 3 du Protocole N°1 et instauraient une discrimination fondée sur l'origine nationale, en violation de l'article 14 de la Convention. […]

C. Appréciation de la Cour

37. [L]a loi organique du 19 mars 1999 reprend le principe d'une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie qui était l'une des innovations majeures apportées par l'accord de Nouméa puis par la loi du 9 novembre 1988 et prévoit des transferts successifs de compétences de l'Etat vers la Nouvelle-Calédonie. La compétence de droit commun reste aux provinces, les compétences de l'Etat et celles de la Nouvelle-Calédonie étant des compétences d'attribution.

38. Le titre III de la loi de 1999 traite des institutions de la Nouvelle- Calédonie et notamment du congrès. Il y est décrit comme l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie (article 62) et ses membres, élus pour 5 ans, sont des membres des assemblés de province. Il gère les affaires communes de la Nouvelle-Calédonie. L'initiative des lois du pays et des délibérations appartient concurremment au gouvernement et aux membres du congrès (article 73).

39. Le chapitre 2 crée la catégorie des « lois du pays », votées par le congrès et ayant valeur législative**.** Ces lois du pays, dont le champ d'application est précisément défini et ne recouvre qu'une partie des compétences réglementaires de la Nouvelle-Calédonie, sont systématiquement soumises pour avis au Conseil d'Etat et ont, une fois adoptées, force de loi. Elles sont également susceptibles d'être soumises au contrôle du Conseil Constitutionnel exercé avant promulgation et sur saisine du haut-commissaire, du gouvernement, du président du congrès, du président d'une assemblée de province ou d'au moins 18 membres du congrès.

40. Entre autres attributions, le congrès vote le budget et approuve les comptes de la Nouvelle-Calédonie. En matière pénale il peut assortir les infractions aux lois du pays et à ses règlements de peines d'amendes qui respectent la classification des contraventions et délits et n'excèdent pas le maximum prévu pour les infractions de même nature par les lois et règlements de la République. Sous réserve d'une homologation de sa délibération par la loi, il peut également assortie les infractions aux lois du pays et aux règlements qu'il édicte de peines d'emprisonnement qui respectent la classification des délits et n'excèdent pas le maximum prévu pour les infractions de même nature par les lois et règlements de la République.

41. La Cour doit veiller à ce qu'un « régime politique véritablement démocratique » existe dans les territoires auxquels la Convention s'applique, et, dans ce contexte, elle doit avoir égard non seulement aux pouvoirs

strictement législatifs d'un organe donné, mais également au rôle joué par celui-ci dans l'ensemble du processus législatif.

42. Compte tenu des compétences attribuées au Congrès par la loi organique de 1999, la Cour estime qu'il n'est plus seulement un organe consultatif, mais est devenu un organe appelé à jouer un rôle déterminant, suivant les questions à traiter, dans le processus législatif en Nouvelle- Calédonie.

43. Elle est d'avis, en conséquence, que le congrès se trouve suffisamment associé à ce processus législatif spécifique pour être considéré comme une partie du « corps législatif » de la Nouvelle-Calédonie aux fins de l'article 3 du Protocole n° 1.

44. Il convient ensuite de déterminer si le fait de n'accorder le droit de vote aux élections des membres du congrès de Nouvelle-Calédonie qu'aux seuls individus pouvant justifier d'une résidence de dix ans au moins sur le territoire est compatible avec cet article :

45. La Cour rappelle que les droits consacrés par l'article 3 du Protocole n° 1 ne sont pas absolus mais sujets à restrictions. Comme l'article 3 les reconnaît sans les énoncer en termes exprès ni moins encore les définir, il y a place pour des « limitations implicites » (*Labita c. Italie* [GC], n° 26772/95, § 201, CEDH 2000-IV).

46. Les États contractants jouissent en effet d'une ample marge d'appréciation eu égard à la diversité dans l'espace et à la variabilité dans le temps de leurs lois en matière électorale. Les règles relatives à l'octroi du droit de vote, reflétant les soucis de participation des citoyens mais également de connaissance de la situation particulière de la région concernée, varient en fonction des facteurs historiques et politiques propres à chaque Etat ; la multitude de situations prévues dans les législations électorales de nombreux Etats membres du Conseil de l'Europe démontre la diversité des choix possibles en la matière. Cependant, aucun de ces critères ne devrait en principe être considéré comme plus valable qu'un autre, à condition qu'il garantisse l'expression de la volonté du peuple à travers des élections libres, honnêtes et périodiques. Aux fins d'application de l'article 3, toute loi électorale doit toujours s'apprécier à la lumière de l'évolution politique du pays, de sorte que des détails inacceptables dans le cadre d'un système déterminé peuvent se justifier dans celui d'un autre.

47. Cette marge de manoeuvre reconnue à l'État n'est toutefois pas illimitée. Il appartient, en effet, à la Cour de statuer en dernier ressort sur l'observation des exigences du Protocole n° 1. Il lui faut s'assurer que lesdites conditions ne réduisent pas les droits dont il s'agit au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité, qu'elles poursuivent un but légitime et que les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés. Ces conditions ne doivent pas, en particulier, contrecarrer « la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif » (voir *Gitonas et autres c. Grèce*, arrêt du 1er juillet 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-IV, p. 233, § 39, *Matthews c. Royaume-Uni* [GC], n° 24833/94, § 63, CEDH-1999, *Podkolzina c. Lettonie*, n° 46726/99, § 33, 9 avril 2002 et *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, arrêt du 2 mars 1987, série A n° 113, p. 23, § 52).

48. L'ancienne Commission et la Cour ont déjà décidé que la condition de la résidence ou de la durée de résidence dont est assorti l'exercice ou la possession du droit de vote à des élections ne constitue pas, en principe, une restriction arbitraire du droit de vote et, en conséquence, n'est pas incompatible avec les dispositions de l'article 3 du Protocole n° 1 (voir, pour la Cour, *Hilbe c. Liechtenstein* (déc.), n° 31981/96, CEDH 1999-VI et, pour l'ancienne Commission, *Polacco et Garofalo c. Italie*, n° 23450/94, décision de la Commission du 15 septembre 1997, Décisions et Rapports (DR) 90-A/B, p. 5).

49. En l'espèce, la loi organique de 1999 institue un corps électoral restreint pour les assemblées des provinces et au congrès. En effet, elle réserve aux électeurs qui remplissent certaines conditions, notamment une résidence sur place de plus de dix ans, la possibilité de participer aux élections des membres du congrès et des assemblées de

province. En conséquence, la demande du requérant d'être inscrit sur les listes électorales afin de participer aux élections des assemblées des provinces et du congrès fut rejetée.

50. Selon le Gouvernement, les seuils de durée de résidence répondent au souci, exprimé par les représentants des populations locales dans le cadre des négociations des accords de Nouméa, de garantir que les consultations traduiront la volonté des populations « intéressées » et que leur résultat ne sera pas altéré par un vote massif des populations récemment arrivées sur le territoire et n'y justifiant pas d'attaches solides. En outre, la limitation du droit de vote serait la conséquence directe et nécessaire de l'instauration d'une citoyenneté calédonienne.

51. La Cour estime qu'il est possible que le requérant ait établi des liens avec la Nouvelle-Calédonie et que, de ce fait, il ait estimé que certaines des raisons indiquées ci-dessus étaient inapplicables dans son cas.

Cependant, le droit ne peut tenir compte de chaque cas individuel mais doit représenter une norme générale. En outre, le requérant, qui est rentré en métropole depuis lors, ne saurait faire valoir qu'il est visé par les actes des organes politiques au même degré que les citoyens résidents. Partant, la situation du requérant est différente de celle d'un citoyen résident, ce qui est de nature à justifier la condition de résidence (voir *Hilbe c. Liechtenstein* précité).

52. Compte tenu de ces différents éléments, la Cour estime que la condition de résidence poursuit, en l'espèce, un but légitime.

53. Reste à déterminer si la condition de dix années de résidence sur le territoire pour que le requérant puisse participer aux élections du congrès est proportionnée au but recherché.

54. En l'espèce, il n'est pas contesté que le refus d'inscrire le requérant sur la liste électorale spéciale a été pris dans des conditions ne laissant aucune place à l'arbitraire.

55. La Cour rappelle toutefois que l'objet et le but de la Convention appellent à interpréter et à appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences non pas théoriques ou illusoires, mais concrètes et effectives (voir, notamment, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, arrêt du 30 janvier 1998, *Recueil* 1998-I, p. 18, § 33 et *Matthews c. Royaume-Uni* précité, § 34).

56. Dans l'affaire précitée *Polacco et Garofalo*, seuls les individus résidant de façon continue depuis quatre ans dans la région du Trentin-Haut-Adige pouvaient s'inscrire sur les listes électorales afin de participer aux élections du Conseil régional, qui avaient lieu tous les cinq ans. L'ancienne Commission avait estimé que cette condition n'était pas disproportionnée au but poursuivi compte tenu de la situation particulière de la région aux plans social, politique et économique. Ainsi, elle avait estimé qu'il ne pouvait être considéré comme déraisonnable d'exiger qu'un électeur réside dans la région depuis une période assez longue avant de pouvoir prendre part aux élections locales pour lui permettre d'avoir une connaissance approfondie du contexte régional de manière à ce que son vote reflète le souci de la protection des minorités linguistiques.

57. En l'espèce, bien que le requérant n'ait pas eu vocation à rester en Nouvelle-Calédonie, il était tout de même assujetti aux lois votées par le congrès et, notamment aux lois pénales qui pouvaient prévoir des peines allant jusqu'à dix ans d'emprisonnement. Or, la condition de dix années de résidence correspond à deux mandats des membres du congrès. Dés lors, cette exigence de dix années de résidence pourrait paraître disproportionnée au but poursuivi.

58. Il convient toutefois encore de déterminer s'il existe en Nouvelle- Calédonie des nécessités locales, au sens de l'article 56, telles que la restriction du droit de vote incriminée pourrait être considérée comme n'enfreignant pas l'article 3 du Protocole n° 1.

59. La Cour rappelle que lors du dépôt, le 3 mai 1974, des instruments de ratification de la Convention et du Protocole n° 1, l'État français a déclaré que ces textes s'appliqueront « à l'ensemble du territoire de la République, compte tenu, en ce qui concerne les territoires d'outre-mer, des nécessités locales auxquelles l'article 63 de la Convention (actuel article 56) fait référence ».

60. Dans l'arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni* du 25 avril 1978 (série A n° 26, pp. 18-19, § 38), la Cour a jugé que, pour que l'article (anciennement) 63 puisse s'appliquer, il faut « la preuve décisive et manifeste d'une nécessité ». Les nécessités locales, lorsqu'elles renvoient au statut juridique particulier d'un territoire, doivent revêtir un caractère impérieux pour justifier l'application de l'article 56 de la Convention.

61. La Cour constate que le statut actuel de la Nouvelle-Calédonie correspond à une phase transitoire avant l'accession à la pleine souveraineté et s'inscrit dans un processus d'autodétermination. Il s'agit d'un *« système inachevé et transitoire »*, de même que celui qui a été examiné par la Cour dans l'arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, précité.

62. Or, après une histoire politique et institutionnelle tourmentée, cette condition de dix ans de résidence fixée par le statut du 19 mars 1999 a constitué un élément essentiel à l'apaisement du conflit meurtrier. La situation locale, reposant sur des problèmes plus profonds et lourds de conséquences pour l'avenir que les différends linguistiques à l'origine des affaires précitées *Polacco et Garofalo* et *Mathieu-Mohin et Clerfayt,* et a permis à la Nouvelle-Calédonie de connaître aujourd'hui une situation politique apaisée et de poursuivre son développement politique, économique et social.

63. Comme l'a relevé le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies, le 15 juillet 2002 (voir p. 13 § 14.7)

« les seuils fixés pour les consultations de 1998 et à compter de 2014 ne sont pas excessifs dans la mesure où ils s'inscrivent dans le cadre de la nature et de l'objet de ces scrutins, à savoir un processus d'autodétermination impliquant la participation de personnes justifiant d'attaches suffisantes au territoire dont l'avenir est en jeu. Il ressort, en effet, que ces seuils n'apparaissent pas disproportionnés vis-à-vis d'un processus de décolonisation impliquant la participation des résidents qui, au-delà de leur appartenance ethnique ou politique, ont contribué et contribuent à l'édification de la Nouvelle-Calédonie à travers leurs attaches suffisantes à ce territoire. »

64. La Cour estime, en conséquence, que l'histoire et le statut de la Nouvelle-Calédonie sont tels qu'ils peuvent être considérés comme caractérisant des « nécessités locales » de nature à permettre les restrictions apportées au droit de vote du requérant.

65. Dans ces conditions, il n'a pas été porté atteinte à l'essence même du droit de vote tel que le garantit à la requérante l'article 3 du Protocole n° 1. Il en résulte qu'il n'y a pas eu violation de cette disposition.

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

1. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 3 du Protocole n° 1 ; […]

C- COUR SUPÉRIEURE DU QUÉBEC ET COUR SUPRÊME DU CANADA

DOCUMENT N° 43

BERTRAND c. BÉGIN (1996)

(Cour supérieure du Québec)

(Extraits)

Date d'adoption : 30 août 1996

Source documentaire : [1996] Recueil de jurisprudence du Québec (R.J.Q.) 2393

I. Introduction

Le gouvernement du Québec, dont l'un des objectifs est la souveraineté, prétend que le Québec est en droit de décider seul de son avenir sans passer par la formule d'amendement prévue à la Constitution canadienne. Dans la poursuite de cet objectif, il a présenté certaines mesures législatives, qui n'ont pas été adoptées par l'Assemblée nationale, et a entrepris une vaste campagne d'information et de consultation, suivie d'un référendum.

C'est là que le demandeur Guy Bertrand (le demandeur) intente une action en justice, requérant du Tribunal une déclaration à l'effet que ce projet de sécession unilatérale est illégal puisque inconstitutionnel.

Pour contrer ce recours, le procureur général du Québec (le défendeur) présente alors une requête déclinatoire et en irrecevabilité. Il soutient que l'action du demandeur est irrecevable parce qu'elle concerne des questions non justiciables, essentiellement théoriques et politiques, sur lesquelles les tribunaux n'ont pas juridiction.[…]

V. Discussion […]

3) La sanction de la démarche en droit international

Le Tribunal doit ici déterminer si la question trouve effectivement sanction dans le droit international et si ce droit trouve application en l'espèce.

Ici encore, il existe une controverse importante.

Certains prétendent qu'un résultat référendaire sans équivoque amènerait la communauté internationale à reconnaître le droit des Québécois de disposer de leur avenir et, par le fait même, le statut du Québec comme état souverain. C'est là l'opinion des professeurs Brun et Tremblay :

> La sécession d'un membre de la fédération pourrait se faire techniquement suivant la procédure résiduaire d'amendement, avec l'aide de la pression politique et morale découlant par exemple d'un résultat référendaire incontestable. Elle pourrait aussi s'opérer par autodétermination en dehors des règles de fonctionnement du droit fédératif canadien tout en étant parfaitement légale du point de vue du droit international et du droit interne.

En pareille matière, le droit international est d'une grande pertinence parce que c'est d'abord lui qui reconnaît le droit à l'autodétermination ou, selon les termes de la Charte des Nations Unies, le «droit des peuples à disposer d'eux-mêmes». Il ne semble pas pourtant qu'on puisse invoquer à priori ce principe au bénéfice des peuples qui ne sont pas colonisés au sens traditionnel. De ce point de vue les autochtones du Canada pourraient avoir de meilleures justifications à faire valoir que le peuple du Québec. Par contre, le droit international relatif à la reconnaissance des nouveaux États est susceptible de sanctionner a posteriori l'exercice efficace de l'autodétermination.

D'autre part, sous différentes réserves, cinq experts en droit international public, dont deux ont agi respectivement à titre de président et de membre de la Commission du droit international des Nations-Unies, à qui une commission de l'Assemblée nationale du Québec a demandé un avis juridique relatif à l'intégrité territoriale du Québec dans l'hypothèse de son accession à la souveraineté, ont émis l'opinion que (35)(35):

> 3.14 - Le droit à la sécession n'existe pas en droit international: la création d'un nouvel État n'est pas dans le contexte colonial, au point de vue juridique, une sécession à proprement parler (v. supra no 3.12) et, dans tous les cas, le droit à l'autodétermination ne constitue pas une reconnaissance du droit à l'indépendance des peuples qui en sont les titulaires. [...]

L'extrême variété des situations rend la synthèse difficile. On peut cependant avancer les propositions suivantes:

i) le droit international ne contient aucun droit à la sécession et, en particulier, on chercherait en vain «dans le droit positif un texte ou une pratique permettant de déduire un droit des peuples de faire sécession de leur droit à disposer d'eux-mêmes»;

ii) face à une tentative de sécession, les États tiers manifestent en général de vives réticences (sauf lorsqu'ils ont des raisons particulières de s'intéresser à sa réussite);

iii) néanmoins, il n'existe pas non plus de règle juridique faisant obstacle à la sécession; le principe de l'intégrité territoriale apparaît comme une norme exclusivement inter-étatique, dont l'effet se confond en partie avec le principe de la non-intervention;

iv) une fois la sécession réussie, l'effectivité de l'exercice des pouvoirs étatiques par les nouvelles autorités suffit à établir l'existence du nouvel État (V. supra no 2.39 et s), la sécession apparaît aussi comme un «fait politique et le droit international se contente d'en tirer les conséquences lorsqu'elle aboutit à la mise en place d'autorités étatiques effectives et stables».

v) toutefois, les États tiers se réservent un droit de contrôle par le biais de la reconnaissance, qui sera refusée au nouvel État si son existence est douteuse ou s'il doit celle-ci à l'usage de la force armée, surtout si celle-ci émane, de façon trop voyante, d'une aide extérieure. [...]

3.15 [...] Dans le cas du Québec, il en résulte que le peuple québécois ne saurait fonder une éventuelle revendication à la souveraineté sur son droit à disposer de lui-même, mais qu'il ne serait pas, pour autant, empêché d'y accéder par des motifs juridiques [...].

Partageant, pour partie, l'opinion de ces experts, plusieurs auteurs sont d'avis que le droit à la sécession unilatérale n'existe pas en droit international public. Bien au contraire, ils affirment que les Québécois pourraient être empêchés d'accéder à la souveraineté pour des motifs d'ordre juridique. Enfin, d'autres vont jusqu'à prétendre que la sécession unilatérale du Québec mettrait en danger son intégrité territoriale.

Les autorités qui suivent donnent une idée de l'ampleur des divergences.

Jean Charpentier (36), professeur à la faculté de droit de l'Université de Nancy, opine que le droit à la sécession n'est pas consacré en droit international. Il écrit :

> C'est en ayant à l'esprit cette préoccupation constante que nous devrons aborder l'examen de la version la plus controversée du Droit des peuples, à savoir le droit qu'aurait tout peuple opprimé à l'indépendance, autrement dit le droit à faire sécession pour s'ériger en État. Posé en termes aussi généraux, un tel droit n'est actuellement pas consacré par le droit international positif.

Pour sa part, le professeur Patrick J. Monahan s'exprime ainsi:

> Si ce droit des peuples à disposer d'eux-mêmes bénéficie désormais d'une reconnaissance générale en tant que principe du droit international coutumier, il faut signaler, aux fins de la présente discussion, que ce droit n'a jamais donné lieu à la reconnaissance du droit à la sécession de groupes faisant partie d'un État existant. Le droit à l'autodétermination a principalement été utilisé à l'appui de la décolonisation, non pas de la sécession. Souvent, d'ailleurs, les États qui ont invoqué ce droit pour obtenir leur indépendance vis-à-vis d'anciennes puissances coloniales s'opposent eux-mêmes à toute démarche de sécession à l'intérieur de leurs frontières. On donne généralement à l'intégrité territoriale des États existants la préséance sur les droits éventuels à l'autodétermination de groupes sécessionnistes. [...]

La pratique générale des États s'oppose à ce que le droit (à l'autodétermination) soit étendu aux habitants de territoires qui jouissent d'une forme d'autonomie gouvernementale. C'est chose compréhensible: d'une part, les États craignent pour leur souveraineté; et, d'autre part, la communauté internationale dans son ensemble craint l'instabilité et la violence dont un tel droit peut devenir la source. C'est pourquoi l'inviolabilité des frontières est devenue presque un axiome en matière de relations internationales, surtout pour les gouvernements de territoires anciennement non autogérés.

Il conclut qu'en cas de sécession unilatérale l'intégrité territoriale du Québec ne serait garantie par aucun principe de droit international.

J'en viens donc à la conclusion que le principe « uti possidetis » ne pourrait d'aucune façon s'appliquer en cas de différend frontalier ou territorial entre le Canada et le Québec. J'estime que l'intégrité territoriale du Québec ne serait garantie par aucun principe du droit international public si la province tentait de se séparer unilatéralement du reste du Canada.

Quant au professeur de sciences politiques Jean-Pierre Derriennic, il écrit:

> Les indépendantistes québécois semblent croire que le droit des peuples à l'autodétermination reconnu par le droit international contemporain implique toujours le droit à la sécession. Cela est loin d'être clair, sauf dans les situations coloniales, c'est-à-dire quand un État exerce son autorité sur un territoire sans reconnaître une pleine citoyenneté à ses habitants.

Force est donc de constater qu'il n'est pas clairement établi que le processus d'accession du Québec à la souveraineté trouve sanction dans le droit international. Le Tribunal s'interroge d'ailleurs sur la possibilité que la sanction recherchée relève du droit international coutumier, dont il n'a pas une connaissance judiciaire.

Le droit international prouvé, il devra décider s'il a préséance sur le droit interne. Voilà deux questions indissociables.

En tout état de cause, la situation de droit est loin d'être claire et définie. De plus, le demandeur a soulevé de façon correcte des questions importantes. Ses prétentions sont-elles fondées? Il appartiendra au juge du fond de le décider. Cependant, au stade de l'irrecevabilité, on peut affirmer que les allégations de sa procédure peuvent justifier plusieurs de ses conclusions. La demande n'est certes pas de celles qui ne méritent pas un débat. [...]

DOCUMENT N^{O} 44

RENVOI RELATIF À LA SÉCESSION DU QUÉBEC (1998)

(Cour suprême du Canada)

(Extraits)

Date d'adoption : 20 août 1998
Source documentaire officielle : [1998] 2 R.C.S. 217

Le jugement suivant a été rendu par LA COUR :

I. Introduction

[…] 2. Les questions posées par le gouverneur en conseil dans le décret C.P. 1996-1497, daté du 30 septembre 1996, sont rédigées ainsi:

1. L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec peut-il, en vertu de la Constitution du Canada, procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?
2. L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec possède-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? À cet égard, en vertu du droit international, existe-t-il un droit à l'autodétermination qui procurerait à l'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?
3. Lequel du droit interne ou du droit international aurait préséance au Canada dans l'éventualité d'un conflit entre eux quant au droit de l'Assemblée nationale, de la législature ou du gouvernement du Québec de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? […]

A. *Question 1*

L'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec peut-il, en vertu de la Constitution du Canada, procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? […]

(4) L'application des principes constitutionnels dans un contexte de sécession […]

88. Le principe du fédéralisme, joint au principe démocratique, exige que la répudiation claire de l'ordre constitutionnel existant et l'expression claire par la population d'une province du désir de réaliser la sécession donnent naissance à une obligation réciproque pour toutes les parties formant la Confédération de négocier des modifications constitutionnelles en vue de répondre au désir exprimé. La modification de la Constitution commence par un processus politique entrepris en vertu de la Constitution elle-même. Au Canada, l'initiative en matière de modification constitutionnelle relève de la responsabilité des représentants démocratiquement élus des participants à la Confédération. Pour ces représentants, le signal peut être donné par un référendum mais, en termes juridiques, le pouvoir constituant au Canada, comme dans bien d'autres pays, appartient aux représentants du peuple élus démocratiquement. La tentative légitime, par un participant de la Confédération, de modifier la Constitution a pour corollaire l'obligation faite à toutes les parties de venir à la table des négociations. Le rejet clairement exprimé par le peuple du Québec de l'ordre constitutionnel existant conférerait clairement légitimité aux revendications sécessionnistes, et imposerait aux autres provinces et au gouvernement fédéral l'obligation de prendre en considération et de respecter cette expression de la volonté démocratique en engageant des négociations et en les poursuivant en conformité avec les principes constitutionnels sous-jacents mentionnés précédemment. […]

90. La conduite des parties dans de telles négociations serait régie par les mêmes principes constitutionnels que ceux qui ont donné naissance à l'obligation de négocier: le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et la protection des minorités. Ces principes nous amènent à rejeter deux propositions extrêmes. La première consiste à dire que les autres provinces et le gouvernement fédéral auraient l'obligation légale de donner leur assentiment à la sécession d'une province, sous réserve seulement de la négociation des détails logistiques de la sécession. Cette proposition serait une conséquence soi-disant implicite du principe démocratique de la Constitution, ou reposerait sur le principe de l'autodétermination des peuples en droit international.

91. Nous ne pouvons accepter ce point de vue pour des raisons à la fois théoriques et pratiques. À notre avis, le Québec ne pourrait prétendre invoquer un droit à l'autodétermination pour dicter aux autres parties les conditions d'une sécession: ce ne serait pas là une négociation. De même, il serait naïf de

penser que l'objectif principal, la sécession, pourrait être distingué aisément des détails pratiques d'une sécession. Les écueils résident dans les détails. Comme nous l'avons souligné, on ne peut invoquer le principe de la démocratie pour écarter les principes du fédéralisme et de la primauté du droit, les droits de la personne et des minorités, non plus que le fonctionnement de la démocratie dans les autres provinces ou dans l'ensemble du Canada. Il n'y a pas de véritables négociations si le résultat recherché, la sécession, est conçu comme un droit absolu résultant d'une obligation constitutionnelle de lui donner effet. Un tel a priori viendrait en réalité anéantir l'obligation de négocier et la vider de son sens.

92. Toutefois, il nous est tout aussi impossible d'accepter la proposition inverse, selon laquelle une expression claire de la part de la population du Québec d'une volonté d'autodétermination n'imposerait aucune obligation aux autres provinces ou au gouvernement fédéral. L'ordre constitutionnel canadien existant ne pourrait demeurer indifférent devant l'expression claire d'une majorité claire de Québécois de leur désir de ne plus faire partie du Canada. Cela reviendrait à dire que d'autres principes constitutionnels reconnus l'emportent nécessairement sur la volonté démocratiquement et clairement exprimée de la population du Québec. Une telle proposition n'accorde pas suffisamment de poids aux principes constitutionnels sous-jacents qui doivent guider le processus de modification, notamment le principe de la démocratie et le principe du fédéralisme. Les droits des autres provinces et du gouvernement fédéral ne peuvent retirer au gouvernement du Québec le droit de chercher à réaliser la sécession, si une majorité claire de la population du Québec choisissait cette voie, tant et aussi longtemps que, dans cette poursuite, le Québec respecte les droits des autres. Des négociations seraient nécessaires pour traiter des intérêts du gouvernement fédéral, du Québec et des autres provinces, d'autres participants, ainsi que des droits de tous les Canadiens à l'intérieur et à l'extérieur du Québec.

93. Peut-on concilier le rejet de ces deux propositions? Oui, si l'on comprend bien qu'aucun des droits ou principes en question ici n'est absolu et qu'aucun ne peut exclure les autres. Cette remarque signifie que d'autres parties ne peuvent exercer leurs droits d'une manière qui reviendrait à nier de façon absolue les droits du Québec et que, de la même façon, tant que le Québec exerce ses droits en respectant les droits des autres, il peut proposer la sécession et chercher à la réaliser par la voie de la négociation. Le processus de négociation qui découlerait d'une décision d'une majorité claire de la population du Québec en faveur de la sécession, en réponse à une question claire, exigerait la conciliation de divers droits et obligations par les représentants de deux majorités légitimes, à savoir une claire majorité de la population du Québec et une claire majorité de l'ensemble du Canada quelle qu'elle soit. On ne peut admettre que l'une ou l'autre de ces majorités l'emporte sur l'autre. Une majorité politique qui n'agit pas en accord avec les principes sous-jacents de la Constitution que nous avons décrits met en péril la légitimité de l'exercice de ses droits. […]

103. Dans la mesure où la violation de l'obligation constitutionnelle de négocier conformément aux principes décrits ci-dessus mine la légitimité des actions d'une partie, elle peut avoir des répercussions importantes au plan international. Ainsi, le manquement à l'obligation d'engager et de poursuivre des négociations en conformité avec les principes constitutionnels peut affaiblir la légitimité du gouvernement qui s'en réclame, alors que celle-ci est en règle générale une condition préalable à la reconnaissance par la communauté internationale. Inversement, la violation de ces principes par le gouvernement fédéral ou le gouvernement d'autres provinces dans leur réponse à une demande de sécession peut entacher leur légitimité. Ainsi, un Québec qui aurait négocié dans le respect des principes et valeurs constitutionnels face à l'intransigeance injustifiée d'autres participants au niveau fédéral ou provincial aurait probablement plus de chances d'être reconnu qu'un Québec qui n'aurait pas lui-même agi conformément aux principes constitutionnels au cours du processus de négociation. La légalité des actes des parties au processus de négociation selon le droit canadien ainsi que la légitimité qu'on leur

reconnaît seraient l'une et l'autre des considérations importantes dans le processus de reconnaissance. De cette manière, l'adhésion des parties à l'obligation de négocier serait indirectement évaluée au plan international. […]

B. *Question 2*

L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec possède-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? À cet égard, en vertu du droit international, existe-t-il un droit à l'autodétermination qui procurerait à l'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? […]

(1) La sécession en droit international

111.Il est clair que le droit international n'accorde pas expressément aux parties constituantes d'un État souverain le droit de faire sécession unilatéralement de l'État «parent». Cela est reconnu par les experts qui ont donné leur avis tant pour le compte de l'*amicus curiae* que pour le compte du procureur général du Canada. Puisque la sécession unilatérale ne fait pas l'objet d'autorisation expresse, les tenants de l'existence d'un tel droit en droit international n'ont d'autre choix que de fonder leur argument (i) soit sur la thèse selon laquelle la sécession unilatérale n'est pas expressément interdite, et que ce qui n'est pas explicitement interdit est, par inférence, permis; (ii) soit sur l'obligation implicite qui incombe aux États de reconnaître la légitimité d'une sécession accomplie par l'exercice du droit, bien établi en droit international, qu'a «un peuple» à l'autodétermination. L'*amicus curiae* a abordé le droit à l'autodétermination mais a soutenu que celui-ci ne s'appliquait pas au cas du Québec au sein de la fédération canadienne, indépendamment de l'existence ou de l'inexistence d'un résultat référendaire en faveur de la sécession. Nous sommes d'accord avec l'*amicus curiae* sur ce point, pour les raisons que nous allons exposer brièvement.

a) *L'absence d'interdiction expresse*

112. Le droit international ne prévoit pas de droit de sécession unilatérale, mais il n'en nie pas explicitement l'existence, quoique, dans une certaine mesure, une telle négation découle implicitement du caractère exceptionnel des circonstances qui sont requises pour autoriser une sécession fondée sur le droit d'un peuple à l'autodétermination, comme le droit de sécession découlant de la situation exceptionnelle d'un peuple opprimé ou colonisé, qui est examiné plus loin. Comme nous le verrons, le droit international attache une grande importance à l'intégrité territoriale des États Nations et, de manière générale, laisse le droit interne de l'État existant dont l'entité sécessionniste fait toujours partie décider de la création ou non d'un nouvel État (R. Y. Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law* (1963), aux pp. 8 et 9). Dans les cas, comme celui qui nous occupe, où la sécession unilatérale serait incompatible avec la constitution interne, le droit international acceptera vraisemblablement cette conclusion, sous réserve du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, ou droit à l'autodétermination, sujet que nous allons maintenant aborder.

b) *Le droit d'un peuple à l'autodétermination*

113. Bien que le droit international régisse généralement la conduite des États Nations, il reconnaît également, dans certaines circonstances précises, les «droits» d'entités qui ne sont pas des États Nations -- tel le droit d'un peuple à l'autodétermination.

114. L'existence du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est aujourd'hui si largement reconnue dans les conventions internationales que ce principe a acquis un statut supérieur à celui d'une «convention» et est considéré comme un principe général du droit international. (A. Cassese, *Self-determination of peoples: A legal reappraisal*(1995), aux pp. 171 et 172; K. Doehring, «Self-Determination», dans B. Simma, éd., *The Charter of the United Nations: A Commentary* (1994), à la p. 70.)

115. L'article premier de la *Charte des Nations Unies*, R.T. Can. 1945 nº 7, édicte notamment que l'un des buts des Nations Unies est de:

Article 1

> […] 2. Développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, et prendre toutes autres mesures propres à consolider la paix du monde;

116. En outre, en vertu de l'art. 55 de sa Charte , l'Organisation des Nations Unies favorise des buts tels le relèvement des niveaux de vie, le plein emploi et le respect des droits de l'homme «[e]n vue de créer les conditions de stabilité et de bien-être nécessaires pour assurer entre les nations des relations pacifiques et amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes».

117. Le principe fondamental de l'autodétermination est énoncé et discuté dans un si grand nombre de conventions et de résolutions des Nations Unies que Doehring, *loc. cit.*, souligne ceci, à la p. 60:

> [TRADUCTION] Le nombre même de résolutions concernant le droit à l'autodétermination rend leur énumération impossible.

118. Pour les fins qui nous intéressent, il suffit de mentionner les conventions et résolutions suivantes. Les articles premiers du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, et du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3, sont ainsi rédigés:

> 1. Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.

119. De même, la *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Rés. AG 2625 (XXV), 24 octobre 1970 (*Déclaration touchant les relations amicales*), précise:

> En vertu du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, principe consacré dans la Charte des Nations Unies, tous les peuples ont le droit de déterminer leur statut politique, en toute liberté et sans ingérence extérieure, et de poursuivre leur développement économique, social et culturel, et tout État a le devoir de respecter ce droit conformément aux dispositions de la Charte .

120. En 1993, la Conférence mondiale sur les droits de l'homme a adopté le document intitulé *Déclaration et Programme d'action de Vienne*, A/CONF.157/24, 25 juin 1993, qui a réaffirmé

l'article premier des deux pactes susmentionnés. Dans sa *Déclaration du cinquantième anniversaire de l'Organisation des Nations Unies*, Rés. AG 50/6, 9 novembre 1995, l'Assemblée générale des Nations Unies souligne encore une fois le droit à l'autodétermination en indiquant que ses États membres doivent:

> 1. . . .Continuer à réaffirmer le droit de tous les peuples à disposer d'eux-mêmes, en tenant compte de la situation particulière des peuples soumis à la domination coloniale ou à d'autres formes de domination ou d'occupations étrangères, et reconnaître le droit des peuples à prendre des mesures légitimes conformément à la Charte des Nations Unies pour réaliser leur droit inaliénable à l'autodétermination. Cela ne devra pas être interprété comme autorisant ou encourageant toute mesure de nature à démembrer ou compromettre, en totalité ou en partie, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'États souverains et indépendants respectueux du principe de l'égalité des droits et de l'autodétermination des peuples et, partant, dotés d'un gouvernement représentant la totalité de la population appartenant au territoire, sans distinction aucune . . . [Nous soulignons.]

121. Le droit à l'autodétermination est également reconnu dans d'autres documents juridiques internationaux. Par exemple, l'*Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe* (1975) (*Acte final d'Helsinki*), énonce (à la partie VIII):

> Les États participants respectent l'égalité de droits des peuples et leur droit à disposer d'eux-mêmes, en agissant à tout moment conformément aux buts et aux principes de la Charte des Nations Unies et aux normes pertinentes du droit international, y compris celles qui ont trait à l'intégrité territoriale des États.
>
> En vertu du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, tous les peuples ont toujours le droit, en toute liberté de déterminer, lorsqu'ils le désirent et comme ils le désirent, leur statut politique interne et externe, sans ingérence extérieure, et de poursuivre à leur gré leur développement politique, économique, social et culturel. [Nous soulignons.]

122. Comme nous le verrons, en droit international, le droit à l'autodétermination est censé être exercé par des peuples, à l'intérieur d'États souverains existants, et conformément au principe du maintien de l'intégrité territoriale de ces États. Lorsque cela n'est pas possible, un droit de sécession peut naître, dans les circonstances exceptionnelles examinées ci-après.

(i) La définition de « peuples »

123. C'est aux «peuples» que le droit international accorde le droit à l'autodétermination. En conséquence, pour disposer de ce droit, le groupe qui l'invoque doit remplir la condition préliminaire, c'est-à-dire être qualifié de peuple. Toutefois, comme le droit à l'autodétermination s'est développé par l'adoption d'un ensemble d'ententes et de conventions internationales, conjuguée à la pratique des États, et que peu de précisions formelles sont apportées à la définition de «peuples», il s'ensuit que le sens du mot «peuple» reste assez incertain.

124. Il est évident qu'un «peuple» peut s'entendre d'une partie seulement de la population d'un État existant. Le droit à l'autodétermination s'est développé dans une large mesure en tant que droit de la personne et l'expression est généralement utilisée dans des documents où paraissent à la fois les mots «nation» et «État». La juxtaposition de ces termes indique que le mot «peuple» ne vise pas

nécessairement l'entière population d'un État. Le fait de restreindre la définition de ce mot à la population d'États existants, d'une part, rendrait largement superflue la reconnaissance du droit à l'autodétermination, compte tenu de l'insistance corrélative, dans la majorité des documents sources, sur la nécessité de protéger l'intégrité territoriale des États existants et, d'autre part, ferait obstacle à l'objectif réparateur de ce droit.

125. Même si la majeure partie de la population du Québec partage bon nombre des traits (par exemple une langue et une culture communes) pris en considération pour déterminer si un groupe donné est un «peuple», à l'instar d'autres groupes à l'intérieur du Québec et du Canada, il n'est pas nécessaire d'étudier cette qualification juridique pour répondre de façon appropriée à la question 2. De même, il n'est pas nécessaire pour la Cour de déterminer si, à supposer qu'il existe un peuple québécois au sens du droit international, ce peuple englobe la population entière de la province ou seulement une partie de celle-ci. Il n'est pas non plus nécessaire d'examiner la situation de la population autochtone au Québec. Comme le démontrera notre analyse de la portée du droit à l'autodétermination, quelle que soit la juste définition de peuple(s) à appliquer dans le présent contexte, le droit à l'autodétermination ne peut, dans les circonstances présentes, constituer le fondement d'un droit de sécession unilatérale.

(ii) La portée du droit à l'autodétermination

126. Les sources reconnues du droit international établissent que le droit d'un peuple à disposer de lui-même est normalement réalisé par voie d'autodétermination interne-- à savoir la poursuite par ce peuple de son développement politique, économique, social et culturel dans le cadre d'un État existant. Le droit à l'autodétermination externe (qui, dans le présent cas, pourrait prendre la forme de la revendication d'un droit de sécession unilatérale) ne naît que dans des cas extrêmes dont les circonstances sont par ailleurs soigneusement définies. L'autodétermination externe peut être décrite par l'extrait suivant de la *Déclaration touchant les relations amicales*:

> La création d'un État souverain et indépendant, la libre association ou l'intégration avec un État indépendant ou l'acquisition de tout autre statut politique librement décidé par un peuple constituent pour ce peuple des moyens d'exercer son droit à disposer de lui-même. [Nous soulignons.]

127. Le principe de l'autodétermination en droit international a évolué dans le respect de l'intégrité territoriale des États existants. Les divers documents internationaux qui étayent l'existence du droit d'un peuple à l'autodétermination renferment également des déclarations au soutien du principe selon lequel l'exercice d'un tel droit doit être suffisamment limité pour prévenir les menaces contre l'intégrité territoriale d'un État existant ou la stabilité des relations entre États souverains.

128. La *Déclaration touchant les relations amicales*, la *Déclaration de Vienne*, et la *Déclaration du cinquantième anniversaire de l'Organisation des Nations Unies* sont explicites. Immédiatement après avoir affirmé le droit d'un peuple à déterminer son statut politique et à poursuivre son développement économique, social et culturel, elles précisent que ce droit ne doit pas être interprété comme autorisant ou encourageant toute mesure de nature à démembrer ou compromettre, en totalité ou en partie, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'États souverains et indépendants respectueux du principe de l'égalité des droits et de l'autodétermination des peuples et, partant, dotés d'un gouvernement représentant la totalité de la population appartenant au territoire, sans distinction . . . [Nous soulignons.]

129. De même, le document de clôture de la rencontre de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe tenue àVienne en 1989, qui faisait suite à l'*Acte final d'Helsinki*, fait mention du droit des peuples de déterminer «leur statut politique interne et externe» (nous soulignons), mais cette déclaration est immédiatement suivie par la reconnaissance expresse que les États participants agiront à tout moment «conformément aux buts et aux principes de la Charte des Nations Unies et aux normes pertinentes du droit international, y compris celles qui ont trait à l'intégrité territoriale», comme l'énonce l'*Acte final d'Helsinki* (nous soulignons). Il est déclaré, au principe 5 du document de clôture, que les États participants (y compris le Canada):

> . . . confirment leur engagement à observer strictement et effectivement le principe de l'intégrité territoriale des États. Ils s'abstiendront de toute violation de ce principe et donc de toute action visant, par des moyens directs ou indirects contrevenant aux buts et principes de la Charte des Nations Unies, aux autres obligations découlant du droit international ou aux dispositions de l'Acte final, à violer l'intégrité territoriale, l'indépendance politique ou l'unité d'un État. Aucune action ou situation contrevenant à ce principe ne sera reconnue comme légale par les États participants. [Nous soulignons.]

Par conséquent, le passage de l'*Acte final d'Helsinki* qui porte sur la détermination par un peuple de son statut politique externe est interprété comme étant l'expression du statut politique externe de ce peuple par l'entremise du gouvernement de l'État existant, sauf dans les circonstances exceptionnelles examinées plus loin. Comme le souligne Cassese, *op. cit.*, à la p. 287, compte tenu de l'histoire de ce document et de sa structure, la mention de l'autodétermination externe signifie simplement que [TRADUCTION] «les autorités centrales d'un État ne peuvent apporter aucun changement territorial ou autre qui soit contraire à la volonté de l'ensemble de la population de cet État».

130. Même si le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, ne font pas expressément état de la protection de l'intégrité territoriale, ils délimitent la portée du droit à l'autodétermination en fonction de conditions qui sont normalement réalisables dans le cadre d'un État existant. Il n'y a pas nécessairement incompatibilité entre le maintien de l'intégrité territoriale d'États existants, comme le Canada, et le droit d'un «peuple» de disposer complètement de lui-même. Un État dont le gouvernement représente, dans l'égalité et sans discrimination, l'ensemble du peuple ou des peuples résidant sur son territoire et qui respecte les principes de l'autodétermination dans ses arrangements internes a droit, en vertu du droit international, à la protection de son intégrité territoriale.

(iii) Peuples opprimés ou colonisés

131. Par conséquent, selon l'état général du droit international, le droit à l'autodétermination s'applique dans les limites de la protection prépondérante accordée à l'intégrité territoriale des États «parents». Cependant, comme le souligne Cassese, *op. cit.*, à la p. 334, dans certains contextes définis, le droit des peuples à l'autodétermination peut effectivement être exercé «de manière externe», ce qui, dans le contexte du présent renvoi, pourrait signifier la sécession:

> [TRADUCTION] . . . le droit à l'autodétermination externe, qui emporte la possibilité de choisir (ou de rétablir) l'indépendance, n'a été accordé qu'à deux catégories de peuples (ceux sous domination coloniale ou sous occupation étrangère), sur le fondement de l'hypothèse que, dans les deux cas, ces peuples constituent des entités intrinsèquement distinctes de la puissance

> coloniale ou occupante, et que l'«intégrité territoriale» de ces peuples, qui à toutes fins pratiques a été détruite par la puissance coloniale ou occupante, doit être pleinement rétablie . . .

132. Le droit des peuples colonisés d'exercer leur droit à l'autodétermination en se détachant de la puissance
« impériale » est maintenant incontesté, mais il n'est pas pertinent dans le présent renvoi.

133. L'autre cas manifeste d'application du droit à l'autodétermination externe est celui où un peuple est soumis à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation étrangères en dehors du contexte colonial. Cette reconnaissance tire son origine de la *Déclaration touchant les relations amicales*:

> Tout État a le devoir de favoriser, conjointement avec d'autres États ou séparément, la réalisation du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, conformément aux dispositions de la Charte , et d'aider l'Organisation des Nations Unies à s'acquitter des responsabilités que lui a conférées la Charte en ce qui concerne l'application de ce principe, afin de:
>
> *a*) Favoriser les relations amicales et la coopération entre les États; et
>
> *b*) Mettre rapidement fin au colonialisme en tenant dûment compte de la volonté librement exprimée des peuples intéressés;
>
> et en ayant présent à l'esprit que soumettre des peuples à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation étrangères constitue une violation de ce principe, ainsi qu'un déni des droits fondamentaux de l'homme, et est contraire à la Charte .

134. Plusieurs commentateurs ont en outre affirmé que le droit à l'autodétermination peut, dans un troisième cas, fonder un droit de sécession unilatérale. Bien que ce troisième cas ait été décrit de plusieurs façons, il repose sur l'idée que, lorsqu'un peuple est empêché d'exercer utilement son droit à l'autodétermination à l'interne, il a alors droit, en dernier recours, de l'exercer par la sécession. Le fait que la *Déclaration de Vienne* exige que les gouvernements représentent «l'ensemble de la population appartenant au territoire, sans distinction aucune» ajoute foi à l'affirmation selon laquelle une obstruction aussi complète pourrait donner naissance au droit à la sécession.

135. De toute évidence, une telle situation s'apparente aux deux autres situations reconnues en ce que la faculté du peuple concerné d'exercer à l'interne son droit à l'autodétermination est totalement contrecarrée. Bien qu'on ne sache pas encore avec certitude si cette troisième thèse reflète réellement une norme juridique internationale établie, il est inutile pour les fins du présent renvoi d'en décider. Même en supposant que cette troisième situation puisse créer un droit de sécession unilatérale en vertu du droit international, on ne peut affirmer que le contexte québécois actuel s'en rapproche. Comme le dit l'*amicus curiae*, dans l'Addendum à son mémoire, aux par. 15 et 16:

> 15. Le peuple québécois n'est pas la victime d'atteintes à son existence ou à son intégrité physiques, ni de violation massive de ses droits fondamentaux. Le peuple québécois n'est manifestement pas, selon l'*amicus curiae*, un peuple opprimé.
>
> 16. En effet, pendant près de 40 des 50 dernières années, le premier ministre du Canada a été un Québécois. Pendant cette période, des Québécois ont occupé de temps à autre tous les postes

> les plus importants du Cabinet fédéral. Pendant les 8 années qui ont précédé juin 1997, le premier ministre et le chef de l'Opposition officielle à la Chambre des Communes étaient tous deux des Québécois. Actuellement, le premier ministre du Canada, le très honorable juge en chef ainsi que deux autres membres de la Cour, le chef d'état-major des forces armées canadiennes et l'ambassadeur du Canada aux États-Unis, sans compter la vice-secrétaire générale des Nations Unies, sont tous des Québécois. Les réussites internationales des Québécois dans la plupart des champs d'activité humaine sont trop nombreuses pour être énumérées. Depuis que le dynamisme du peuple québécois s'est tourné vers le secteur des affaires, il connaît des succès certains au Québec, dans le reste du Canada et à l'étranger.

136. On ne peut raisonnablement prétendre que la population du Québec se voit refuser l'accès au gouvernement. Des Québécois occupent des postes très importants au sein du gouvernement du Canada. Les résidents de cette province sont libres de leurs choix politiques et poursuivent librement leur développement économique, social et culturel à l'intérieur du Québec, dans l'ensemble du Canada et dans le monde entier. La population du Québec est équitablement représentée dans les instances législatives, exécutives et judiciaires. Bref, pour reprendre les termes des instruments internationaux qui traitent du droit des peuples à l'autodétermination, le Canada est un «État souverain et indépendant respectueux du principe de l'égalité des droits et de l'autodétermination des peuples et doté ainsi d'un gouvernement représentant la totalité de la population appartenant au territoire, sans distinction aucune».

137. Les échecs persistants dans la recherche d'un accord sur la modification de la Constitution, dont il y a lieu de se préoccuper, n'équivalent pas à une négation du droit à l'autodétermination. En l'absence de modifications constitutionnelles, nous devons nous fonder sur les arrangements constitutionnels présentement en vigueur et nous ne pouvons conclure, dans les circonstances actuelles, que ces arrangements placent les Québécois dans la situation désavantageuse visée par la règle du droit international.

138. En résumé, le droit à l'autodétermination en droit international donne tout au plus ouverture au droit à l'autodétermination externe dans le cas des anciennes colonies; dans le cas des peuples opprimés, comme les peuples soumis à une occupation militaire étrangère; ou encore dans le cas où un groupe défini se voit refuser un accès réel au gouvernement pour assurer son développement politique, économique, social et culturel. Dans ces trois situations, le peuple en cause jouit du droit à l'autodétermination externe parce qu'on lui refuse la faculté d'exercer, à l'interne, son droit à l'autodétermination. Ces circonstances exceptionnelles ne s'appliquent manifestement pas au cas du Québec dans les conditions actuelles. Par conséquent, ni la population du Québec, même si elle était qualifiée de «peuple» ou de «peuples», ni ses institutions représentatives, l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec ne possèdent, en vertu du droit international, le droit de faire sécession unilatéralement du Canada.

139. Nous ne voulons pas clore cet aspect de notre réponse à la question 2 sans reconnaître l'importance des arguments qui nous ont été présentés relativement aux droits et inquiétudes des peuples autochtones et aux moyens appropriés de délimiter les frontières du Québec, en cas de sécession, particulièrement en ce qui concerne les territoires nordiques occupés principalement par des peuples autochtones. Toutefois, les inquiétudes des peuples autochtones découlent du droit invoqué par le Québec de faire sécession unilatéralement. À la lumière de notre conclusion qu'aucun droit de ce genre ne s'applique à la population du Québec, ni en vertu du droit international ni en vertu de la Constitution du Canada, et que, au contraire, l'expression claire d'une volonté démocratique en faveur de la sécession entraînerait, en vertu de la

Constitution, des négociations au cours desquelles les intérêts des autochtones seraient pris en compte, il devient inutile d'examiner davantage les préoccupations des peuples autochtones dans le présent renvoi.

(2) Reconnaissance de la réalité factuelle ou politique: le principe de l'« effectivité » […]

142. Des conséquences juridiques peuvent certainement découler de faits politiques, et [TRADUCTION] «la souveraineté est un fait politique pour lequel il est impossible d'établir un fondement purement juridique . . .», H. W. R. Wade, «The Basis of Legal Sovereignty», [1995] *Camb. L.J.* 172, à la p. 196. La sécession d'une province du Canada, si elle réussissait sur le terrain, pourrait bien entraîner la création d'un nouvel État. Même si la reconnaissance par d'autres États n'est pas nécessaire, du moins en théorie, pour accéder au statut d'État, la viabilité d'une entité aspirant à ce statut au sein de la communauté internationale dépend, sur le plan pratique, de sa reconnaissance par d'autres États. Ce processus de reconnaissance est guidé par des normes juridiques. Toutefois, la reconnaissance internationale ne confère pas à elle seule le statut d'État et il faut souligner qu'elle ne remonte pas à la date de la sécession pour servir rétroactivement de source d'un droit «juridique» initial de faire sécession. La reconnaissance ne survient qu'après qu'une entité territoriale a réussi, en tant que fait politique, à réaliser la sécession.

143. Comme l'indique la réponse à la question 1, l'une des normes juridiques que les États peuvent invoquer pour décider de reconnaître ou non de nouveaux États est la légitimité du processus par lequel ceux-ci ont fait *de facto* sécession ou cherchent à le faire. Le processus de reconnaissance, auparavant considéré comme l'exercice d'un pouvoir souverain absolu, est maintenant assorti de normes juridiques. Voir, par exemple, la déclaration de la Communauté européenne sur les *Lignes directrices sur la reconnaissance de nouveaux États en Europe orientale et en Union soviétique*, Bull. CE 12-1991, à la p. 127. Même si l'intérêt national de l'État qui accorde la reconnaissance et l'avantage politique qu'il y voit jouent manifestement un rôle important, les États étrangers peuvent également prendre en considération leur opinion quant à l'existence du droit à l'autodétermination de la population de l'État putatif, ainsi qu'une évaluation correspondante de la légalité de la sécession suivant le droit de l'État dont l'entité territoriale prétend avoir fait sécession. Comme nous l'avons indiqué dans notre réponse à la question 1, un nouvel État qui passe outre à ses obligations légitimes découlant de sa situation antérieure peut s'attendre à ce que le mépris de ces obligations lui nuise dans l'obtention de la reconnaissance internationale, à tout le moins quant au moment de la reconnaissance. Par contre, le respect par la province sécessioniste de ces obligations légitimes jouerait en faveur de sa reconnaissance internationale. L'idée selon laquelle ce qui n'est pas explicitement interdit est implicitement permis a peu de pertinence dans les cas (comme celui qui nous occupe) où le droit international renvoie au droit interne de l'État sécessioniste pour la détermination de la légalité de la sécession, et où le droit de cet État considère inconstitutionnelle la sécession unilatérale.

144. En tant que cour de justice, nous ne connaissons ultimement que des demandes fondées sur le droit. Si le principe de l'«effectivité» repose sur la seule affirmation selon laquelle une [TRADUCTION] «révolution réussie engendre sa propre légalité» (S. A. de Smith, «Constitutional Lawyers in Revolutionary Situations» (1968), 7 *West. Ont. L. Rev.* 93, à la p. 96), cela signifie nécessairement que la légalité ne précède pas mais qu'elle suit une révolution réussie. Par hypothèse, la révolution réussie s'est produite en dehors du cadre constitutionnel de l'État précédent, car autrement elle ne pourrait être qualifiée de «révolution». Il se peut qu'un acte de sécession unilatérale par le Québec se voie éventuellement accorder un statut juridique par le Canada et par d'autres États, et qu'il entraîne, de ce fait, des conséquences juridiques. Toutefois, cela n'étaye pas la prétention plus radicale voulant que la

reconnaissance d'un état de fait créé par une déclaration unilatérale d'indépendance signifierait que la sécession a été réalisée sous le couvert d'un droit juridique. […]

C. *Question 3*

Lequel du droit interne ou du droit international aurait préséance au Canada dans l'éventualité d'un conflit entre eux quant au droit de l'Assemblée nationale, de la législature ou du gouvernement du Québec de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

147. À la lumière des réponses que nous avons données aux questions 1 et 2, il n'existe, entre le droit interne et le droit international, aucun conflit à examiner dans le présent renvoi.

IV. Sommaire des conclusions

148. Comme nous l'avons indiqué au début, nous étions appelés, dans le présent renvoi, à examiner des questions d'une extrême importance, qui touchent au c{oe}ur même de notre système de gouvernement constitutionnel. Nous avons souligné que la Constitution n'est pas uniquement un texte écrit. Elle englobe tout le système des règles et principes qui régissent l'exercice du pouvoir constitutionnel. Une lecture superficielle de certaines dispositions spécifiques du texte de la Constitution, sans plus, pourrait induire en erreur. Il faut faire un examen plus approfondi des principes sous-jacents qui animent l'ensemble de notre Constitution, dont le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des minorités. Ces principes doivent guider notre appréciation globale des droits et obligations constitutionnels qui entreraient en jeu si une majorité claire de Québécois, en réponse à une question claire, votaient pour la sécession.

149. Le renvoi nous demande de déterminer si le Québec a le droit de faire sécession unilatéralement. Ceux qui soutiennent l'existence d'un tel droit fondent leur prétention d'abord et avant tout sur le principe de la démocratie. La démocratie, toutefois, signifie davantage que la simple règle de la majorité. Comme en témoigne notre jurisprudence constitutionnelle, la démocratie existe dans le contexte plus large d'autres valeurs constitutionnelles telles celles déjà mentionnées. Pendant les 131 années de la Confédération, les habitants des provinces et territoires ont noué d'étroits liens d'interdépendance (économique, sociale, politique et culturelle) basés sur des valeurs communes qui comprennent le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, ainsi que le respect des minorités. Une décision démocratique des Québécois en faveur de la sécession compromettrait ces liens. La Constitution assure l'ordre et la stabilité et, en conséquence, la sécession d'une province ne peut être réalisée unilatéralement «en vertu de la Constitution», c'est-à-dire sans négociations fondées sur des principes, avec les autres participants à la Confédération, dans le cadre constitutionnel existant.

150. La Constitution n'est pas un carcan. Un rappel, même bref, de notre histoire constitutionnelle révèle des périodes de changements marquants et extrêmement profonds. Nos institutions démocratiques permettent nécessairement un processus continu de discussion et d'évolution, comme en témoigne le droit reconnu par la Constitution à chacun des participants à la fédération de prendre l'initiative de modifications constitutionnelles. Ce droit emporte l'obligation réciproque des autres participants d'engager des discussions sur tout projet légitime de modification de l'ordre constitutionnel. Même s'il est vrai que certaines tentatives de modification de la Constitution ont échoué au cours des dernières années, 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.

151. Le Québec ne pourrait, malgré un résultat référendaire clair, invoquer un droit à l'autodétermination pour dicter aux autres parties à la fédération les conditions d'un projet de sécession. Le vote démocratique, quelle que soit l'ampleur de la majorité, n'aurait en soi aucun effet juridique et ne pourrait écarter les principes du fédéralisme et de la primauté du droit, les droits de la personne et des minorités, non plus que le fonctionnement de la démocratie dans les autres provinces ou dans l'ensemble du Canada. Les droits démocratiques fondés sur la Constitution ne peuvent être dissociés des obligations constitutionnelles. La proposition inverse n'est pas acceptable non plus. L'ordre constitutionnel canadien existant ne pourrait pas demeurer indifférent devant l'expression claire, par une majorité claire de Québécois, de leur volonté de ne plus faire partie du Canada. Les autres provinces et le gouvernement fédéral n'auraient aucune raison valable de nier au gouvernement du Québec le droit de chercher à réaliser la sécession, si une majorité claire de la population du Québec choisissait cette voie, tant et aussi longtemps que, dans cette poursuite, le Québec respecterait les droits des autres. Les négociations qui suivraient un tel vote porteraient sur l'acte potentiel de sécession et sur ses conditions éventuelles si elle devait effectivement être réalisée. Il n'y aurait aucune conclusion prédéterminée en droit sur quelque aspect que ce soit. Les négociations devraient traiter des intérêts des autres provinces, du gouvernement fédéral, du Québec et, en fait, des droits de tous les Canadiens à l'intérieur et à l'extérieur du Québec, et plus particulièrement des droits des minorités. Il va sans dire que de telles négociations ne seraient pas aisées.

152. Le processus de négociation exigerait la conciliation de divers droits et obligations par voie de négociation entre deux majorités légitimes, soit la majorité de la population du Québec et celle de l'ensemble du Canada. Une majorité politique, à l'un ou l'autre niveau, qui n'agirait pas en accord avec les principes sous-jacents de la Constitution que nous avons mentionnés mettrait en péril la légitimité de l'exercice de ses droits et ultimement l'acceptation du résultat par la communauté internationale.

153. La tâche de la Cour était de clarifier le cadre juridique dans lequel des décisions politiques doivent être prises «en vertu de la Constitution», et non d'usurper les prérogatives des forces politiques qui agissent à l'intérieur de ce cadre. Les obligations que nous avons dégagées sont des obligations impératives en vertu de la Constitution du Canada. Toutefois, il reviendra aux acteurs politiques de déterminer en quoi consiste «une majorité claire en réponse à une question claire», suivant les circonstances dans lesquelles un futur référendum pourrait être tenu. De même, si un appui majoritaire était exprimé en faveur de la sécession du Québec, il incomberait aux acteurs politiques de déterminer le contenu des négociations et le processus à suivre. La conciliation des divers intérêts constitutionnels légitimes relève nécessairement du domaine politique plutôt que du domaine judiciaire, précisément parce que cette conciliation ne peut être réalisée que par le jeu des concessions réciproques qui caractérise les négociations politiques. Dans la mesure où les questions abordées au cours des négociations seraient politiques, les tribunaux, conscients du rôle qui leur revient dans le régime constitutionnel, n'auraient aucun rôle de surveillance à jouer.

154. Nous nous sommes également demandés s'il existe, en vertu du droit international, un droit de sécession dans les circonstances envisagées par la question 1, c'est-à-dire une expression démocratique claire en faveur de la sécession du Québec, en réponse à une question claire. Certains de ceux qui apportent une réponse affirmative se fondent sur le droit reconnu à l'autodétermination qui appartient à tous les «peuples». Même s'il est certain que la majeure partie de la population du Québec partage bon nombre des traits qui caractérisent un peuple, il n'est pas nécessaire de trancher la question de l'existence d'un «peuple», quelle que soit la réponse exacte à cette question dans le contexte du Québec, puisqu'un droit de sécession ne prend naissance en vertu du principe de l'autodétermination des peuples en droit international que dans le cas d'«un peuple» gouverné en tant que partie d'un empire colonial, dans le cas

d'«un peuple» soumis à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation étrangères, et aussi, peut-être, dans le cas d'«un peuple» empêché d'exercer utilement son droit à l'autodétermination à l'intérieur de l'État dont il fait partie. Dans les autres circonstances, les peuples sont censés réaliser leur autodétermination dans le cadre de l'État existant auquel ils appartiennent. Un État dont le gouvernement représente l'ensemble du peuple ou des peuples résidant sur son territoire, dans l'égalité et sans discrimination, et qui respecte les principes de l'autodétermination dans ses arrangements internes, a droit au maintien de son intégrité territoriale en vertu du droit international et à la reconnaissance de cette intégrité territoriale par les autres États. Le Québec ne constitue pas un peuple colonisé ou opprimé, et on ne peut pas prétendre non plus que les Québécois se voient refuser un accès réel au gouvernement pour assurer leur développement politique, économique, culturel et social. Dans ces circonstances, l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec ne possèdent pas, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada.

155, Même s'il n'existe pas de droit de sécession unilatérale en vertu de la Constitution ou du droit international, c'est-à-dire un droit de faire sécession sans négociation sur les fondements qui viennent d'être examinés, cela n'écarte pas la possibilité d'une déclaration inconstitutionnelle de sécession conduisant à une sécession *de facto*. Le succès ultime d'une telle sécession dépendrait de sa reconnaissance par la communauté internationale qui, pour décider d'accorder ou non cette reconnaissance, prendrait vraisemblablement en considération la légalité et la légitimité de la sécession eu égard, notamment, à la conduite du Québec et du Canada. Même si elle était accordée, une telle reconnaissance ne fournirait toutefois aucune justification rétroactive à l'acte de sécession, en vertu de la Constitution ou du droit international.

Les questions du renvoi reçoivent des réponses en conséquence.

DOCUMENT N^{O} 45

HENDERSON c. PROCUREUR GÉNÉRALE DU QUÉBEC (2018)

(Cour supérieure du Québec)

(Extraits)

Date d'adoption : 27 juin 2018
Source documentaire officielle : 2018 QCCS 1586

1. L'APERÇU

[1] Le 30 octobre 1995, 49.42 % des Québécois invités aux urnes dans le cadre d'un référendum portant sur l'avenir du Québec votent en faveur d'une démarche visant à ce que la province se sépare du reste du Canada[1].

[2] Bien qu'insuffisant pour donner suite à la mise en œuvre de la deuxième phase d'un tel projet, dans l'hypothèse où la majorité des votes, c'est-à-dire 50 % plus un, avait été obtenue, ce résultat ébranle tout de même le gouvernement fédéral[2] et provoque de l'incertitude politique, un peu partout au Canada[3].

[3] En septembre 1996, le gouvernement fédéral juge pertinent d'obtenir l'avis de la Cour suprême sur la légalité d'une éventuelle démarche souverainiste de la part des québécois et soumet trois questions à la Cour dans ce qui deviendra le célèbre *Renvoi sur la sécession du Québec*[4].

[4] Le 20 août 1998, la Cour suprême livre le fruit de sa réflexion dans un *Avis consultatif* [5].

[5] Dans cet *Avis*, la Cour juge nécessaire de préciser ce qu'elle entend par le mot « sécession », étant donné qu'il se trouve au centre des questions posées. Elle le définit ainsi :

> 86. Le caractère « unilatéral » de l'acte est de première importance, et il faut bien comprendre le sens donné à ce mot. Dans un sens, toute démarche faite par un acteur unique sur le plan constitutionnel en vue de parvenir à une modification de la Constitution est « unilatérale ». Nous ne pensons pas que tel soit le sens visé dans la question 1, ni le sens donné dans les arguments présentés devant nous. Ce qui est revendiqué comme droit de faire « unilatéralement » sécession est plutôt le droit de procéder à la sécession **sans négociations préalables avec les autres provinces et le gouvernement fédéral**. Ce n'est pas la légalité de la démarche initiale qui est en cause ici, mais la légalité de l'acte final de sécession unilatérale envisagée. **Le fondement juridique d'un tel acte serait une volonté démocratique clairement exprimée par un référendum dans la province de Québec.** Cet argument nous amène à examiner l'impact juridique que pourrait avoir un tel référendum sur le fonctionnement de notre Constitution et sur la légalité alléguée d'un acte unilatéral de sécession. (*Nos soulignements et emphase*)

[6] La procédure référendaire étant au cœur des préoccupations du fédéral, la Cour aborde deux sujets sans toutefois aller trop loin, pour des raisons qu'elle explique en détail : 1) la détermination de ce que serait une question claire et une majorité claire lors d'un éventuel référendum, 2) si la population du Québec constitue un peuple au sens du droit international.

[7] Après avoir élaboré sur la clarté de la question et celle du résultat du vote sur cette question, la Cour énonce qu'à à la première étape du processus, ce sujet relève des acteurs politiques et non de pouvoir judiciaire.

[8] Sur l'existence d'un ou de peuples québécois, après avoir énoncé que peu de précisions sont apportées à la définition du mot *peuple* et que le sens de ce mot reste « assez incertain », La Cour ajoute toutefois que c'est aux peuples, une fois qualifiés comme tels, que le droit international accorde le droit à l'autodétermination[6]. Mais comme elle ne considère pas nécessaire de se prononcer sur la qualité de peuple de la population résidant au Québec pour disposer des questions posées par le *Renvoi*, elle ne se prononce pas sur ce sujet.

[9] Une fois les tenants et aboutissants de l'*Avis consultatif* de 1998 bien décantés, ils ne laissent aucun acteur politique indifférent.

[10] Le plus vite à réagir sur le plan juridique est le gouvernement fédéral; il décide d'adopter une loi portant sur différents paramètres en lien avec la tenue de référendums.

[11] L'*Avis consultatif* venait de donner naissance au projet de loi intitulé *Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du* Québec[7], dont le titre abrégé est *Loi de clarification,* communément appelée *Loi C-20*.

[12] Lorsque les parlementaires québécois apprennent l'existence de ce projet de *Loi C-20* et en découvrent le contenu, ils dénoncent vertement cette initiative du gouvernement fédéral, qu'ils considèrent être une intrusion illégale dans les affaires du Québec.

[13] En plus du sentiment d'invasion, les parlementaires québécois perçoivent que le projet de *Loi C-20* fait fi du droit du *peuple québécois* à l'autodétermination ainsi que du droit de ses institutions de mettre en œuvre ce droit fondamental, que la Cour suprême vient tout juste de confirmer, selon leur compréhension de l'*Avis consultatif*.

[14] La série de règles que le gouvernement fédéral croit alors pouvoir imposer au Québec au moyen de la *Loi C-20* leur donne également l'impression que le fédéral se cherche une porte de sortie pour éluder les négociations obligatoires que la Cour suprême vient de reconnaître comme étant la résultante d'un vote en faveur d'une sécession

[15] Ils jugent donc unanimement que l'attaque perpétrée par la *Loi C-20* mérite une réponse immédiate et ferme, et cherchent alors le bon moyen de faire comprendre au fédéral et aux autres membres de la fédération canadienne que le peuple québécois et ses institutions ont toujours été, sont, et seront toujours les seuls à décider de leur avenir, que personne ne viendra s'ingérer dans l'exercice de leur souveraineté en leur dictant de l'extérieur et à l'avance le contenu des questions référendaires qui pourrait être acceptable, ni leur enseigner comment compter les votes pour interpréter le résultat d'un futur référendum sur ce sujet délicat.

[16] S'il y a consensus sur l'importance de réagir et sur le contenu du message à transmettre, les parlementaires ne s'entendent toutefois pas sur la manière la plus efficace de le passer.

[17] Certains sont alors d'avis que la gravité de l'atteinte nécessite une réponse du même type que l'arme utilisée pour l'attaque, donc une loi. Ils croient qu'une loi serait plus à même de rassurer les Québécois sur leurs droits qu'une déclaration solennelle, dans l'hypothèse où surgissent des difficultés lors d'un futur référendum et qu'il soit nécessaire d'avoir recours aux tribunaux[8].

[18] D'autres soutiennent qu'une résolution unanime ou une déclaration solennelle de l'Assemblée nationale, votée à l'unanimité, est amplement suffisante. Ils insistent sur la nécessité de maintenir le débat dans l'enceinte politique, pour ne pas risquer d'affaiblir le contenu et la portée des principes énoncés, dans l'hypothèse où la loi qui les enchâsse soit remise en cause devant une cour de justice[9].

[19] Les détracteurs du véhicule législatif sont probablement encore échaudés par leur expérience avec l'avant-projet de *Loi sur la souveraineté du Québec*[10] ainsi qu'avec celle du projet de loi nº 1, intitulé *Loi sur l'avenir du Québec*[11], le dernier ayant été qualifié comme constituant une « menace grave aux droits et libertés » du citoyen Guy Bertrand et diverses injonctions visant à en limiter les effets ayant été émises par notre Cour, en 1995[12].

[20] Mais les fervents d'une loi l'emportent, puisqu'ils détiennent la majorité à l'Assemblée nationale.

[21] C'est donc dans ce terreau fertile que naît, en décembre 2000, alors que le gouvernement péquiste de Lucien Bouchard est au pouvoir, la *Loi 99*, qui porte le titre de *Loi sur l'exercice des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*[13], communément appelée « *Loi 99* »[14], ou « *Loi Facal* », du nom du ministre provincial des Affaires intergouvernementales canadiennes de l'époque qui l'a proposée, et présentée devant l'Assemblée nationale[15].

[22] Si elle suscite de nombreuses réactions politiques ainsi que médiatiques, les heures de gloire de cette *Loi* sont de bien courte durée, car quelques mois à peine après son entrée en vigueur, le requérant Henderson et le Parti égalité mettent à exécution la menace qui planait au-dessus d'elle depuis ses premiers balbutiements.

[23] En mai 2001, ils déposent une demande de jugement déclaratoire qui remet en cause la constitutionnalité de 6 de ses 14 articles[16].

[24] Ainsi, la boutade lancée par Me Brent Tyler au ministre Facal, le 29 mars 2000, « *we'll see you in court* », aura donc été prémonitoire, et le vœu du requérant, formulé lors de ses représentations devant la Commission parlementaire, qu'une « institution sérieuse » se prononce un jour sur la légalité de la *Loi* [17], est exaucé dans ce jugement.

[25] Dix-huit ans après l'adoption de la *Loi 99*, celle-ci connaît maintenant sa première sentence, après que le dossier judiciaire ait à deux reprises fait un détour obligé devant la Cour d'appel pour limiter le contenu du débat à ce qui était justiciable et que les parties intéressées se soient vues reconnaître le droit de présenter leurs observations.

[26] Tous ceux qui prédisaient un bien sombre avenir à la *Loi 99* sauront s'ils ont eu raison de s'opposer à ce que les principes qu'elle contient se retrouvent dans une loi et s'il aurait été plus judicieux de les enchâsser au creux du nid douillet d'une déclaration solennelle, ou si la voie choisie par le gouvernement de l'époque était la

bonne parce qu'elle respecte le partage des compétences prévu dans la *Constitution* entre les différents paliers de gouvernement tout en ayant une portée plus officielle.

[27] Les mots « peuple », « peuple fondateur », « société distincte »[18], « nation », « État national», « État du Québec », « souveraineté » et « sécession »reviennent donc soulever la passion des souverainistes et hanter les fédéralistes, mais ailleurs que dans l'enceinte politique de l'Assemblée nationale, pour se retrouver, cette fois, aux premières loges de l'enceinte judiciaire.

[28] Il est donc ici question de déterminer si la *Loi 99* permet au Québec de s'autoproclamer État indépendant et de se séparer du reste du Canada sans négocier au préalable sa sortie, ce qui serait inconstitutionnel, ou si le contenu de cette *Loi* vise un autre but, soit faire le point sur les droits et prérogatives du peuple québécois et de ses institutions, ce qui relèverait de ses pouvoirs de gestion interne et respecterait à la fois la *Constitution* et la *Charte des droits et libertés*.

[29] Ce jugement dispose ainsi de la première manche de la joute constitutionnelle amorcée par le citoyen Henderson et le Parti égalité et permet de savoir si le Québec a enrichi son corpus législatif d'un outil valable pour faire face à la *Loi fédérale sur la clarté*, dans l'éventualité d'un futur référendum sur l'avenir du Québec, ou si le Québec pourra se servir de cette *Loi* pour « écrire lui aussi son nom dans le grand livre de l'histoire des peuples »[19], donc si elle lui permet de déclarer unilatéralement son indépendance, sans autre formalité, de sorte que l'Assemblée nationale aurait commis « une erreur historique grave » en livrant les droits politiques du peuple québécois « en pâture » à ceux qui annonçaient déjà la contestation dont nous disposons[20].

[30] Le vœu du citoyen Henderson sera certes exaucé, mais malheureusement pour lui, probablement pas dans le sens qu'il souhaitait.

[31] En effet, après avoir fait l'étude du texte de la *Loi 99*, du contexte dans lequel elle a été adoptée, et ce, à la lumière des lois constitutionnelles pertinentes et des principes d'interprétation applicables, le Tribunal arrive à la conclusion que tous les articles de la *Loi 99* passent le test du contrôle judiciaire et qu'elle respecte à la fois la *Constitution* et la *Charte canadienne*.

[32] Espérons que malgré cette conclusion, le citoyen Henderson saura trouver un certain réconfort en ce qui a trait à la suite des choses dans les pages qui suivent, dans l'éventualité où l'option souverainiste recueille la faveur populaire lors d'un futur référendum sur l'avenir du Québec. […]

ÉTUDE DE LA LOI 99

Présentation générale et structure

[300] Étant donné que la *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*[137] est assez courte, et que l'étude ne peut porter que sur les seules dispositions contestées, il est essentiel d'en citer le texte entier :

> CONSIDÉRANT que le peuple québécois, majoritairement de langue française, possède des caractéristiques propres et témoigne d'une continuité historique enracinée dans son territoire sur lequel il exerce ses droits par l'entremise d'un État national moderne doté d'un gouvernement, d'une assemblée nationale et de tribunaux indépendants et impartiaux;
>
> CONSIDÉRANT que l'État du Québec est fondé sur des assises constitutionnelles qu'il a enrichies au cours des ans par l'adoption de plusieurs lois fondamentales et par la création d'institutions démocratiques qui lui sont propres;
>
> CONSIDÉRANT l'entrée du Québec dans la fédération canadienne en 1867;
>
> CONSIDÉRANT l'engagement résolu du Québec à respecter les droits et libertés de la personne;

CONSIDÉRANT l'existence au sein du Québec des nations abénaquise, algonquine, attikamek, crie, huronne, innue, malécite, micmaque, mohawk, naskapi et inuit et les principes associés à cette reconnaissance énoncés dans la résolution du 20 mars 1985 de l'Assemblée nationale, notamment leur droit à l'autonomie au sein du Québec;

CONSIDÉRANT l'existence d'une communauté québécoise d'expression anglaise jouissant de droits consacrés;

CONSIDÉRANT que le Québec reconnaît l'apport des Québécoises et des Québécois de toute origine à son développement;

CONSIDÉRANT que l'Assemblée nationale est composée de députés élus au suffrage universel par le peuple québécois et qu'elle tient sa légitimité de ce peuple dont elle constitue le seul organe législatif qui lui soit propre;

CONSIDÉRANT qu'il incombe à l'Assemblée nationale, en tant que dépositaire des droits et des pouvoirs historiques et inaliénables du peuple québécois, de le défendre contre toute tentative de l'en spolier ou d'y porter atteinte;

CONSIDÉRANT que l'Assemblée nationale n'a pas adhéré à la Loi constitutionnelle de 1982, adoptée malgré son opposition;

CONSIDÉRANT que le Québec fait face à une politique du gouvernement fédéral visant à remettre en cause la légitimité, l'intégrité et le bon fonctionnement de ses institutions démocratiques nationales, notamment par l'adoption et la proclamation de la Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec (Lois du Canada, 2000, chapitre 26);

CONSIDÉRANT qu'il y a lieu de réaffirmer le principe fondamental en vertu duquel le peuple québécois est libre d'assumer son propre destin, de déterminer son statut politique et d'assurer son développement économique, social et culturel;

CONSIDÉRANT que, par le passé, ce principe a trouvé à plusieurs reprises application, plus particulièrement lors des référendums tenus en 1980, 1992 et 1995;

CONSIDÉRANT l'avis consultatif rendu par la Cour suprême du Canada le 20 août 1998 et la reconnaissance par le gouvernement du Québec de son importance politique;

CONSIDÉRANT qu'il est nécessaire de réaffirmer les acquis collectifs du peuple québécois, les responsabilités de l'État du Québec ainsi que les droits et les prérogatives de l'Assemblée nationale à l'égard de toute question relative à l'avenir de ce peuple;

LE PARLEMENT DU QUÉBEC DÉCRÈTE CE QUI SUIT:

CHAPITRE I

DU PEUPLE QUÉBÉCOIS

1. Le peuple québécois peut, en fait et en droit, disposer de lui-même. Il est titulaire des droits universellement reconnus en vertu du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes.

2. Le peuple québécois a le droit inaliénable de choisir librement le régime politique et le statut juridique du Québec.

3. Le peuple québécois détermine seul, par l'entremise des institutions politiques qui lui appartiennent en propre, les modalités de l'exercice de son droit de choisir le régime politique et le statut juridique du Québec.

Toute condition ou modalité d'exercice de ce droit, notamment la consultation du peuple québécois par un référendum, n'a d'effet que si elle est déterminée suivant le premier alinéa.

> **4.** Lorsque le peuple québécois est consulté par un référendum tenu en vertu de la Loi sur la consultation populaire (chapitre C-64.1), l'option gagnante est celle qui obtient la majorité des votes déclarés valides, soit 50% de ces votes plus un vote. […]
>
> **5.** L'État du Québec tient sa légitimité de la volonté du peuple qui habite son territoire.
>
> Cette volonté s'exprime par l'élection au suffrage universel de députés à l'Assemblée nationale, à vote égal et au scrutin secret en vertu de la Loi électorale (chapitre E-3.3) ou lors de référendums tenus en vertu de la Loi sur la consultation populaire (chapitre C-64.1).
>
> La qualité d'électeur est établie selon les dispositions de la Loi électorale. […]
>
> **13.** Aucun autre parlement ou gouvernement ne peut réduire les pouvoirs, l'autorité, la souveraineté et la légitimité de l'Assemblée nationale ni contraindre la volonté démocratique du peuple québécois à disposer lui-même de son avenir. …

6. LES CONCLUSIONS GÉNÉRALES

[549] Bien que la *Loi 99* ne bénéficie pas comme tel du statut de loi supra-législative, contrairement au choix effectué par le législateur québécois lorsqu'il a adopté la *Charte des droits et libertés de la personne*, nous sommes d'opinion que la matière qu'elle contient porte sur des principes fondamentaux se situant au cœur du système démocratique qui a toujours prévalu au Québec, que ce soit avant et depuis l'avènement de la *Confédération*.

[550] Même si la *Loi 99* n'est en fait qu'une loi *ordinaire*, en langage juridique, elle ne revêt toutefois ce qualificatif que par souci de précision et cela ne lui fait pas perdre le caractère de loi fondamentale qui doit lui être décerné à la fin de cet exercice d'interprétation.

[551] Son titre, *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*, est l'indice le plus important pour confirmer l'intention du législateur d'en faire une loi particulière et fondamentale.

[552] Ce que l'on y retrouve est si profond, par rapport au fonctionnement interne du Québec, que l'on s'attendrait à retrouver la matière sur laquelle elle porte dans un document juridique formel portant le titre de Constitution interne ou de Constitution intra-étatique, pour éviter toute ambiguïté, puisqu'elle ne régit que l'un des membres de la fédération canadienne, cette dernière étant pour sa part régie par la *Constitution* et la *Charte*.

[553] Ce type de législation et de dispositions se retrouvent ailleurs, dans d'autres états membres de fédérations. Toutes les expertises produites confirment cette réalité ainsi qu'une telle manière de faire. Il n'y a donc rien de complètement inusité dans le fait d'avoir choisi de se doter de la *Loi 99*.

[554] Mais si la matière visée dans la *Loi 99* est si fondamentale, pourquoi n'a-t-elle été adoptée qu'en décembre 2000, alors que le Québec bénéficie du statut de province depuis 1867?

[555] Voilà une bonne question, à laquelle le contexte historique et politique dont nous avons largement fait état dans la première section du jugement, ainsi qu'à divers autres endroits jugés opportuns au cours de l'étude des dispositions de la *Loi*, apportent des réponses pertinentes.

[556] Après avoir analysé et décrit en détail tout ce matériel extrinsèque, la conclusion qui s'impose est qu'à ce moment précis de l'histoire, le dossier relatif à l'avenir du Québec dans la fédération canadienne avait atteint un point culminant par l'effet combiné des réponses fournies par la Cour suprême aux questions posées par le gouvernement fédéral sur la légitimité du projet souverainiste du Québec et de la réaction législative quasi immédiate du fédéral qui a suivi ces énoncés.

[557] Cette réaction s'est traduite par l'adoption de la *Loi C-20*, car il y avait lieu de remettre les pendules à l'heure sur ce que le fédéral semblait avoir retenu des propos de la Cour suprême, afin de lui faire comprendre que cette interprétation de l'*Avis consultatif* ne trouvait aucun écho favorable au sein du gouvernement provincial.

[558] Les conclusions de la Cour suprême sur l'impact qu'aurait un éventuel vote québécois en faveur de la sécession sur le reste du Canada, en ce que tous les membres de la fédération devraient alors s'assoir pour négocier et, qu'à défaut de le faire sérieusement, la communauté internationale puisse alors tirer ses propres conclusions avec les conséquences que cela pourrait générer sur la reconnaissance du Québec comme État indépendant à travers le monde, dans le cas où le fédéral ou les provinces soient jugés de mauvaise foi, a provoqué des réactions à tous les paliers gouvernementaux.

[559] Si l'on se fie aux propos mis en preuve, le gouvernement québécois s'est réjoui de cet *Avis consultatif*, alors que le gouvernement fédéral a tout de suite voulu faire connaître ses vues sur la façon de gérer une éventuelle démarche référendaire, en se dotant de la *Loi C-20*.

[560] Le contenu de cette *Loi* a fait bondir les parlementaires québécois, qui y ont tout de suite vu une tentative illégale d'intervention dans la gestion interne des affaires propres à la population du Québec, et une action forte s'imposait afin de remettre le fédéral à sa place.

[561] Cela passait par lui rappeler, noir sur blanc, dans une loi, que le rôle de chacun des acteurs de la fédération est bien défini, qu'il doit tenir pour acquis que la population québécoise pourra toujours initier une démarche sécessionniste, si elle le souhaite, et qu'advenant qu'elle le fasse, qu'elle est assez grande pour le faire seule, sans se faire dicter comment par lui, sous réserve que les institutions qui la représentent agissent conformément aux obligations constitutionnelles qui lient le Québec, comme toute autres province, telles que réitérées par la Cour suprême.

[562] Ce que l'on retrouve dans les articles que le requérant conteste est très bien résumé dans la note explicative qui accompagne la *Loi 99,* les titres de ses chapitres l'annoncent assez clairement, le contenu des quinze considérants campe très bien le contexte qui y donne naissance, et le choix des mots consacre le tout de manière non équivoque.

[563] Selon ce qui ressort des débats de l'époque, les parlementaires croient donc que le temps est venu d'ajuster le tir et d'envoyer un coup de semonce pour faire battre le fédéral en retraite en ralentissant ses ardeurs, l'arme prédestinée pour accomplir ce dessein ayant finalement pris la forme d'une loi, la *Loi 99,* plutôt que celle d'une déclaration solennelle.

[564] Il était donc jugé impératif de remettre les pendules à l'heure au sujet des droits, privilèges, principes fondamentaux du *peuple québécois* et de ses institutions, ainsi qu'en ce qui a trait au rôle de chacun au sein de la province tout comme membre autonome et égal de la fédération, la Cour suprême ayant reconnu à chacun des participants à cette fédération un statut égal, de sorte que le fédéral pouvait dorénavant s'abstenir de jouer au grand frère avec le Québec[186].

[565] Cette loi visait donc à réitérer des principes déjà existants, se trouvant dans diverses lois québécoises, pour certains, et, pour d'autres, au cœur même du système politique québécois et canadien, lesquels reposent sur le principe d'une société démocratique, et elle visait aussi à regrouper ces droits et principes au sein d'un seul instrument unique et fort dont le but ultime était de transmettre le message que nous paraphrasons par le slogan « Maîtres chez nous ».

[566] Rien dans toute cette preuve extrinsèque ne modifie la conclusion à laquelle le Tribunal en arrive après avoir fait l'étude détaillée de la preuve intrinsèque, laquelle, rappelons-le, ne nous a pas permis de faire dire aux mots utilisés dans la *Loi 99* autre chose que ce que leur sens ordinaire indique.

[567] Il est vrai que les expressions « peuple québécois » « État québécois » « État national » sont fortes et qu'elles pourraient à la limite pointer vers une éventuelle sécession, mais ce n'est pas ce que la *Loi 99* leur fait dire à aucun endroit dans les articles contestés, ni ailleurs dans le reste de la *Loi*.

[568] Le fait que le législateur n'ait pas inclus les mots dramatiques « sécession », « unilatérale », « sans négociations préalables » n'est pas un oubli insignifiant, au contraire, car il sait tout à fait ce dont il parle et qu'il connaît le sens des mots mieux que quiconque.

[569] S'il a choisi de ne pas utiliser les mots clés qui auraient permis au requérant d'avoir gain de cause, il faut en tirer une inférence.

[570] Cela génère des effets sur les conclusions générales que nous retenons de tout cet exercice.

[571] Nous ne retrouvons également rien dans la *Loi 99* qui aille à l'encontre des énoncés contenus dans l'*Avis consultatif* de la Cour suprême sur la Sécession du Québec, rendu en 1998, pouvant laisser entendre que le Québec n'entend pas négocier sa sortie si un vote favorable intervient en faveur de la sécession.

[572] Également, nous ne voyons rien dans la *Loi 99* qui puisse mener à l'anarchie ni à la révolution, comme le craint le requérant, qui se dit fatigué de cette menace qui plane depuis trop longtemps sur l'avenir du Québec[187].

[573] En adoptant la *Loi 99*, le législateur souhaitait-il clarifier une quelconque ambiguïté[188] sur le rôle joué par tous les acteurs visés par le contenu de cette *Loi*?

[574] Nous sommes d'avis que non.

[575] Selon nous, le rôle joué par chacun dans l'histoire de la fédération canadienne n'a jamais été source d'ambiguïté.

[576] Personne n'a mis en doute que la population québécoise a toujours élu ses représentants, que lesdits représentants tiennent leur légitimité du fait que la population remet le pouvoir entre leurs mains, que les élus sont ceux qui font avancer les affaires de la province et qu'ils représentent l'autorité légitime pour toutes les causes que la population leur demande de défendre.

[577] Était-ce alors dans un but prospectif, en vue d'une éventuelle démarche portant sur la détermination de l'avenir du Québec?

[578] Nous ne le croyons pas. Et ce qui est essentiel, pour disposer du litige, c'est que l'Assemblée nationale détenait la compétence constitutionnelle requise pour adopter tous les articles de la *Loi 99*.

[579] Après ce long exercice, le caractère véritable de la *Loi 99*, c'est-à-dire le ou les objectifs qu'elle cherche à accomplir, ne révèle rien de tordu, de caché, de malsain, ni d'illégal, de sorte qu'aucune intervention de la Cour supérieure du Québec n'est requise.

[580] Au contraire, dès la première occasion, les parlementaires jouent visière levée et expriment sans ambages ce qu'ils cherchent à accomplir en adoptant cette *Loi*. Ce qu'ils déclarent tout au long du processus est cohérent et non contradictoire, et ce qu'ils réalisent en adoptant cette *Loi*, le 7 décembre 2000, ne témoigne que d'une manifestation de la souveraineté interne du Québec, conforme à la compétence dévolue à ce dernier dans la *Constitution*.

[581] Aucune atteinte à la *Charte* n'a été commise.

[582] Advenant que le gouvernement québécois s'impatiente et que les négociations se retrouvent dans un cul de sac lors de la tentative visant à mettre en œuvre un vote favorable à la sécession, se pourrait-il que les effets directs ou indirects des articles contestés de la *Loi 99* puissent servir de tremplin pour légitimer les séparatistes de

réaliser de sombres desseins pouvant donner lieu à une déclaration d'indépendance unilatérale entraînant le chaos, comme le craint le requérant, un peu comme semblait le laisser entendre le projet de *Loi sur l'avenir du Québec*, mort au feuilleton, que la Cour supérieure a jadis considéré comme constituant une « menace grave » pour les droits de citoyens québécois?

[583] Nous sommes d'avis que la réponse à cette question est non.

[584] Il est vrai qu'il faut regarder à la fois les effets juridiques et pratiques d'une loi en débutant l'étude par ses effets directs et en terminant par ceux qui sont secondaires[189].

[585] Mais en l'espèce, rien dans les effets directs ou secondaires, juridiques ou pratiques de la *Loi 99* ne permet de conclure que les articles contestés violent ou permettraient de violer la *Constitution* ou la *Charte* si le sombre scénario allégué devait se produire.

[586] Dans un tel cas, ce n'est pas par les effets non souhaités de la *Loi 99* qu'une réponse serait apportée, mais au moyen de ce que la Cour suprême énonce au paragraphe 153 du *Renvoi*, qu'il nous faut de nouveau reproduire :

> 153. La tâche de la Cour était de clarifier le cadre juridique dans lequel des décisions politiques doivent être prises «en vertu de la Constitution», et non d'usurper les prérogatives des forces politiques qui agissent à l'intérieur de ce cadre. Les obligations que nous avons dégagées sont des obligations impératives en vertu de la Constitution du Canada. Toutefois, il reviendra aux acteurs politiques de déterminer en quoi consiste «une majorité claire en réponse à une question claire», suivant les circonstances dans lesquelles un futur référendum pourrait être tenu. De même, si un appui majoritaire était exprimé en faveur de la sécession du Québec, il incomberait aux acteurs politiques de déterminer le contenu des négociations et le processus à suivre. La conciliation des divers intérêts constitutionnels légitimes relève nécessairement du domaine politique plutôt que du domaine judiciaire, précisément parce que cette conciliation ne peut être réalisée que par le jeu des concessions réciproques qui caractérise les négociations politiques. **Dans la mesure où les questions abordées au cours des négociations seraient politiques, les tribunaux, conscients du rôle qui leur revient dans le régime constitutionnel, n'auraient aucun rôle de surveillance à jouer**[190].
>
> (*Nos soulignements et notre emphase*)

[587] Il ne nous revient donc pas d'aller plus loin sur les spéculations ayant comme prémisse l'échec de négociations entreprises à l'issue d'un référendum favorable à la sécession du Québec.

[588] Et suivant les règles énoncées précédemment sur les limites de l'intervention judiciaire dans un tel cas, nous concluons qu'il est inapproprié de discuter de tout ce qui concerne la clarté de la question et les modalités du vote requis pour enclencher une nouvelle ronde de démarches sécessionnistes.

[589] En effet, il n'est pas nécessaire de nous livrer à cette analyse pour disposer du litige qui nous est présenté.

[590] Étant donné que la Cour suprême considère ces questions comme faisant partie de la compétence réservée aux acteurs politiques, nous resterons donc loin de ces sujets délicats.

[591] La Société Saint-Jean-Baptiste de Montréal est probablement déçue que nous n'abordions pas ce sujet, ainsi que sa demande de jugement déclaratoire visant à mettre fin à l'ambiguïté qui pourrait exister concernant l'existence, ou non, d'un *peuple québécois* et, le cas échéant, de le définir, afin de faire avancer une cause qu'elle affectionne tout particulièrement.

[592] Mais comme nous l'avons exposé dans le corps du jugement, sur cette question, nous croyons que l'argument présenté pour nous inciter à trancher ce sujet, qui repose sur la manière dont le requérant a rédigé les allégations de sa requête, est insuffisant pour intervenir.

[593] Ce n'est pas parce que le requérant nie l'existence d'un peuple québécois pour soutenir sa thèse relative à l'inconstitutionnalité de certains articles de la *Loi 99* qui font spécifiquement référence à cette notion de *peuple québécois*, que cela suffit à ouvrir toute grande la porte pour entrer dans ce sujet passionnant et déclarer ensuite le droit sur celui-ci.

[594] Si la Cour suprême du Canada a démontré beaucoup de sagesse en décidant qu'il n'était pas nécessaire de se prononcer sur ce sujet pour disposer des trois questions qui lui ont été posées, avec l'ampleur du dossier qui lui a été confié, nous ne voyons pas en quoi la Cour supérieure devrait se sentir plus justifiée de le faire du simple fait que le requérant plaide qu'un tel peuple n'existe pas pour justifier les conclusions de son recours.

[595] Pour disposer des deux conclusions recherchées par le requérant, il n'est pas nécessaire de nous rendre jusque-là.

[596] Nous ajoutons que s'il fallait que les tribunaux succombent à ce genre de tentation du simple fait qu'on les aborde par la bande, alors qu'ils ne sont pas absolument nécessaires à la résolution du litige, ils n'en finiraient plus de se prononcer sur une foule de sujets tous plus intéressants les uns que les autres.

[597] Comme l'a à juste titre souligné la Cour suprême, succomber à une telle tentation pourrait faire plaisir à certains, mais risquerait de nuire à d'autres débats au cours desquels la nécessité d'aborder et de régler ces sujets serait criante. Les *obiters* que nous pourrions rédiger n'auraient alors aucun bénéfice sur ces autres causes, voire, pourraient compromettre la sérénité des débats les entourant[191].

[598] Suivant ainsi les conseils de la Cour en semblable matière, nous n'avons d'autre alternative que de passer notre tour en ce qui concerne les réponses aux questions posées par la Société Saint-Jean-Baptiste de Montréal sur ces différents sujets, et ce, afin de laisser le champ libre au prochain juge appelé à intervenir pour régler une question justiciable à leur égard.

[599] À la fin de cet exercice d'interprétation, la réparation que le requérant cherche en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'a donc pas d'assise valable pour lui être accordée, puisque les dispositions de la *Loi 99* qu'il conteste ne sont pas inconstitutionnelles, la *Loi 99*, dans son ensemble, étant tout à fait conforme.

[600] Quant au remède demandé pour une violation de la *Charte canadienne*, étant donné que le requérant ne s'est pas déchargé du fardeau de démontrer en quoi l'une ou l'autre des dispositions contestées de la *Loi 99* avait enfreint l'un ou l'autre des articles de cette *Charte*, sa réclamation est également rejetée.

[601] Les ressources judiciaires étant limitées, il nous faut passer à autre chose maintenant que le débat est tranché.

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :

[602] REJETTE les conclusions de la requête pour jugement déclaratoire, telles que rédigées;

[603] ET PAR SOUCI DE PRÉCISION, DÉCLARE que les articles 1, 2, 3, 4, 5, et 13 de la *Loi sur l'exercice des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec* que le requérant conteste, respectent la *Constitution* ainsi que la *Charte des droits et libertés*;

[604] Chaque partie payant ses frais, y compris les frais d'experts, vu la nature du débat.

D- TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL ESPAGNOL

DOCUMENT nº 46

ARRÊT SUR LE STATUT D'AUTONOMIE DE LA CATALOGNE

(Tribunal constitutionnel espagnol)

(Extraits)

Date d'adoption : 28 juin 2010
Nº de l'arrêt : 31/210

ARRÊT
(Traduction anglaise non officielle)

[…] 7. The specific challenges by the appellants begin with those referring to the following paragraphs of the preamble to the Statute of Autonomy of Catalonia: Catalonia's self-government is founded on the Constitution, and also on the historical rights of the Catalan people, which, in the framework of the Constitution, give rise to recognition in this Statute of the unique position of the Catalan Government.

In reflection of the feelings and the wishes of the citizens of Catalonia, the Parliament of Catalonia has defined Catalonia as a nation by an ample majority. The Spanish Constitution, in its Article 2, recognizes the national reality of Catalonia as a nationality.

The final reference to the exercise of the inalienable right of Catalonia to self-government. The foundations for the challenge argued by the appellants have been reflected in Fact 15 of this Judgment, with the following Notes setting out the positions of the State Solicitor (Fact 16), the Catalan Government (Fact 17) and the Parliament of Catalonia (Fact 18).

The Deputies submitting the present appeal have based their challenge on a premise openly disputed by the other parties to the proceedings, namely the very suitability of the preamble in order to serve as the subject of an action of unconstitutionality. We have certainly repeated since STC 36/1981 dated November 12th, 1981, FJ 2, that a preamble has no normative value, thus rendering it unnecessary, and even incorrect, to include it in an express declaration of unconstitutionality reflected in the part containing the ruling of a Judgment handed down by this Court (ibid.). Such a lack of normative value entails, in effect, that, as stated in STC 116/1999 dated June 17th, 1999, FJ 2, preambles cannot be the direct subject matter of an action of unconstitutionality (SSTC 36/1981, FJ 7; 150/1990, FJ 2; 212/1996, FJ 15; and 173/1998, FJ 4). However, lack of normative value is not equivalent to a lack of legal value, in the same way as the impossibility of being used as the direct subject matter of an action of unconstitutionality does not imply that preambles are inaccessible for any pronouncement by our jurisdiction insofar as a possible accessory in proceedings referring mainly to a normative provision. In fact, even in STC 36/1981, an express declaration was given on the value of the preamble then examined for interpretation purposes, albeit a value proclaimed in the Grounds and not expressed formally in the ruling.

Our way of acting in the aforesaid STC 36/1981 is a consequence of the legal nature of preambles and recitals in laws, as these, without prescribing any legally binding effects and thus lacking in the mandatory value of Legal Rules, have a legal value classified as guidelines for interpreting such rules. Their intended recipient is therefore the interpreter of the Law rather than parties obliged to conduct themselves in a way that, by definition, cannot be imposed by the preamble. The legal value of preambles to laws is therefore exhausted in their qualified condition as a hermeneutic criterion, since, as the expression of the reasons on which the lawmaker in person has established the sense of the legislative action they contain and sets out the intended goals of the action expressed, they

constitute a particularly relevant element for the determination of the sense of legislative wishes, and, hence, for the adequate interpretation of the enacted rule.

With regard to the preamble of a Statute of Autonomy, it is evident that its condition as qualified interpretation will never be able to be imposed on that which, on a sole and exclusive basis and with true normative scope, can only be applied to the interpretative authority of this Court, that is to say its condition as the supreme interpreter of the Constitution and, with that, of all of the laws vis-à-vis their relationship to the Constitution as a condition for judging their validity. For this reason, as the grounds for our resolutions is the locus for the reasons of the interpretation justified in each case by the decision about the validity of the judged rule, it is obvious that only there can be found the analysis of constitutionality deserving of the qualified interpretation intended by the lawmaker for the regulation we are judging.

As for what matters here, the paragraphs of the preamble to the Statute of Autonomy questioned by the appellants are questioned because they refer to concepts and categories that, later projected throughout the articles, claim for the Statute of Autonomy, in their opinion, a foundation and a scope that are incompatible with its condition as a rule subordinated to the Constitution. Such concepts and categories are the historical rights , the nation and citizenry, all effectively formalized in various provisions of the Statute of Autonomy that, in connection with those paragraphs, have also been expressly challenged. Therefore, it must be in light of the judgment of these provisions that we make a pronouncement as well on the interpretation to be inferred from the said paragraphs in the preamble and, in consequence, should it be concluded that such an interpretation is constitutionally inadmissible, that wedeprive the preamble, on that point, of the legal value intrinsic to it, namely its status as qualified interpretation.
8. With regard to the normative projection of the statements in the preamble disputed by the appellants, we shall begin our judgment of the provisions in the preliminary title challenged with the examination of Articles 2.4, 5, 7 and 8 of the Statute of Autonomy, dealing later with the remaining articles included in the preliminary title and also appealed, namely Articles 3.1, 6 (sections 1, 2, 3 and 5) and 11 of the Statute of Autonomy.

The reasons alleged by the appellants against the constitutionality of that first set of provisions and the reasons to the contrary argued by the other parties to the proceedings have been set out in Facts 19, 21, 26 and 27. The underlying question is summarized in the foundations of the Statute of Autonomy, which for the appellants could never be, as inferred, in their opinion, from the provisions appealed when interpreted in the light of the preamble, neither the nation, people or citizenry of Catalonia, nor the historical rights invoked by the Statute of Autonomy, but solely and exclusively from the Constitution itself, the foundation for which is the indivisible and single Spanish Nation.

It cannot be concealed that the use of such conceptually compromised terms as those of Nation and People or the reference to historical rights in the context of the invocation of foundations on which to establish the Legal System as a whole or some of its sectors may give rise to ambiguities and controversies in the political sphere. Our sphere, however, is merely the application of reason in Law; more precisely, of constitutional legal reasoning, a terrain in which the will to constitute formalized in the Constitution leaves no room for doubt about the origin and foundation of the entire order constituted, nor does it allow any more controversy than that, structured in Law, to be definitively resolved by this Constitutional Court.

The notion that the Statutes of Autonomy, like any other legislation in the Spanish Legal System, have their legal basis in the Spanish Constitution is such an elementary issue and a matter of principle that it admits no discussion. This is not disputed by the parties to these proceedings nor, in particular, is it questioned by the Statute of Autonomy challenged, whose integration into the Legal System has taken place strictly through the channels mandated in the Constitution itself, as proclaimed in its Article 1 that Catalonia, as a nationality, exercises its self-government constituted as an Autonomous Community in accordance with the Constitution and with this Statute of Autonomy, which is its basic institutional rule. This declaration, in constitutionally impeccable terms, endows Catalonia with those attributes making it an integral part of the State founded in the Constitution: a nationality constituted as an Autonomous Community with the basic institutional rule of its own Statute of Autonomy.

Concepts and categories, therefore, that are meticulously constitutional insofar as they are created and defined pursuant to the Law disclosed in the Spanish Constitution.

The unambiguous declaration of principle expressed in Article 1 of the Statute of Autonomy, namely the constitution of Catalonia as a subject of Law in accordance with the Constitution and with a rule, the Statute of Autonomy, subordinated to the same, naturally implies the assumption of the entire legal universe created by the Constitution, the only context in which the Autonomous Community of Catalonia can, in Law, find its meaning. In particular, this implies the obvious corollary that its Statute of Autonomy, founded on the basis of the Spanish Constitution, takes on board as its own, by logical derivation, the inherent foundation proclaimed by the Constitution for itself, namely the indissoluble unit of the Spanish Nation (Article 2 CE), at the same time as it recognizes the Spanish people as the holders of national sovereignty (Article 1.2 CE) and that their will is formalized in the positive provisions emanating from the power to constitute. For this reason, in short, the only meaning that can be attributed to the reference in the Statute of Autonomy's preamble to the inalienable right of Catalonia to self-government is that of the affirmation that such a right is none other than that recognized and guaranteed in Article 2 CE to the nationalities and Autonomous Communities comprised in the same. A constitutional right, therefore, and, in virtue of that inalienable quality, i.e. not available to the powers constituted in accordance with the same but only within the scope of the power of constitutional revision. Pursuant to the understanding set out above, the challenge to the expression inalienable right of Catalonia to self-government contained in the preamble to the Statute of Autonomy must be dismissed.

9. The foregoing having been established, there can be no misunderstanding on the proclamation effected by Article 2.4 of the Statute of Autonomy to the effect that the powers of the Autonomous Community stem from the people of Catalonia, as it is obvious that, pursuant to the very Article 1 of the Statute of Autonomy, the Autonomous Community of Catalonia stems in Law from the Spanish Constitution and, with that, from the national sovereignty proclaimed in Article 1.2 CE, in the exercise of which, its holders, the Spanish People, have given themselves a Constitution that states and wishes to be founded on the unity of the Spanish Nation. On the contrary, the meaning fully deserved by Article 2.4 of the Statute of Autonomy is given by its clear prescriptive vocation of the democratic principle as the guide for the exercise of the powers of the Autonomous Communities, which the provision expressly submits to the Constitution, on which a democratic State is erected (Article 1.1 CE), and the Statute of Autonomy. Therefore, in the context of Article 2 of the Statute of Autonomy, it is not a matter of establishing for the Catalan devolved powers any foundation other than that expressed in Article 1 of the Statute of Autonomy, but rather of making democratic legitimation the principle that is to govern the Autonomous Communities exercise of the powers conferred on it by the Statute of Autonomy from the Constitution. The people of Catalonia in Article 2.4 of the Statute of Autonomy are not, therefore, a legal subject that enters into competition with the holder of national sovereignty whose exercise has allowed the institution of the Constitution from which stems the Statute of Autonomy that is to be enforced as the basic institutional rule for the Autonomous Community of Catalonia. The people of Catalonia thus comprise the set of Spanish citizens who are to be the recipients of the rules, provisions and acts into which the exercise of the public power constituted in the Autonomous Community of Catalonia is to be translated. Precisely because they are the recipients of the mandates of that public power, the constitutional principle of democracy imposes that they should take part, through the channels foreseen in the Constitution and the Statute of Autonomy, in the formation of the will of the powers of the Autonomous Community. Such is the intention justifying the expression people of Catalonia in Article 2.4 of the Statute of Autonomy, absolutely different, from a conceptual point of view, from that represented in our Legal System by the expression Spanish People, sole holder of national sovereignty at the origin of the Constitution and of all rules deriving their validity from the same.

Understood in this way, the challenge to Article 2.4 of the Statute of Autonomy must be dismissed.

10. Pursuant to Article 5 of the Statute of Autonomy, the self-government of Catalonia is also based on the historical rights of the Catalan People, on its secular institutions, and on the Catalan legal tradition, which the present Statute incorporates and modernizes under Article 2, Transitional Provision Two, and other provisions of the Constitution, and this, in the opinion of the appellants, implies granting the Statute of Autonomy a power to

update historical rights and thus the assumption of powers through channel that the Constitution reserved in its first additional provision for the territories with traditional charters of autonomy.

Article 5 of the Statute of Autonomy would be clearly unconstitutional if it attempted to gain for the Statute of Autonomy a foundation outside the Constitution, even where it added to that dispensed to it by the latter. However, the entire language of the provision allows that interpretation to be ruled out, together with the interpretation that this has been an attempt to attract to the Autonomous Community of Catalonia the historical rights referred to in the first additional provision of the Constitution. Both the historical rights and the secular institutions and legal tradition of Catalonia invoked by the Statue of Autonomy are only those from which derives the recognition of the Generalitaties unique position in relation to civil law, language, culture, the projection of these in the area of education, and the institutional system by means of which the Generalitat is organised, as the same Article 5 of the Statute of Autonomy concludes. These are then historical rights in a clearly different sense from that corresponding to the rights of territories with traditional charters referred to in the first additional provision of the Constitution. This is because they refer to rights and traditions of Private Law or, within the scope of Public Law, to the right that the second transitional provision of the Constitution has wished to attribute to the territories that in the past may have held referenda to adopt Statutes of Autonomy with a view to facilitating their constitution as Autonomous Communities through a specific procedure. With that limited scope, completely different from what the Constitution has recognized for the rights of the territories with traditional charters under the first additional provision, Article 5 of the Statute anticipates the range of powers attributed, in accordance with the Constitution, to the Autonomous Community within the scope of the language, culture and education and renders explicit the reasons justifying the specific institutional system in which the Generalitat is organized.

It can only be incorrectly understood that such historical rights are also legally a foundation for the self-government of Catalonia, as its expressed constitutional scope can only explain the assumption by the Statute of Autonomy of certain powers within the framework of the Constitution, but never the basis for the existence in Law of the Autonomous Community of Catalonia and its constitutional right to self-government. The rights, institutions and traditions referred to in the provision, far from establishing a basis in the true sense for the self- government of Catalonia, derive their constitutional relevance from the fact they are assumed by the Constitution and, through it, are the foundation, in constitutional terms, for the institutional and competency system instituted with the Statute of Autonomy.

In short, Article 5 of the Statute of Autonomy is not contrary to the Constitution interpreted in the sense that its reference to the historical rights of the Catalan peoples does not refer to the contents of the first additional provision of the Constitution nor is it a ground for the self- government of Catalonia outside the Constitution itself, and this will be so stated in the ruling of this Judgment.

The statement in the preamble that Catalonia's self-government is founded on the Constitution, and also on the historical rights of the Catalan people, which, in the framework of the Constitution, give rise to recognition in this Statute of Autonomy of the unique position of the Generalitaty must be understood in the same terms.

RULING

For all of the above, the Constitutional Court, by the authority vested in it by the Constitution of the Spanish Nation,

HAS DECIDED

To uphold in part the petition for a declaration of unconstitutionality submitted by more than fifty Deputies from the People's Party Parliamentary Group against Organic Lay 6 dated July 19th, 2006, to amend the Statute of Autonomy of Catalonia and therefore,

DECLARES THAT:

1. The interpretation of the references to Catalonia as a nation and to the national reality of Catalonia in the preamble of the Statute of Autonomy of Catalonia have no legal effect. […]

DOCUMENT Nº 47

ARRÊT SUR LA RÉSOLUTION DU PARLEMENT DE CATALOGNE APPROUVANT LA DÉCLARATION DE SOUVERAINETÉ ET DU DROIT À DÉCIDER DU PEUPLE DE CATALOGNE

(Tribunal constitutionnel espagnol)

Date d'adoption : 25 mars 2014
Nº de l'arrêt : 42/104

ARRÊT
(Traduction non officielle en anglais)

1. The State Attorney, on behalf of the Government, has challenged Resolution 5/X, issued by the Parliament of Catalonia, approving a "Declaration of Sovereignty and a right of the right to decide of the People of Catalonia". This challenge has been brought according to the procedural channel foreseen in Article 161(2) of the Spanish Constitution and regulated in Articles 76 and 77 of the Organic Law on the Constitutional Court. These rules entitle the Government to bring a challenge before the Constitutional Court against "enactments without force of law", and "decisions of the Autonomous Communities". The claim, contrary to the opinion of the representatives of the Parliament that passed the Resolution —fully transcribed in the Background Facts above— is unconstitutional because itt is contrary to Articles 1(2), 2, 9(1) and 168 of the Spanish Constitution and Articles 1 and 2(4) of the Statute of Autonomy of Catalonia.

Resolution 5/X was adopted "in accordance" with Article 146 of the Rules of Procedure of the Parliament of Catalonia, regulating the processing of resolutions presented to the Chamber by Parliamentary Groups or Members of Parliament, as well as parliamentary review of those approved. The preamble and list of principles included, according to their wording, may be presumed as addressed both to the Government of the *Generalitat* and to the citizens of Catalonia, as expressly foreseen, for proposed resolutions, in Article 145 of the Rules of Procedure of the Parliament; the foregoing is readily accepted by the procedural representatives of the Spanish Government and the Parliament of Catalonia.

The Resolution consists of a preamble and the Declaration itself, which entitles it. The preamble refers to Resolution 742/IX, of 27 September 2012, where the Parliament stated "the need for the Catalonian people to be able to freely and democratically determine their collective future by means of a referendum"; and the latest elections to Parliament, on 25 November 2012, which "expressed and confirmed this wish in a clear and unequivocal manner".

The Declaration approved, according to its preamble, to "carry out this process... representing the will of the citizens of Catalonia as expressed democratically in the last elections", bears the same time as the Resolution approving it: "Declaration of sovereignty and of the right to decide of the People of Catalonia". The Parliament "agrees to initiate the process exercise the right to decide so that the citizens of Catalonia may decide their collective political future", in accordance with the principles established thereafter. The first of these principles is entitled "sovereignty" and states: "The People of Catalonia have, for reasons of democratic legitimacy, the nature of a sovereign political and legal subject." The other principles, described along the background facts of this Judgment, include "Democratic legitimacy", "Transparency", "Dialogue", "Social cohesion", "Europeanism", "Legality", "Leading role of the Catalan Parliament" and "Participation". In the concluding paragraph of the

Declaration, "the Parliament of Catalonia encourages all citizens to actively participate in the democratic process of exercising the right to decide of the people of Catalonia."

2. Our examination should first of all begin with the prior issue that both sides raise as to the eligibility of Resolution 5/X to constitute the object of these constitutional proceedings. As explained in the Background Facts, the discussion on the matter is whether the Resolution challenged constitutes a "resolution" in the terms of Articles 76 and 77 of the Organic Law on the Constitutional Court, as claimed by the State Attorney and denied by the representatives of the Parliament of Catalonia. This is the procedural issue to be settled on a preliminary basis, given that the admissibility of the challenge is an indispensable requirement to then examine whether or not to accept the challenge brought against the Resolution of the Parliament of Catalonia.

In the Constitutional Court Order (in Spanish *Auto del Tribunal Constitucional*, hereinafter ATC) 135/2004, of 20 April, very often cited by the parties, the inadmissibility was declared of a challenge brought against a decision of the Basque Parliament to grant leave to proceed to the "Project for a Political Statute of the *Euskadi* Community", filed by the autonomous Government. This Order states that the process regulated in Title V of the Organic Law on the Constitutional Court is part of the relations and control devices existing between the State and Autonomous Communities; consequently, any provisions that are less than an Act- and what is relevant here- the resolutions covered by the same, must manifest the wish of the Autonomous Community, i.e. they must be issued by bodies able to express the latter's intent [Ground (in Spanish, *fundamento jurídico*, hereinafter FJ) 4 and, similarly, FJ 7]. The Constitution (Article 161(2)) thus entitles the Government to apply for the constitutional review —for reasons not related to competences, in principle— of acts attributable to Autonomous Communities further to the position held by the State in relation to the former [Constitutional Court Judgment (in Spanish, *Sentencia del Tribunal* Constitucional, hereinafter STC) 4/1981, of 2 February, FJ 3, and STC 31/2010, of 28 June, FJ 13].

For the purposes of this constitutional process, in order for a resolution to be attributable to an Autonomous Community it must refer to a legal act and must also constitute —as stated by ATC 135/2004— an expression of the former's institutional wish, i.e. in negative terms, it must not be presented as a procedural act in the relevant procedure (FJ 6, 7 and 8). In the aforementioned Order, it is not questioned whether parliamentary acts may be challenged, but a challenge is denied against any acts that are part of a legislative process (FJ 4).This latter condition is not met in Resolution 5/X, the object of this challenge.

Resolution 5/X of the Parliament of Catalonia is a perfect or definitive act, because it constitutes the final manifestation of the Chamber. To this effect, it is irrelevant whether it states a wish to "initiate the process to exercise the right to decide", given that an act only amounts to a step —in the sense and for the procedural purposes referred to in ATC 135/2004— if it is part of a succession or sequence in a regulated legal procedure; this is not the case of Resolution 5/X, which is delivered to encourage or commence a certain political process not foreseen in the regulations.

The challenged act is a political act, adopted by a public power, the Parliament of Catalonia, further to one of the competences conferred by Autonomous Community laws [Article 55(2) of the Statute of Autonomy of Catalonia and Articles 145 ff. of the Rules of Procedure of the Parliament of Catalonia] and through the procedure established for this purpose, of a legal nature.

However, the challenge we are now examining would only be admissible if, in addition, the challenged act were to even suggest that it was able to produce legal effects. The mere heading of a proposal that is contrary to the Constitution, in fact, cannot be examined by this Court (ATC 135/2004, FJ 2; likewise, ATC 85/2006, of 15 March, FJ 3, in an Amparo appeal).

A thorough examination is necessary in order to decide whether this Resolution is able to cause legal, not just political, effects. We could presume that the Resolution lacks any legal effects in relation to its addressees, i.e. the citizens of Catalonia, who are invited, in the conclusion, to lead "the democratic process of exercising the right to decide" and the Government of the *Generalitat*, whose acting is guided or encouraged with this act.

In this case, the Court considers that, in principle, with respect to citizens of Catalonia, the Resolution invites them to take political actions, with no binding effect whatsoever, given that anybody who is so encouraged, further to the Constitution and without the need for any parliamentary summons, already enjoy total political freedom (STC 31/2010, FJ 12).

As an act to encourage Government action, the Resolution also has no binding effects, as this Court has declared with respect to parliamentary acts of this kind (STC 180/1991, of 23 September, FJ 2; STC 40/2003, of 27 February, FJ 3; and STC 78/2006, of 13 March, FJ 3).

However, what is legal is not exhausted with what is binding. It could be claimed that the challenged Resolution has not another kind of legal effects on citizens, the Government of the *Generalitat* or the other Catalonian institutions, such as an authorization or entitlement to act in a certain way, given that no autonomous law conditions parliamentary acts, such as the one challenged, to a valid governmental action or an action on the part of citizens or institutions. The Court, first of all, considers that point one of the challenged Resolution, which declares the sovereignty of the people of Catalonia ("Sovereignty. The people of Catalonia have, for reasons of democratic legitimacy, the nature of a sovereign political and legal subject"), is able to cause legal effects given that, as part of the invitation to a dialogue and negotiation with the public powers (principle four) directed at "to exercise the right to decide so that the citizens of Catalonia may decide their collective political future" (initial part of the Declaration), it could be interpreted as a recognition in favour of those who are invited to carry out a process in relation to the people of Catalonia (particularly the Parliament of Catalonia and the Government of the *Generalitat*), of attributions inherent to sovereignty that exceed those arising from the autonomy recognised by the Constitution in favour of the nationalities covered by the Spanish Nation. Secondly, the assertive nature of the challenged Resolution, which "agrees to initiate the process to exercise the right to decide", does not suggest that its effects in parliamentary matters will be strictly limited to politics, given that it demands the execution of specific actions and this execution is subject to parliamentary review, foreseen for resolutions passed by the Parliament [Article 146(4) of the Rules of Procedure of the Parliament of Catalonia].

In short, the Court considers that, without prejudice to its marked political nature, Resolution 5/X is legal and, furthermore, has legal effects. This is why the challenge brought by the State Attorney should be allowed.

3. We will now examine the Resolution according to (a) principle one of the Declaration, which states: "Sovereignty. The people of Catalonia has, for reasons of democratic legitimacy, the nature of a sovereign political and legal subject"; and (b) the references made to "the right to decide of the people of Catalonia" (the title of the Declaration, initial part of the Declaration, and principles two, three, seven and nine, paragraph two).

The sovereign status of the People of Catalonia is claimed in relation to a subject "created further to the Constitution, by powers constituted by virtue of the right of autonomy recognised therein" (STC 103/2008, 11 of September, FJ 4). As this Judgment states in a case that is similar to the one at hand, this subject, however, "does not hold a sovereign power, which is exclusively held by the Spanish Nation constituted as a State", given that "the Constitution is based on the unity of the Spanish Nation, constituted as a social and democratic State, with powers arising from the Spanish people who enjoy national sovereignty" [STC 247/2007, of 12 December, FJ 4.a)], citing STC 4/1981, FJ 3). In other words, identifying a subject endowed with sovereignty would be contrary to the provisions of Articles 1(2) and 2 of the Spanish Constitution.

Article 1(2) of the Spanish Constitution proclaims that "national sovereignty belongs to the Spanish people, from whom all State powers emanate." This provision, which "underlies the entire Spanish legal system" (STC 6/1981, FJ 3), therefore exclusively attributes national sovereignty to the Spanish people, the perfect unit to hold constituent powers and, as such, constitute the basis of the Constitution, the Spanish legal order, and the source of any political power (STC 12/2008, FJ 4; STC 13/2009, FJ 16; STC 31/2010, FJ 12). As in the current constitutional order only the Spanish People are sovereign, exclusively and indivisibly, no other subject or State body or any part of the people can be endowed with sovereign status by a public power. An act issued by a public power that asserts "legal sovereign status" as a competence of the people of an Autonomous Community inevitably also denies

national sovereignty which, according to the Constitution, can only be held by the entire Spanish people. Thus, sovereignty cannot be entrusted to any group or part thereof.

A recognition of sovereign status in favour of the people of Catalonia, which is not contemplated in the Spanish Constitution for nationalities and regions covered by the State, is incompatible with Article 2 of the Spanish Constitution; the partial subject that is entrusted with this power would be therefore able, at its discretion, to breach what the Constitution has declared as a based principle: "the indissoluble unity of the Spanish Nation". In this regard, this Court has declared that "the Constitution (Articles 1 and 2) is based on the unity of the Spanish nation, constituted as a social and democratic state of law, whose powers are born from the Spanish people, who enjoy national sovereignty. This unity is reflected in the State's organization for the entire territory of Spain" [STC 4/1981, FJ 3; reiterated in STC 247/2007, FJ 4.a)]. The recognition of sovereign status in favour of a part of the Spanish people therefore contradicts this constitutional precept.

The attribution of national sovereignty to the Spanish people by virtue of Article 1(2) of the Spanish Constitution and the unity of the Spanish nation as the basis of the Constitution, by virtue of Article 2 of the Spanish Constitution, are contemplated along with a recognition and guarantee of the right of autonomy of its member nationalities and regions, as stated in the second constitutional provision. However, the Court has upheld that "the autonomous State is based on a fundamental premise that the Spanish Constitution endows the Spanish people with national sovereignty (Article 1(2) of the Spanish Constitution), which is why sovereignty is not the outcome of an agreement between historical territorial instances that hold pre-constitutional and higher rights, but a rule of the constituent power that becomes generally binding in its field, without excluding former historic situations" [(STC 76/1988, of 26 April, FJ 3; reiterated in STC 247/2007, FJ 4 a)]. Likewise, the Court has declared that autonomy is not the same as sovereignty [STC 247/2007, FJ 4 a)]. It may therefore be inferred that in the constitutional order an Autonomous Community may not unilaterally hold a referendum of self-determination in order to decide on its integration in Spain. This is the same conclusion as the one formulated by the Supreme Court in Canada in its pronouncement of 20 August 1998, where it decided that a unilateral secession project presented by one of its provinces was both contrary to the Canadian Constitution and to International Law.

It is obvious that, as a social/historic reality, Catalonia (and all of Spain) existed prior to the 1978 Constitution. From a legal/constitutional point of view, the "people of Catalonia", referred to in the Declaration, include a subject that is however constituted in legal terms by virtue of a constitutional recognition (in the same way as the entire "Spanish People", "from whom all State powers emanate", pursuant to Article 1(2) of the Spanish Constitution). Consequently, in the challenged Declaration the status as a "political and legal sovereign subject" is acknowledged in favour of a subject that was legally created further to the Constitution, in accordance with the right of autonomy recognised and guaranteed in Article 2 of the Spanish Constitution, i.e. the people of one of the Autonomous Communities into which the State is territorially organized by virtue of Article 137 of the Spanish Constitution. In fact, Article 1 of the Statute of Autonomy of Catalonia states that "Catalonia, as a nationality, exercises its self-determination constituted as an Autonomous Community, in accordance with the Constitution and this Statute, its basic institutional rule."

In STC 31/2010 the Court rejected a challenge brought by the appellants against this statutory precept, on the grounds that the declaration included therein was constitutionally acceptable, given that "it granted to Catalonia any characteristics that make it an integral part of the State founded on the Constitution: a nationality constituted as an Autonomous Community, whose basic institutional rule is its own Statute of Autonomy". Next, it is discussed that the constitution of Catalonia as a legal subject in the terms of Article 1 of the Statute of Autonomy of Catalonia "logically entails acceptance of the entire legal universe created by the Constitution, the only one in which the Autonomous Community of Catalonia can find its meaning in law. In particular, this clearly means that its Statute of Autonomy, based on the Spanish Constitution, will logically integrate the very foundation proclaimed by the Constitution for itself, i.e. "the indivisible unity of the Spanish Nation" (Article 2 of the Spanish Constitution), whilst also recognizing that the Spanish people are entitled to national sovereignty (Article 1(2) of the Spanish Constitution), whose wish is formalized in the positive precepts emanating from the constituent power". In short, pursuant to Article 1 of the Statute of Autonomy of Catalonia, "the Autonomous Community of Catalonia — it

concludes— is legally derived from the Spanish Constitution and, consequently, entails the national sovereignty proclaimed in Article 1(2) of the Spanish Constitution, which when exercised by its holder, the Spanish people, gives rise to a Constitution that intends and would like to be founded on the unity of the Spanish nation" (FJ 8 and FJ 9).

To conclude, as the Court declared in that Judgment, when examining a challenge brought against Article 7 of the Statute of Autonomy of Catalonia, "the citizens of Catalonia should not be mistaken for the sovereign people, conceived as 'the perfect unit to attribute constituent powers, underlying the Constitution and the legal order' (STC 12/2008, FJ 10)" (FJ 11).

The Court has repeatedly declared that the validity of the law "should be preserved if its wording does not prevent a constitutionally-based interpretation" (STC 108/1986, of 29 July, FJ 13). Therefore, the potential interpretations of the disputed precept should be examined, given that if any interpretation would uphold the primacy of the Constitution "it would be unsuitable to issue an interpretative pronouncement according to the requirements of the principle of legal preservation" (STC 76/1996, of 30 April, FJ 5, and STC 233/1999, of 16 December, FJ 18). The principle of preservation is also applicable to any laws, like the Resolution challenged in these constitutional proceedings, which do not enjoy the status of a Law but are issued by a parliamentary body and have been delivered further to parliamentary tasks; the *iuris tantum* presumption (unless otherwise evidenced) of constitutional legitimacy not only protects regulations but also any acts issued by legitimate powers, as is the case here (STC 66/1985, of 23 May, FJ 3).

The Court agrees that, as claimed by the Attorneys of the Parliament of Catalonia, the challenged Resolution should be systematically interpreted. The Resolution contains more principles apart from sovereignty, which the State Attorney includes in its unconstitutionality claim. All the principles included in the Declaration are jointly assigned the task of inspiring the process that is commenced to exercise the "right to decide". However, further to the other principles contained in the Resolution it appears that the Declaration does not exclude the possibility of following the constitutional channels foreseen to transform a political wish, expressed in the Resolution, into a legal reality. The challenged Resolution states that "the Parliament of Catalonia agrees to initiate the process to exercise the right to decide so that the citizens of Catalonia may decide their collective political future". This process is governed by a total of nine principles, to include the principles of "dialogue" and "legality", which will respectively involve: "a dialogue and negotiations with the Spanish State" and "all existing legal frameworks shall be used to implement the reinforcement of democracy and to exercise the right to decide".

The Court considers that:

a) Point one of the Declaration, proclaiming the status as a political and legal sovereign subject in favour of the people of Catalonia should be declared unconstitutional and void. In fact, its literal wording exceeds any claims for historical and democratic grounds, stated in the preamble. The content globally includes the political and legal aspects of sovereignty. It is drafted in present terms, in contrast with the other principles of the Resolution, which are drafted in the future tense or in deontic form. Consequently, the principle, as it is drafted, is not subject to the modulation that may arise from subsequent principles.

In short, the recognition it proclaims in favour of the people of Catalonia as "a political and legal sovereign subject" is contrary to Articles 1(2) and 2 of the Spanish Constitution and Articles 1 and 2(4) of the Statute of Autonomy of Catalonia and, in relation thereto, is contrary to Articles 9(1) and 168 of the Spanish Constitution, upheld by the State Attorney, to the extent that they respectively enshrine the principles of primacy of the Constitution and require that any reform of the preliminary title of the Constitution follow a certain procedure and requirements, amongst others. This appreciation means that a pronouncement of unconstitutionality is necessary in our ruling, without prejudice to our comments below as regards the constitutionality of the remainder of the Resolution of the Parliament of Catalonia.

b) With respect to the references made to a "right to decide", these must be constitutionally interpreted, given that they are not proclaimed as independent or directly linked to principle one about the sovereignty declaration of the people of Catalonia; they are included in the initial part of the Declaration (directly related to the commencement of a "process") and in the various Declaration principles (two, three, seven and nine, paragraph two).These principles, as seen below, conform to the Constitution and enable an interpretation that "the right to decide held by citizens of

Catalonia" is not proclaimed as a manifestation of a right of self-determination not recognized in the Constitution, or as an unrecognized attribution of sovereignty, but as a political aspiration that may only be achieved through a process that conforms to constitutional legality and follows the principles of "democratic legitimacy", "pluralism" and "legality", expressly proclaimed in the Declaration in close connection to the "right to decide".

Consequently, the references made to "the right to decide of the citizens of Catalonia" may be constitutionally interpreted, and this will be stated in the ruling.

4. This interpretation is backed up by the other clauses of the Declaration (two to nine) which, as said, are closely connected to the references to a "right to decide", being examined. Of interest are the principles of (a) "Democratic legitimacy" in relation to those of "Transparency", "Social cohesion", "Europeanism", "Leading role of the Catalan Parliament" and "Participation"; (b) "Dialogue"; and (c) "Legality".

a) Point two of the Declaration proclaims the principle of "Democratic legitimacy". One of the fundamental principles enshrined in the Spanish Constitution is the principle of democracy, which has been characterized by the Constitution Court as a supreme value of Spanish law, reflected in Article 1(1) of the Spanish Constitution (STC 204/2011, of 15 December, FJ 8). The clearest and most constitutionally relevant manifestations of this principle include those that uphold the greatest equivalence between governing parties and citizens, those that require that represented parties choose their own representatives, those stating that intent should be articulated through a procedure based on a majority and, consequently, a certain majority is necessary to integrate contradictory ideas, and those requiring that the minority be able to make proposals and give opinions on those of the majority, given that an essential component of the democratic principle is the construction of decisions, as democracy is relevant as a procedure, not only as a result. All these manifestations of the democratic principle are reflected in the Constitution, and must be exercised further to the same.

b) Point four of the Declaration proclaims the principle of "Dialogue". The Constitution does not expressly cover, nor can it cover, all the issues that may arise in the constitutional order, particularly those derived from the wish of part of the State to alter its legal status. Issues of this kind cannot be resolved by the Court, whose task is to ensure that the Constitution is strictly complied with. Thus, the public powers, to particularly include the territorial powers included in the Autonomous State, are the ones entrusted with resolving any matters arising in this field, through dialogue and cooperation. A broad interpretation of dialogue, furthermore, does not exclude any legal system or institution that is able to contribute to political decisions, or any procedure that upholds the constitutional order. The Court, at the request of parties who are entitled to address it, is solely entrusted with guaranteeing that any procedures followed further to this dialogue conform to constitutional requirements.

c) Point seven of the Declaration proclaims the principle of "Legality". This principle is also relevant. It manifests the prevalence of law, understood as subordination to the Constitution and to the rest of the legal order. The unconditional primacy of the Constitution means that any decision adopted by a public power be always subject to the Constitution; the public powers have no freedom outside the Constitution or immunity. In this way, the democratic principle is also protected, given that the guaranteed integrity of the Constitution is also viewed as the need to respect the wish of the people, as a constituent power and the source of all legal/political legitimacy.

The primacy of the Constitution, however, does not mean that there is a positive duty to adhere thereto. In Spanish constitutional law, there is no room for a "militant democracy", i.e. "a model that demands not only respect but also a positive adhesion to the law and, first of all, to the Constitution" (STC 48/2003, FJ 7; this doctrine was

reiterated, amongst others, in STC 5/12004, of 16 January, FJ 17; STC 235/2007, FJ 4; STC 12/2008, FJ 6; and STC 31/2009, of 29 January, FJ 13). The Court has acknowledged that any ideas will be allowed by Spanish constitutional law if they intend to be upheld, given that "there is no regulatory basis removed from constitutional reform procedures" (amongst others, STC 31/2009, FJ 13).

Any approach that intends to change the very grounds of the Spanish constitutional order is acceptable in law, as long as it is not prepared or upheld through an activity that infringes democratic principles, fundamental rights or all other constitutional mandates, and its effective achievement follows the procedures foreseen for constitutional reform, given that these procedures are inexcusable (STC 103/2008, FJ 4).

Commencement of a process of this kind is not predetermined as to the outcome. However, the duty of constitutional loyalty, which as the Court has indicated is reflected in a "duty of reciprocal assistance", "reciprocal support and mutual loyalty", "constituting in turn the broadest duty of loyalty to the Constitution" (STC 247/2007, of 12 December, FJ 4), by the public powers, means that if the Legislative Assembly of an Autonomous Community, which is entitled under the Constitution to apply for constitutional reform (Articles 87(2) and 166 of the Spanish Constitution), were to make a proposal to this effect, the Spanish Parliament would have to consider it.

For the foregoing reasons, we hereby conclude that the references made to the "right to decide" in the challenged Resolution, following a constitutional interpretation based on the principles examined above, do not contradict the Constitution and, overall, subject to the exceptions described herein, express a political aspiration that may be upheld in the constitutional order.

RULING

Has decided

To partly uphold the challenge of autonomous provisions (Title V of the Organic Law on the Constitutional Court), by the State Attorney, on behalf of the Government, in relation to Resolution 5/X, issued by the Parliament of Catalonia, approving the "Declaration of Sovereignty and right to decide of the People of Catalonia" and, consequently, to state:

For all of the above, the Constitutional Court, BY THE AUTHORITY CONFERRED BY THE CONSTITUTION OF THE SPANISH NATION,

1. The unconstitutionality and nullity are hereby declared of principle one, entitled "Sovereignty", in the Declaration approved by Resolution 5/X of the Parliament of Catalonia.

2. It is hereby declared that the references contained in the initial part, to "the right to decide of the citizens of Catalonia", as well as in principles two, three, seven and nine, paragraph two, of the Declaration approved by Resolution 5/X of the Parliament of Catalonia, are not unconstitutional if interpreted in the terms described in Grounds 3 and 4 above.

3. All the other petitions of the challenge are hereby rejected. […]

DOCUMENT Nº 48

ARRÊT SUR LA RÉSOLUTION CONCERNANT LE DÉBUT DU PROCESSUS DE CRÉATION D'UN ÉTAT CATALAN INDÉPENDANT SOUS LA FORME D'UNE RÉPUBLIQUE

(Tribunal constitutionnel espagnol)

(Extraits)

Date d'adoption : 2 décembre 2015
Nº de l'arrêt : 259/2015

ARRÊT
(Traduction non officielle en anglais)

[…] *I. Background Facts*

1. In a writ registered at this Court on 11 November 2015, the State Attorney, on behalf of the Government of the Nation, has challenged Resolution 1/XI adopted by the Parliament of Catalonia, of 9 November 2015, on the beginning of the political process in Catalonia arising from the election results of 27 September 2015 (Official Gazette of the Parliament of Catalonia, *Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña*, hereinafter BOPC, no. 7, of 9 November 2015) under Article 161.2 of the Spanish Constitution (*Constitución Española*, hereinafter CE) and LOTC Articles 76 and 77.

In this writ, Article 161.2 CE and Article 77.2 LOTC were expressly relied on for the purposes of agreeing to suspend the challenged Resolution.

The literal content of the challenged Resolution (published in BOPC no. 7, of Monday 9 November 2015), disseminated at the time by the Parliament of Catalonia on its website, is as follows [translation of the Spanish-language version]:

Resolution 1/XI adopted by the Parliament of Catalonia, of 9 November 2015, on the beginning of the political process in Catalonia arising from the election results of 27 September 2015.

Plenary Session of the Parliament of Catalonia […]

[I]n accordance with Article 165 of its Regulations, it has adopted the following Resolution

ONE. The Parliament of Catalonia notes that the democratic mandate obtained at the elections held on 27 September 2015 is based on a majority of seats won by parliamentary forces whose objective is that Catalonia should become an independent State, and on a wide pro-sovereignty majority of votes and seats in favour of beginning a non-subordinated constituent process.

TWO. The Parliament of Catalonia hereby solemnly declares the beginning of the process to create an independent Catalan State in the form of a republic.

THREE. The Parliament of Catalonia proclaims the opening of a citizen-led, participative, open, inclusive, and active constituent process to lay the foundations for the future Catalan constitution.

FOUR. The Parliament of Catalonia urges the future government to adopt the necessary measures to give effect to these declarations.

FIVE. The Parliament of Catalonia considers it fitting to begin the processing of laws regarding the constituent process, social security system, and tax agency within a period of 30 days.

SIX. The Parliament of Catalonia, as the depositary of sovereignty and the expression of the constituent power, reiterates that this Chamber and the process of democratic uncoupling from the Spanish State shall not be subject to the decisions of the institutions of the Spanish State,

in particular the Constitutional Court, which it considers devoid of legitimacy and jurisdiction following its Judgment of June 2010 on the Statute of Autonomy of Catalonia, previously voted on by the people in a referendum, among other Rulings.

SEVEN. The Parliament of Catalonia shall adopt the necessary measures to open this process of uncoupling from the Spanish State in a democratic, broad-based, sustained and peaceful manner making it possible to empower the citizenry at every level, and on the basis of open, active, and inclusive participation.

EIGHT. The Parliament of Catalonia urges the future Catalan government to comply exclusively with those rules and mandates emanating from this legitimate and democratic Chamber in order to safeguard fundamental rights, such as those specified in the Appendix to this Resolution, which may be affected by decisions of the institutions of the Spanish State.

NINE. The Parliament of Catalonia declares its willingness to begin negotiations in order to implement the democratic mandate to create an independent Catalan State in the form of a republic, and it agrees to make this known to the Spanish State, to the European Union, and to the international community as a whole. […]

II. Grounds […]

4. From a reading of Resolution 1/XI, it is unequivocally inferred that said Resolution is considered the founding act of a process to create an independent Catalan State in the form of a republic (paragraph two) and, to this end, it makes use of language that seeks to be substantially constitutional (the future constitution in paragraph three, or sovereignty and constituent power in paragraph six). These terms, however, appear in the Spanish Constitution and in this Court's law.

a) The Constitution's pre-eminence as the supreme statute (STC 54/1983, of 21 June, Ground 2, and, for an even earlier instance, STC 16/1982, of 28 April, Ground 1), as expressly declared by Article 9.1 CE, relates to the fact that the Constitution itself is the result of the sovereign nation's determination, by way of a single entity, the Spanish people, in whom such sovereignty is vested, and from whom the powers of the State therefore emanate (Article 1.2 CE). This has to be conceived as the entire array of institutions and bodies that exercise public powers throughout the entire territory of Spain, so it therefore also includes the Autonomous Communities (STC 35/1982, of 14 June, Ground 2, and many subsequent decisions in the same vein).

The sovereignty of the nation, vested in the Spanish people, necessarily entails the unity of the nation, proclaimed, as is well known, by Article 2 CE, pursuant to which the Constitution itself is based on the indissoluble unity of the Spanish Nation, the common and indivisible country of all Spaniards; it recognizes and guarantees the right to autonomy of the nationalities and regions of which it is composed, and solidarity amongst them all. This unity of the sovereign entity is the basis of a Constitution through which the nation itself is, in turn, constituted as a social, democratic and rule-of-law-based State (Article 1.1 CE and, *inter alia*, STC 4/1981, of 2 February, Ground 3). Therefore the State is also common to everyone throughout the national territory, notwithstanding that it is also a complex, compound unit thanks to the territorial autonomy (STC 247/2007, of 12 December, Ground 4a) conferred by the Constitution on the different nationalities and regions that, in the form of Autonomous Communities governed by their respective Statutes, make up Spain (the principle of the unity of the State, also inferable from Article 2 CE: STC 29/1986, of 20 February, Ground 4; and STC 177/1990, of 15 November, Ground 3).

Article 1.2 CE is thus the basis of our entire legal system (STC 42/2014, Ground 3, and the case law cited therein), so, as it was said in the cited doctrine if in the present constitutional system sovereignty is vested in the Spanish people and the Spanish people alone, exclusively and indivisibly, no public authority can attribute sovereignty to any other entity or body of the State, or to any fraction of the Spanish people. Any act by a public authority that attributes legal entitlement to sovereignty to the people of an Autonomous Community must always constitute a concurrent repudiation of national sovereignty, which, pursuant to the Constitution, rests solely with the Spanish people as a whole. Entitlement to sovereignty cannot, therefore, be attributed to any fraction or part of the Spanish people.

b) As we highlighted in STC 42/2014, as a social and historical reality, Catalonia (and all of Spain) dates back before the Constitution of 1978 (Ground 3). From a legal perspective, Article 1 EAC defines Catalonia's position in the current constitutional framework, setting forth that Catalonia, being a nationality, exercises self-government as an Autonomous Community in accordance with the Constitution and the present Statute, which is its basic institutional legislation. This Court has judged that the declaration set forth in the cited Article allocates to Catalonia, in constitutionally impeccable terms the attributes that make it an integral part of the State founded in the Constitution, and a nationality established as an Autonomous Community, whose basic institutional legislation is its own Statute of Autonomy. The Constitution is not, therefore, presented as the result of a pact between historical territorial institutions which retain certain rights that predated it (STC 76/1988, of 26 April, Ground 3; and STC 247/2007, Ground 4 a), but rather as the legal text that cannot be conditioned by, but which itself conditions, all other texts in our legal system. It is a superior statute to which all citizens and public authorities alike are subject (Article 9.1 CE).

As a result, the holders of public office are bound by an inescapable duty to abide by said fundamental statute. This does not necessarily mean defending its entire content from an ideological standpoint; however, it does mean undertaking to perform one's duties in accordance with the Constitution and with respect for the rest of the legal system (in this regard, see, *inter alia*, STC 101/1983, of 18 November, Ground 3; and STC 122/1983, of 16 December, Ground 5). The fact that this is the case for all public authorities indisputably arises from our State s being constitutional and based on the rule of law.

To say that *everyone* is subject to the Constitution is just another way of acquiescing to the determination of the people expressed as a constituent power (STC 108/1986, of 29 July, Ground 18; and STC 238/2012, of 13 December, Ground 6 b). In the constitutional State, the principle of democracy cannot be detached from the unconditional supremacy of the Constitution, which, as this Court maintained in STC 42/2014, Ground 4 c, means that all decisions by public authorities must remain, without exception, subject to the Constitution, and the public authorities do not have any Constitution-free areas or windows of immunity.

To guarantee that this is the case, we have the legal system in place in our constitutional rule-of-law-based State the public authorities, but also the citizens themselves and, in the last instance, when necessary, this Constitutional Court. In its duty as supreme interpreter of the Constitution (Article 1 LOTC), it is this Court's duty to safeguard the permanent distinction between the objectivization of the constituent power and the actions of the constitutionally instated powers, which may never overstep the limits and powers established by the former (STC 76/1983, of 5 August, Ground 4).

5. The challenged Resolution sets the purported scope of the democratic mandate received by the Parliament of Catalonia at the 27 September 2015 elections (paragraphs one and nine) or the legitimate and democratic status attributed to the Parliament accordingly (paragraph eight) at odds with the legality and legitimacy of the institutions of the State, this Constitutional Court in particular, which is directly considered devoid of legitimacy and jurisdiction. The aforementioned democratic mandate would justify the announcement that the decisions taken by the Parliament of Catalonia will not be subject to those adopted by the institutions of the State as a whole, as well as for opening a non-subordinated, i.e. unilateral constituent process which claims to be citizen-led, participative, open, inclusive, and active. In its defence pleadings, the Parliament of Catalonia reiterates that this Resolution is directly supported by the fundamental principles of democracy and political pluralism.

Resolution 1/XI seeks, in short, justification through the democratic legitimacy of the Parliament of Catalonia, a principle whose formulation and consequences are in absolute discord with the Constitution of 1978 and the Statute of Autonomy of Catalonia. This not only disrupts the notion of the State based on the rule of law and on the utmost deference to legislation and the law, but also the democratic legitimacy of the Parliament of Catalonia, recognized and protected by the Constitution.

In the social, democratic and rule-of-law-based State founded by the 1978 Constitution, democratic legitimacy cannot be placed at odds with constitutional lawfulness to the detriment of the latter: the legitimacy of an action

or policy of a public authority basically lies in whether it complies with the Constitution and the legal system. If one does not obey the Constitution, one cannot claim any legitimacy whatsoever. In a democratic conception of power, there is no other legitimacy than that established in the Constitution.

Additionally, the principle of democracy one of the highest values of our legal system set forth in Article 1.1 CE (STC 204/2011, of 15 December, Ground 8), and of which there are many constitutional manifestations (STC 42/2014, Ground 4 a) being a constitutional principle, cannot be construed in isolation from the rest of the constitutional system and its processes. As we will now go on to explain, the unconditional supremacy of the Constitution is what safeguards democracy, in that it is a source of legitimacy, due to its content, and because it contains procedures for its reform.

a) As a source of legitimacy, the Spanish Constitution set the will of the constituent power. The sovereign people, conceived as the ideal entity for attributing constituent power, confirmed, by referendum, the text that had been previously agreed on by their political representatives. The Constitution's unconditional supremacy also safeguards the principle of democracy, so guaranteeing the entirety of the Constitution must, in turn, be seen as preserving due respect for the will of the people, as expressed through the constituent power, which is the source of all legal and political legitimacy (STC 42/2014, Ground 4 c). It is, therefore, this Court's mission to safeguard the Constitution=Ms unconditional supremacy, which is nothing more than another way of acquiescing to the will of the people expressed as a constituent power (STC 108/1986, of 29 July, Ground 18).

b) Turning to its content, the Constitution is based on respect for the values of human dignity, freedom, equality, justice, political pluralism, democracy, the rule of law, and fundamental rights. The principle of democracy, as a constitutional principle, must, therefore, be interpreted within the scope of the entire constitutional system and its processes (electoral rules, rules of procedure, fundamental rights, the protection of minorities and constitutional reform, to cite some of the most important). For the purposes of the present case, it is worth placing particular emphasis on how the principle of democracy relates to two of the predominant traits of our constitutional State: political pluralism and territorial pluralism.

Among the higher values defended by the Constitution of 1978 is indeed the value of political pluralism, a cornerstone of our system of co-existence and a principle on which the Parliament of Catalonia relies in its pleadings as grounds for the challenged Resolution. Just like the other constitutional values and principles, political pluralism is a value set forth in positive law. It is nourished by and consists of inalienable contents and procedures which are, at the same time, pre-agreed conditions and requisites. The Constitution proclaims a minimum content and establishes a number of inescapable rules of the game for citizens and public authorities. Therefore, when this Court exercises the control of the constitutionality of statutes and acts as mandated by its Organic Law, it must not impose undue restraints on the principle of democracy expressed using constitutional channels, and it must respect political options (STC 108/1986, Ground 18). This minimum constitutional framework holds the political community together within the parameters of political pluralism. What characterizes democracy is the fact that decisions are constantly being taken, and options turned down in the past for whatever reason are always available. All of this gives evolutionary capacity to the pluralist constitutionalism that is characteristic of our social, democratic, rule-of-law- based State.

Political pluralism is not, after all, restricted to the manifold expressions of pluralism protected by the Constitution. Leaving aside for the moment the linguistic and cultural pluralism that the Constitution also protects (Preamble, Article 3.2 and 3.3; Article 148.1.17 and the Single Final Provision CE), attention must be drawn to the structuring dimension of a constitutional State that affords constitutionally recognized autonomy to the nationalities and regions.

The indissoluble unity of the Spanish nation proclaimed by Article 2 CE is coupled with the recognition of nationalities and regions right to autonomy. The right to autonomy is similarly proclaimed as part of the very core of the Constitution, together with the principle of unity. Through the exercising of that right, the Constitution guarantees the Autonomous Communities' capacity to adopt their own policies within the constitutional and

statutory framework. It is the Constitution itself that obliges us to reconcile the principles of unity and of autonomy of the nationalities and regions principles which, naturally, are also duly set forth in the Statute of Autonomy of Catalonia: Catalonia, being a nationality, exercises self- government as an Autonomous Community in accordance with the Constitution and the present Statute, which is its basic institutional legislation (Article 1 EAC).

c) Precisely because the rule-of-law-based State is based on the principle of democracy, and as a result of safeguarding democracy itself via the rule of law, the Constitution is not an intangible or unchangeable legal text. In providing for constitutional reform, as will be expanded on further below, it recognizes and channels aspirations fully legitimate within the constitutional framework that seek the revision and amendment of the Constitution as established in Articles 167 and 168 CE.

From all of the foregoing it can be inferred that the alleged democratic legitimacy of a legislative body cannot be set at odds with the unconditional supremacy of the Constitution. The text of the Constitution reflects the pertinent manifestations of the principle of democracy, which cannot, therefore, be exercised beyond the bounds of the Constitution (STC 42/2014, Ground 4 a). Therefore, the legal system, with the Constitution at its pinnacle, cannot, under any circumstances, be considered a limit to democracy, but rather as the very thing that guarantees it.

6. As established by this Court, accepting Catalonia as a legal entity in the terms set forth in Article 1 of its own Statute of Autonomy naturally implies acknowledging the entire legal universe created by the Constitution, the only universe in which the Autonomous Community of Catalonia has any legal meaning. More specifically, this means that it is obvious that Catalonia's Statute of Autonomy, based on the Spanish Constitution, accepts, by logical derivation, the Constitution's self-proclaimed basis, i.e. the indissoluble unity of the Spanish nation (Article 2 CE) while at the same time recognizing that sovereignty rests with the Spanish people (Article 1.2 CE), whose intent is set forth in the positive law handed down by the constituent power (STC 31/2010, of 28 June, Ground 8).

The challenged Resolution displays an ignorance of and violates the constitutional provisions which vest national sovereignty in the Spanish people and which, accordingly, proclaim the unity of the Spanish nation, the holder of this sovereignty (Articles 1.2 and 2 CE). This violation of the Constitution is not, as is usually the case with contraventions of our fundamental statute, the result of a misunderstanding of what the Constitution enforces or allows in a given circumstance, but rather the result of an outright rejection of the binding power of the Constitution itself, which has been expressly set at odds with a power claiming to hold sovereignty and to constitute the expression of a constituent dimension from which a blatant repudiation of the current constitutional system has taken place. This is an affirmation by an authority with pretensions of founding a new political order, and for that very reason, of being released from all legal ties.

7. The Constitution, as our supreme statute, does not claim that its provisions are set in stone, but rather permits its full revision (Article 168 CE and STC 48/2003, of 12 March, Ground7). It thus assures that only the citizens, acting necessarily on the completion of the reform process, can hold supreme power; in other words, the power to modify the Constitution itself without restrictions (STC 103/2008, of 11 September, Ground 2). Each and every constitutional provision is amendable, provided that the amendment is not prepared or defended through an activity that infringes the principles of democracy, fundamental rights or the rest of the constitutional mandates. Rather, the attempt to achieve this must be effectively performed within the procedural framework for constitutional reform, as respect for these procedures is always mandatory (STC 138/2015, of 11 June, Ground 4, and case law cited therein).

The Constitution is entirely open to formal revision, which can be requested or proposed by, among other authorities of the State, the assemblies of the Autonomous Communities (Article 87.2 and 166 CE), as this Court had reason to reaffirm a little over a year and a half ago in STC 42/2014 (Grounds 3 and 4), on its examination of the constitutionality of Resolution 5/X, adopted by the Parliament of Catalonia on 23 January 2013. This means that there is the broadest possible freedom to publicly state and defend ideological notions, including those that seek to have a certain group recognized as a national community, even when this is the basis for attempting to form a constitutionally legitimized intent to through the corresponding, unavoidable reform of the Constitution

make this notion a legal reality (STC 31/2010, of 28 June, Ground 12). Public debate, whether within or outside the institutions, on such political projects or any others that advocate constitutional reform is, precisely under the protection of the Constitution itself, afforded unconditional freedom. However, converting these projects into legislation or other manifestations of the public authority's intent is only possible through the procedure for constitutional reform. To do otherwise would be to release the public authorities from any requirement to obey the law, irreparably damaging citizens' freedoms.

The Parliament of Catalonia has chosen to use the specific parliamentary procedure in place for drafting parliamentary decisions to pass Resolution 1/XI, whose content has a direct impact, as has already been demonstrated, on matters whose institutional processing is restricted to the constitutional reform procedure set forth in Article 168 CE, which must also be considered to have been violated, since the constitutionally established channel for seeking a redefinition of the constitutional order, such as that intended by that Resolution, was not followed.

An Autonomous Community's Parliament cannot set itself up as a source of legal and political legitimacy, unlawfully taking matters into its own hands in order to violate the constitutional system on which its own authority is based. In doing so, the Parliament of Catalonia would be undermining its own constitutional and statutory foundations (Articles 1 and 2.4 EAC cited above) by unilaterally withdrawing from any requirement to obey the Constitution and the rest of the legal system, and would be breaching the foundations of the rule-of-law State and the precept that everyone is subject to the Constitution (Articles 1.1 and 9.1 CE). This Court already ruled in STC 103/2008 that respect for the procedures of constitutional reform is mandatory, so to attempt to dodge, evade or simply forego these procedures is to attempt to go down an unacceptable *de facto* route (incompatible with the social, democratic, rule-of-law-based State proclaimed in Article 1.1 CE) in order to reform the Constitution without respecting its terms or to achieve its practical unenforceability (Ground 4). This is what is actually reflected in Resolution 1/XI, whose legal appearance due to being issued by an authority about which there are no legitimate doubts at source must be hereby annulled through a declaration of unconstitutionality.

As we made clear in STC 42/2014 (Ground 4), there is room in our system for ideas to be put forward that seek to modify the foundations of our constitutional order, provided that this is not prepared or defended by way of an activity that violates the principles of democracy, fundamental rights or any other constitutional mandates, and provided that the attempt to achieve this is made through the established constitutional reform procedures. However, unilaterally attempting to alter the content of the Constitution, deliberately ignoring the procedures expressly set forth for this purpose therein, means abandoning the only path that leads to this outcome the path of the law.

As we have established the unconstitutionality of the challenged Resolution as a result of violating Articles 1.1, 1.2, 2, 9.1 and 168 CE, as well as Articles 1 and 2.4 EAC, it is not necessary to make any additional declaration on the other constitutional violations that the action pleadings attribute to the Resolution.

RULING

In consideration of all of the foregoing, the Constitutional Court, BY THE AUTHORITY CONFERRED BY THE CONSTITUTION OF THE SPANISH NATION,

Has decided

To uphold the action lodged by the Government Counsel, in representation of the Government of the Nation, against Resolution 1/XI, of the Parliament of Catalonia, adopted on 9 November 2015 (published in the BOPC on the same date) on the beginning of the political process in Catalonia arising from the election results of 27 September 2015, and its Appendix, and thus to declare said Resolution to be unconstitutional and null. […]

DOCUMENT Nº 49

ARRÊT SUR LA LOI RELATIVE AU RÉFÉRENDUM D'AUTODÉTERMINATION DU PARLEMENT DE CATALOGNE

(Tribunal constitutionnel espagnol)

(Extraits)

Date d'adoption: 17 octobre 2029
Nº de l'arrêt : 114/017

ARRÊT
(Traduction non officielle en anglais)

[…] *II. GROUNDS*

1. The President of Government, through this action of unconstitutionality, challenges the Catalonian Parliament Law 19/2017, of 6 September, so-called "on the self- determination referendum". The claim is lodged against the Law in its entirety, being unconstitutional both regarding substantial considerations and on the sphere of competence, as well as concerning procedural defects in which the Parliament of Catalonia had incurred when processing and passing it. The statements on which both unconstitutional defects rely have been summarized in the Facts of this Judgment; we shall return to this point, but it is now also appropriate to summarize them in brief below.

Firstly, regarding the claim, the Law subject of appeal is a case of absolute unconstitutionality as it regulates a referendum for the eventual independence of the Self- governing Community of Catalonia (Articles 1, 4 and related Articles) based on an alleged sovereignty of people of Catalonia (Article 2) of which the Parliament of the Self-governing Community of Catalonia would act as its representative (Article 3.1). According to this, the Law is referred to as a supreme standard (Article 3.2), placing itself outside constitutional legality. All this directly infringes, among others, Articles 1.2, 2 and 168 of the Spanish Constitution; respectively concerning national sovereignty vested in the Spanish people, the indissoluble unity of the Spanish Nation, together with the recognition and guarantee of the right to self-government of the nationalities and regions of which it is composed, and the total or substantial reform of the Constitution established in the last of the said provisions. Articles 1 and 222 of the Statute of Autonomy of Catalonia (hereinafter, SAC) are also mentioned as violated. In the first article, it is stated that "Catalonia, as a nationality, exercises its self-government constituted as a Self-governing community in accordance with the Constitution and with this Statute, which is its basic institutional act", whilst Article 22 regulates the reform of Titles I and II of the Statute itself.

The claim does also observe that, together with the "total and absolute breach of the established constitutional order", Law 19/2017 falls into unconstitutionality of jurisdictional nature by ignoring the exclusive competence of the State regarding consultative referendum (Article 149.1.32 CE, in conjunction with Articles 81.1 and 92 CE) [Spanish Constitution, hereinafter by its Spanish acronym "CE"], and by trying to submit fundamental questions affecting constitutional order to that type of consultation; those concerned identity and unity of a sovereign entity, which for that same reason could not be channeled but by the reform proceedings set forth in the said Article 168 CE. The reproach of unconstitutionality of the claim are also of procedural nature, since to this effect the State Attorney, in the same terms stated in the Facts, denounces what is called a "simulacrum" of regulatory proceedings followed in the processing of the Law.

All those reproaches of unconstitutionality, which, after being duly summoned by the Court, have neither been challenged by the Parliament nor by the Government of the *Generalitat,* shall be examined in the present Judgment. Some preliminary observations regarding the "exceptional" condition are previously needed, pursuant to the wording (Article 3.1) of the challenged Law. Even more previously, for the sake of a better understanding of the

subject-matter of this case, it deems necessary to make a reference to the most prominent contents of this regional Law.

Preceded by a preamble, the substantive part of Law 19/2017 consists of thirty-four Articles, ordered in eight sections, two additional provisions and three final provisions. It is not required at this point to make a specific reference to all the regulations set forth on the "self-determination referendum" (Title III), on the "date and calling of the referendum" (Title IV); on the "electoral campaign" and "guarantees" of the referendum (Title V and VI, respectively), or even on the "electoral administration" (Title VII) or the "complaints, claims and appeals" (Title VIII). For the purposes concerned, it is sufficient with transcribing the first four Articles of the said Law, as well as Article 9.1, the additional provision two and both final provisions thereof. Those provisions contain the core principles of the challenged Law.

After being stated in Article 1 (Title I, headed as "Object") that "This Law governs the holding of a binding self-determination referendum on the independence of Catalonia, whose consequences shall depend upon the given result, and the creation of the Electoral Commission of Catalonia", in the subsequent provisions of the Law (included in Title II, headed "On the sovereignty of Catalonia and its Parliament"), the following is announced;

"Article 2

The people of Catalonia are a sovereign political subject and, as such, exercise their right to freely and democratically decide upon their political condition.

Article 3

1. The Parliament of Catalonia acts as the representative of the sovereignty of the people of Catalonia.

2. This Law establishes an exceptional legal regime aimed at governing and guaranteeing the self-determination referendum of Catalonia. It has hierarchical prevalence over any other regulations that may come into conflict with it, in that it governs the exercising of a fundamental and inalienable right of the people of Catalonia.

3. All and any authorities, natural or legal persons participating directly or indirectly in the preparation, holding and/or implementation of the result of the referendum shall be covered by this Law, which implements the right to self-determination that is part of the current legal system."

It is also worth quoting the first of Articles of Title III, headed "On the self-determination referendum", as well as what Article 9.1 of Title IV provides for.

"Article 4

1. The citizens of Catalonia are called upon to decide on the political future of Catalonia by means of the holding of the referendum, the terms of which are detailed below.

2. The question to be asked in the referendum is: *'Do you want Catalonia to be an independent state in the form of a republic?'*

3. The result of the referendum shall be binding in nature.

4. If the count of votes validly cast gives a result of more affirmative than negative votes, this shall mean the independence of Catalonia. To this end, the Parliament of Catalonia shall, within two days of the proclamation of the results by the Electoral Commission, hold an ordinary session to issue the formal declaration of independence of Catalonia and its effects and resolve upon the commencement of the constituent process.

5. If the counting of votes validly made gives a result of more negative than affirmative votes, it shall mean the immediate calling of elections for the Self-governing Community of Catalonia."

"Article 9

1. The referendum shall be held on Sunday 1 October 2017, pursuant to the Decree on the Calling of the Referendum.

2. (.....)" The following is set forth by the additional provision two:

"With regard to everything that does not contradict this Law and the Decree of Complementary Rules, Organic Law 2/1980, of 18 January, on the regulations of different forms of referenda, and Organic Law 5/1985, of 19 June, on the general electoral system, shall be applicable on a supplementary basis, interpreted in a manner that is in accordance with this Law."

Finally, it is also worth transcribing the first two final provisions of the Law:

"One. The provisions of local, Self-governing community and Spanish State law in force in Catalonia at the time of the passing of this Law shall continue to be applicable in every regard that does not contravene it. Pursuant to this Law, the provisions of European Union law, general international law and international treaties shall also continue to be applicable.

Two. Pursuant to the stipulations of Article 3.2, the provisions of this Law shall cease to be applicable upon proclamation of the referendum results, except for the provisions of Article 4 with regard to the implementation of the result."

Concerning the initial settlement of the subject-matter of our ruling, those are the core provisions of the challenged Law, which entered into force the same date of its official publication, namely 6 September 2017; it was suspended the following day by a decision issued by this Court, pursuant to Articles 161.2 CE and 30 LOTC [Organic Law on the Constitutional Court, hereinafter by its Spanish acronym "LOTC"] (Fact no. 2 of the present Judgment). The remaining provisions of Law 19/2017 are of organic or procedural nature and additional to those aforementioned. In the event that those would be declared unconstitutional, as the claim attempts to, those regulations depending on the aforementioned would face the same fate by means of linking or consequence (Art. 39.1 LOTC), given that they are built around a sole premise and do not have any indefinite effect (Articles 1, 3.2 and 4 and additional provision two of Law 19/2017).

Prior to ruling the case as such, some preliminary considerations are required regarding the exceptional nature or condition of Law 19/2017; also are they required concerning the constitutional control that accounts and the order followed by this Court when considering it in respect thereof.

2. Regarding the aforementioned questions, the following must be pointed out:

A. The regional Law 19/2017 is presented as establishing "an exceptional legal regime" with a view to the "self-determination referendum of Catalonia" (Article 3.2). According to the aforementioned provisions, there is no doubt that such demand of exceptionality encourages and gives meaning to the overall legal text which has to be adjudicated by the Court. This demand pinpoints both in the evident disregard of this Law for the constitutional and statutory order, but nevertheless links it to rules of international law, as seen in the additional searching for the alleged grounds or legitimacy of the Law, mainly in its preamble. We do not try at this stage to take a legal decision on this single desire of the challenged Law and its regulatory specifications, but it should be clearly stated that:

a. The "resolute position of disregard for the constitutional order" of this Law (quoting Legal Ground 3 of Constitutional Court Judgment 259/2015, of 2 December, hereinafter CCJ 259/2015) is already reflected in both the anomalous enactment formula and in the preamble.

Regarding the first one, the Law has not been enacted by the President of the *Generalitat*, contrary to what the SAC states: "in the name of the King" (Article 65) and the condition of the former as "the ordinary representative of the State in Catalonia" (Article 67.6.a). This would have made "visible the link by means of which the institutional organization of the Self-governing Communities are linked to the State, of which the King is the symbol of its unity and permanence pursuant to Article 56" (CCJ 5/1987, of 27 January, LG 5). An unusual statement has been called, without precedents, by which it simply gives visibility to passing the Law by the Parliament of Catalonia and being finally ordered (with the habitual formula used) "that all citizens subject to this Law shall cooperate to ensure its compliance, and that it shall be enforced by tribunals and authorities to whom it may correspond."

Concerning the preamble, and leaving aside their calling on the alleged international basis of the said Law, it cannot be omitted the mention, on a legitimate basis, of some decisions taken by the Parliament of Catalonia in respect of the "self-determination referendum", which have been ruled and declared unconstitutional and null and void by this Constitutional Court. Hence, this happens with Resolution 5/X adopting the "Declaration of sovereignty and right to decide of the people of Catalonia" (declared unconstitutional and null, insofar is relevant here, by the CCJ 42/2014, of 25 March); it also happened with Resolution 306/XI, regarding the "General political guidelines of the Government" (declared null, also insofar is relevant here, by CCJ 24/2017, of 14 February, pursuant to the enforcement of the judgment). Thus, linked with actions taken by some bodies of the *Generalitat*, the regional legislative tries to resolve upon a secessionist "process" from the Spanish State, which has successively resulted in many statements of unconstitutionality carried out by this Court in respect of the so-called "constituent process" in Catalonia [among the most recent, CCJ 90/2017, of 5 July, LG 3.d]).

Both the anomalous formula of indictment and the aforementioned preamble declared what seems to be unequivocal all along the provisions of the Law, where "sovereignty" of people of Catalonia is proclaimed (Article 2), and different from the national sovereignty, which according to the Constitution is vested in the Spanish people (Article 1.2 CE). The Parliament responsible for this Law is also identified as "representative" of such "sovereignty" (Article 3.1), as well as the legal prevalence of Law 19/2017 over any other rule which may contravene it. This last statement is stated in Article 3.2, in the additional provision two and also in the first final provision, which have been already transcribed in the former legal ground.

The alleged prevalence of Law 19/2017 would affect the own Constitution and the SAC. This conclusion is not masked by the references made by the Law itself (arts. 19.2, 22.4, 25, 28.8. 33.2 and additional provisions one and two) to a number of rules of the legal system in force. It is obvious that, once that unconditional prevalence was stated, only the Law in itself would apply those provisions referred to.

That same conclusion can neither be masked by the legal provision declaring the "immediate calling of elections" in the event that the counting of votes validly made in the "self-determination referendum" would give a result of more negative than affirmative votes (Article 4.5). That hypothesis of returning to the constitutional and statutory order would rely, in turn, on the "sovereignty" already exercised through the referendum and, consequently, on the exclusive will declared by a legislative who proclaims to act as the representative of that supreme power (Article 3.1).

Law 19/2017 tries to channel the eventual creation, after the eventual "formal declaration of independence of Catalonia" (Article 4.4), of a legal system absolutely different from the current system relying on the Constitution and the SAC. Thus anticipates, even short-lived its effects may be (Additional provision two), a legal "system" equally separated and independent from that one valid in Spain, giving rise to an unequivocal continuum. This entails two relevant consequences, which should also be highlighted.

Firstly, this Law does not claim for itself a presumption of constitutionality which generally accompanies any democratic legislative task (for all of them, CCJ 34/2013, of 14 February, LG 9). The autonomous Assembly seeks to act, by issuing it, not as a body established by the SAC, rule whose legal nature relies on the Constitution, but, according to its wording, as "the representative of the sovereignty of the people of Catalonia" (Article 3.1). That presumption could hardly be attained under the Constitution and the SAC.

Secondly, our ruling shall confine itself, in respect of the claim's substantive claims, to assess the legal validity or invalidity of those claims in order to create, in Law 19/2017 and based on it, which has been called some legal "systems" disregarding the overall legal system in force. Had those claims be declared contrary to the Constitution, it would make no sense to examine whether current or hypothetical legal contents of those systems would adapt or not to the fundamental rule. Nothing should be said, contrary to the claim, regarding whether the referendum on "an independent state in the form of a republic" (art. 4.4) contradicts or not Article 1.3 CE ("The political form of the Spanish State is the Parliamentary Monarchy"); neither, because of identical reasons, on whether the organization and functions of the electoral administration created by the Law (specifically, which has been stated in Article 27.2 regarding the exemption of jurisdictional control over their decisions) is adjusted or not to the requirements derived from the fundamental right to obtain effective protection from the judges and the courts (Article 24.1 CE).

b. Law 19/2017 does neither pretend to be based, according to the foregoing, on the Constitution nor on the SAC itself, but it intends to be based on an alleged "right to self- determination" (art. 3.3) so-called "fundamental and inalienable right of the people of Catalonia" (art. 3.2). Those regulatory statements are connected to the invocation, made in the preamble, to certain international treaties of which Spain forms part, where that "right of the peoples to the self-determination" has been recognized "as the first human right"; quoting Articles. 96 and 10.2 CE in respect thereof.

The aforementioned legal provisions are not yet to be adjudicated, however it must be pointed out that the last of them (art. 3.3) manifestly contradicts its own statement, which is only apparently descriptive. In case the alleged "right to self-determination" (of Catalonia) was "part of the current legal system", as stated in that Law, under no circumstances should it be understood as referred to the current constitutional system, but only to art. 3.3 of Law 19/2017, whose prescription it judges necessary in an auto referential manner.

Even less should those references to international rules made in the preamble be now submitted to jurisdictional control and, allegedly related to them, to others from our Constitution. Preambles of laws are not ordinarily subject to a ruling by this Court (for all, CCJ 104/2015, of 28 May, LG 3), provided that they can bring an interpretative criterion for "seeking the legislative will" (among others, CCJ 170/2016, of 6 October, LG 2). The evidence that, in this matter, the preamble does not give any clue as to the interpretation of unequivocal rules would exclude all consideration thereof, but a significant reason exists to look into it. The explanations stated in the preamble have had reflection on legal provisions subject to the ruling of this Court, and also because the claim argues at length against the fact that the said "right to self-determination" of Catalonia is allegedly based on international rules.

Not any "peoples of Spain", by quoting the preamble to the Constitution, has a "right to self-determination", in the sense that Law 19/2017 recognizes it as a "right" to foster and accomplish its unilateral secession from the State to which Spain is established (art. 1.1 CE). This "right" is obviously "not recognized by the Constitution" [CCJ 42/2014, LG 3.b), and ATC 122/2015, of 7 July, LG 5]. Neither should it be assumed, as stated in the preamble of the challenged Law, that it forms part of our legal system via international treaties to which Spain is party (art. 96 CE). This thesis incurs in the obvious contradiction of pretending that the State sovereignty so as to conclude those alleged commitments would oddly entail its renounce to this same sovereignty; the unconditional supremacy of the Constitution would lead to the nullity and non-application of those hypothetical commitments [arts. 95 CE and 27.2.c) LOTC; DDTC 1/1992, of 1st July, FFJJ 1 and 4, and 1/2004, of 13 December, LG 2; SCCJ 100/2012, of 8 May, LG 7; 26/2014, of 13 February, LG 3; and 215/2014, of 18 December, LG 3.a)]. Apart from this, it is blatantly obvious that the interpretation posed by the preamble to the Law 19/2017, has not even

been authorized, but on the contrary, it has emphatically been contradicted by the same international sources to which it resorts to.

It is true that the International Covenant on Civil and Political Rights of 19 December 1966, the Covenant on Economic and Cultural Rights, of the same date, of which Spain is party, and the preamble of Law 19/2017, state that "All peoples have the right of self-determination" (art. 1.1 of both Treaties). It is nevertheless clear that a number of unequivocal decisions issued by the United Nations, in whose framework those Covenants were signed, have limited that right, which is understood as a desire of unilateral access to the independence in those cases of "alien subjugation, domination and exploitation". Apart from them, "any attempt aimed at the partial or total disruption of the national unity and the territorial integrity of a country is incompatible with the purposes and principles of the Charter of the United Nations", as stated in no. 1 and 6 of the Declaration on the granting of independence to colonial countries and peoples, adopted by Resolution 1514 (XV) of the General Assembly of United Nations of 14 December 1960.

Even more precise is the Declaration 50/6 of the United Nations, whose third paragraph of Section one states the following: "Continue to reaffirm the right of self-determination of all peoples, taking into account the particular situation of peoples under colonial or other forms of alien domination or foreign occupation, and recognize the right of peoples to take legitimate action in accordance with the Charter of the United Nations to realize their inalienable right of self-determination. This shall not be construed as authorizing or encouraging any action that would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples and thus possessed of a Government representing the whole people belonging to the territory without distinction of any kind"

It is obvious that such participation, under the Constitution, the Statute of Autonomy and the overall of the legal system, is enjoyed by every Spaniard who benefits from the political status of being Catalan (art. 7 SAC) or, in other words, the Catalan peoples as a whole, as the Constitution notes in its preamble when referring to "peoples of Spain".

The aforementioned is enough to exclude all supposed grounds on international right invoked in the preamble of Law 19/2017 to the "self-determination" of Catalonia. Those referrals advocate the legal impossibility that the Constitution itself would, in its core, be inapplicable or shifted in view of those international commitments. Notwithstanding that those commitments do not, in any way, exist within the scope or the intended content. It is worth recalling that concern for "national identity", for "political and constitutional fundamental structures" and for "territorial integrity" of Member Estates are principles expressly set forth, with the highest rank, under European law (art. 4.2 of the Treaty on European Union).

B) The challenged Law provides for itself the so-called period of validity subject to an expiry date. As established in its final provision two "pursuant to the stipulations of Article 3.2, the provisions of this Law shall cease to be applicable upon proclamation of the referendum results, except for the provisions of Article 4 with regard to the implementation of the result"

Such restriction to the validity of those rules should not hinder its current ruling, given that Law 19/2017 is still in force –even though its effects have been suspended– when this tribunal is deliberating and deciding on its constitutionality.

The legal period established for such loss of legal force has been fixed with regard to the "implementation of the result" called on 1 October 2017 (art. 9.1), so that the said referendum can neither be seen as legally held, nor therefore that condition could be verified, given the suspension of the Law 19/2017 pursuant arts. 161.2 CE and 30 LOTC, by an order issued on 7 September 2017 (Fact 2 of the present Judgment). This suspension was followed by many others that, based on identical constitutional and legal grounds, affected to a number of acts and provisions adopted by enforcing the challenged Law: orders issued on the same date that the former one, concerning the

challenged autonomous provisions 4332-2017, 4333-2017 and 4335-2017. By way of those orders, also the Resolution 807/XI, of the Parliament of Catalonia, appointing the members of the so-called Electoral Board of Catalonia, the Decree 140/2017, of 7 September, on the complementary regulations for carrying out the Catalan Self- determination Referendum, and finally the Decree 139/2017, of 6 September, of the *Generalitat* of Catalonia, on calling the reiterated referendum, were respectively suspended.

Even beyond the aforementioned –enough for clarifying any doubt on the validity of Law 19/2017, for the purpose of its constitutional ruling–, it is also necessary to consider that the same Law excludes its art. 4 "in regards as the implementation of the results" from that alleged loss of validity. This refers to sections 4 and 5 of said Article, by which the Law considers either the "independence of Catalonia", or "the immediate calling of elections for the Self-governing Community of Catalonia", depending on the results of the supposed "self- determination referendum". It is regulated and called by considering Catalonia a "sovereign political subject" according to a precept (art. 2) that, even not being in force, should be implicitly and unambiguously included, as a final ground, on those statements of art. 4 carrying out what the autonomous legislative consider the "implementation" of the result of the said consultation.

At this point, it is possible, according to the aforementioned clarifications, to get into the constitutional ruling of Law 19/2017. As followed in a number of occasions when, as in present proceedings, some autonomous laws have been challenged due to jurisdictional, substantial and procedural reasons (i.e. CCJ 103/2008, of 11 September), our assessment shall follow the same order, although the claim's methodical account shall be slightly altered.

3. In this ground, we contemplate the alleged unconstitutionality of the challenged Law for being vitiated by a lack of competence, as claimed in the claim, having disregarded the exclusive State competences in respect of popular consultations via referendum.

Those competences cover, according to a well-established case-law of the Court, not only the authorization of those consultations (art. 149.1.32 CE), but also the establishment and regulation therewith. The institution of a referendum is a channel to the direct participation of citizens in public affairs, participation of political nature which is considered a fundamental right (art. 23.1 CE) whose implementation is solely subject to an organic law (art. 81.1 CE) and, more specifically, the one set forth in art. 92.3 CE in order to regulate "the terms and procedures for the different kinds of referendum provided for in this Constitution". As established by the said constitutional rules, governing the establishment of a referendum is the sole prerogative of the State "regardless of the modality or territorial scope within it is projected" [CCJ 31/2015, of 25 February, LG 6.A)], notwithstanding those caveats set forth in our case-law concerning the eventual additional interference granted to Self-governing Communities [CCJ 51/2017, of 10 May, LG 6.a)].

Which is more relevant for the present proceedings is to recall two unequivocal statements of our case-law in this field. Although the specific scenarios for a referendum anticipated by the constituent do not exhaust the scope of few other admissible in our legal system, the generic or abstract provision of those referendums different to those expressly contemplated in the fundamental rule shall solely be adopted by the organic law to which art. 92.3 CE relates. The second statement, especially relevant for the present claim, is that fundamental questions already resolved in the constituent process and subtracted from the decision of the established power cannot be subject to autonomous popular consultations - whether by referenda or otherwise [CCJ 51/2017, LG 5 c) and d), quoting former judgments]. Thus, redefining the identity and unity of the holder of sovereignty is a matter that has to be channeled through the proceedings of reform set forth in 168 CE, via referendum of constitutional amendment (CCJ 90/2017, LG 6, also quoting former judgments by this Tribunal), since a Self-governing Community cannot call a referendum which exceeds the framework of its own powers or even insists on fundamental issues already resolved by the constituent process or removed from the decision of established powers (LG 4 CCJ 103/2008 and LG 3 CCJ 138/2015).

It is then obvious that Law 19/2017 has been enacted without any supporting powers and thus it is unconstitutional as a whole, since the overall law has been based on the regulation and calling a singular referendum which exceeds the statutory powers of the Self-governing Community.

A referendum has been then called without the required authorization from the State (art. 149.1.32 CE). Besides, this specific type of consultation is neither set forth in the Constitution nor in the organic law to which Article 92.3 CE relates (currently, Organic Law 2/1980, of 18 January), without Article 122 SAC being able to provide any ground for its regulation under the aforementioned constitutional case-law; provision that the challenged Law, apparently based on the "sovereignty" of Catalonia, refrains from invoking [on the scope and limits of the former statutory rule, see the aforementioned SCCJ 51/2017 and 90/2017, FFJJ 6.a) and 7.B), respectively]. It should also be noted, which is of higher relevance, that the consultation on the "self-determination" of Catalonia should absolutely affect the aforementioned identity and unity of the holder of sovereignty and, therefore, according to our case-law, it could not be subjected to a different kind of referendum that the provided for in art. 168.3 CE, with the involvement of the whole Spanish electorate.

Once the lack of competence addressed by the claim against the Law 19/2017 has been laid down, let us consider the material or substantial grounds hereinafter.

4. The present claim has been lodged in order to uphold the national sovereignty that is vested in the Spanish people (art. 1.2 CE) and the indissoluble unity of the Spanish nation, basis for a Constitution that both recognizes and safeguards the right to self-government of the nationalities and regions of which it is composed and the solidarity among them all (art. 2 CE). The challenged Law, as stated by the claim, would amount to a "complete and absolute break" with those essential principles of our legal system inasmuch as it confers the condition of "sovereign political subject" to the people of Catalonia (art. 2), "sovereignty" of which the Parliament of Catalonia acts as a "representative" (art. 3.1), regulating and calling "a binding self-determination referendum on the independence of Catalonia" (arts. 1 and 4). It is claimed that such provisions have "hierarchical prevalence", as the overall Law, "over any other regulations that may come into conflict with it" (art. 3.2, in conjunction with additional provision two and final provision one).

The "flagrant and severe violation of our constitutional system", according to the claim, would also result from the infringement, by the Law 19/2017, of art. 1.3 and 168 CE, respectively referred to the parliamentary monarchy as a political form of the Spanish State and the proceedings for the total or partial revision of the Constitution (namely, Preliminary Title, Chapter II, Section 1a, or the Title I or Title II); provisions which, in a different section of the claim, are quoted together with art. 9.1 CE, according to which "citizens and public authorities are bound by the Constitution and all other legal provisions".

Hereinafter, the Court will examine both grounds of unconstitutionality, with two previous clarifications. Firstly, once the pretension of Law 19/2017 to become a channel to institute a "system" outside the Constitution has been established, the former should be judged, not the future contents of the sponsored "system". Consequently, the "independent state in the form of a republic" of Catalonia submitted to a referendum (art. 4.2) is now under consideration in contrast with art. 1.3 CE. Secondly, our ruling may be ground on any constitutional provision, regardless of whether they have been invoked or not during the proceedings (art. 39.2 LOTC).

5. There is no doubt that Law 19/2017 is unconstitutional on the whole by explicitly going against those essential principles of our constitutional system: national sovereignty vested in the Spanish people, the unity itself of the nation established as a social and democratic State, and the supremacy of the Constitution, to which all public authorities are bound, and hence also the Parliament of Catalonia (arts. 1.2, 2, 1.1 and 9.1 CE).

Now, it is a matter of a "constitutional violation which is not, as is usually the case with contraventions of our fundamental statute, the result of a misunderstanding of what the Constitution enforces or allows in a given circumstance, but rather the result of an outright rejection of the binding power of the Constitution itself, which has been expressly set at odds with a power claiming to hold ("representative", quoting art. 3.1 of the Law)

sovereignty and to constitute the expression of a constituent dimension from which a blatant repudiation of the current constitutional system has taken place. This is an affirmation by an authority with pretensions of founding a new political order, and for that very reason, of being released from all legal ties" (CCJ 259/2015, LG 6; on similar terms, ATC 141/2016, of 19 July, LG 3).

Constitutional principles so forthrightly opposed are indissolubly linked, as the Court already stated in CCJ 259/2015. The Constitution's preeminence as the supreme statute (CCJ 54/1983, of 21 June, LG 2, and, even earlier in CCJ 16/1982, of 28 April, LG 1), expressly set forth in Article 9.1 CE, relates to the fact that the Constitution itself is the result of its creation as a sovereign nation by way of a single entity, the Spanish people, to whom national sovereignty belongs and from whom all State powers emanate. It should also be pointed out that the national sovereignty, vested in the Spanish people, necessarily entails the unity of the nation (art. 2 CE), whereby the nation itself is formed, at the same time, in a social and democratic State. A sole and common State for everyone and in the whole territory, regardless of its complex, compound unit by virtue of constitutional recognition of territorial autonomies, thus being Article 1.2 CE the basis of our entire legal system [CCJ 259/2015, LG 4.a); on similar terms, CCJ 90/2017, LG 6.a)].

The foregoing has been openly opposed by the Law subject to this claim:

A) It firstly opposes the preeminence of the Constitution. Not any established power should seek to surpass the fundamental rule, as the Parliament of Catalonia has stated on its own volition in an "open and explicit challenge to the binding force of the Constitution or the legal system grounded upon it" (CCJ 128/2016, of 7 July, LG 5). It means nothing more when this Law advocates its "hierarchical prevalence over any other regulations that may come into conflict" with it (art. 3.2). Consequently, such provision decides at its discretion whether to be applied or not to the State organic laws (additional provision two) or even, generally speaking, to any other State, autonomous or local rules, also exceeding the European Union law, the international law and international treaties, depending on whether they oppose or not to the said provisions. Spanish State rules –as stated by the final provision one of this Law– "shall continue to be applicable in every regard that does not contravene it." (sic), while the provisions of the European Union and international law should apply "pursuant to this Law".

It is obvious how the autonomous legislative has forgotten "the permanent difference between the objectivity of the constituent power formalized in the Constitution and the action taken by constituent powers, whom could never surpass those limits and powers set forth by the former" [CCJ 76/1983, of 5 august, LG 4; on similar terms, CCJ 15/2000, of 20 January, LG 3, and 247/2007, of 12 December, LG 8.a)]. It is hardly needed to point out that, once the binding force of the Constitution has been disregarded, the conformity with the SAC at issue has also been ignored (art. 147.1 CE), which is the immediate base of the powers of Parliament adopted by this law. The self-government of Catalonia, formed as a Self-governing Community, cannot be carried out, in effect, but "in accordance with the Constitution and with this Statute, which is its basic institutional act", and the powers of the *Generalitat*, "emanating from the people of Catalonia", should also be consequently exercised, "in accordance with this Statute and with the Constitution" (arts. 1 and 2.4 SAC). "Self-government –in sum– is not sovereignty" (CCJ 4/1981, of 2 February, LG 3, and many other further judgments on similar terms).

B) Contrary to what has been just recalled, the supremacy that this Law advocates for itself, with the subsequent subversion of the system of sources of law, comes from the statement made in its art. 2, according to which, and openly inconsistent with art. 1.2 CE, "the people of Catalonia are a sovereign political subject and, as such, exercise their right to freely and democratically decide upon their political condition"; a "sovereignty" which proclaims itself to be "representative" of the same autonomous assembly which has issued this Law (art. 3.1). But neither the people of Catalonia "hold a sovereign power, which exclusively belongs to the Spanish nation in the form of a State", nor should, consequently, be identified as a "legal entity which is in competition with the holder of the national sovereignty"; neither the citizens of Catalonia should "be confused with the sovereign people construed as «the ideal unity of allocation of the constituent power and as such source of the Constitution and legal system»" [CCJ 90/2017, LG 6.a), with reference to similar former judgments].

It is also worth recalling, contrary to what has been stated in the preamble of the challenged Law concerning the "breach of the Spanish constitutional pact of 1978", that "the Constitution is not, therefore, presented as the result of an agreement between historical territorial institutions which retain certain rights that predate the Constitution and superior to it, but rather a legal text which imposes with binding force within its scope" (CCJ 76/1988, of 26 April, LG 3, and on similar terms SCCJ 42/2014, LG 3, 259/2015, LG 4.b), and 90/2017, LG 6). If "as a social, historic reality, Catalonia (and Spain as a whole) existed prior to the 1978 Constitution" "from a legal, constitutional point of view, the "people of Catalonia » (....) include a subject that is however constituted in legal terms by virtue of a constitutional recognition (in the same way as it happens with the "Spanish People" as a whole, "from whom all State powers emanate", pursuant to art. 1.2 CE" (CCJ 42/2014, LG 3).

C) The "binding self-determination referendum" regulated and called by Law 19/2017 (arts. 1 and 4 and related) is as consistent with the unconstitutional assumption that "sovereignty" of people of Catalonia from which it departs as irreconcilable with the unity of the Spanish nation in which the Constitution is grounded (art. 2 CE). Had this consultation be upheld under the terms provided, such unity would have been legally aggravated. Even though the counting of votes validly made would have not implied the "independence of Catalonia" (art. 4.4) that unity of the Nation, and the State in which it has been established (art. 1.1 CE), it would have hopelessly been cancelled. The nation in whose unity the Constitution is based is that of the overall of Spaniards, free and equals in rights. They are solely those who, hypothetically, could be called upon to decide on the permanence and fate of the common State (art. 168 CE), and the constituent power of which they are sole holders would even not deserve that name in the event that such decision would be only recognized to a portion of the Spanish people, as claimed by Law 19/2017. Which affects to all, that is, the permanence of that common State in which Spain was stablished, should, where appropriate, only be amended and decided by all of them [CCJ 90/2017, LG 6.a)]; the opposite would imply, by breaking the unity of citizens, the collapse of the nation as a whole from a legal and constitutional point of view

The provisions of the Constitution (and also, therefore, its art. 2) are, without exception, subject to reconsideration and revision according to law. The Court, thus, reiterates that "does not claim that its provisions are set in stone, but rather permits its full revision" (art. 168 CE and CCJ 48/2003, of 12 March, LG 7)". It guarantees that "only the citizens, acting necessarily on the completion of the reform process, can hold supreme power; in other words, the power to modify the Constitution without restrictions" (CCJ 103/2008, of 11 September, LG 2). Each and every constitutional statement is subject to amendment, but in that case it is necessary that "the attempt to achieve this" shall be "effectively performed within the procedural framework for constitutional reform, since concern for these procedures is always mandatory" (CCJ 138/2015, of 11 June, LG 4, and the case-law cited). The openness for the formal amendment of the fundamental rule is complete, which, among others, may be requested or proposed by the Assemblies of Self- governing Communities (arts. 87.2 and 166 CE). This gives the most ample freedom to public exposition and defense of any ideological conceptions, included those that "seek to have a certain group recognized as a national community, even when this is the basis for attempting to form a constitutionally legitimized intent—through the corresponding, unavoidable reform of the Constitution— to translate this notion into a legal reality" (CCJ 31/2010, of 28 June, LG 12). A public debate that, whether inside or outside the institutions, regarding those political projects or any other advocating constitutional reform, enjoys, precisely under the protection of the Constitution itself, an unconditional freedom. However, converting these projects into rules or other manifestations of the public power is only possible through the procedure for constitutional reform. To do otherwise would be to release the public authorities from any requirement to obey the law, irreparably damaging citizens' freedoms" [CCJ 259/2015, LG 7; on similar terms, SCCJ 122/1983, of 16 December, LG 5; 52/2017, LG 5; and 90/2017, LG 6.b)]. This last is, nevertheless, what the Parliament of Catalonia has carried out by passing the challenged Law.

D) The "structural principles of legal system" (CCJ 128/2016, LG 5) are indivisible requirements and the confirmed infringement of provisions set forth in arts. 1.2 and 2 CE is also inseparably bound up with those that shape our State as a "democratic" and "subject to the rule of law" State (art. 1.1 CE).

By passing Law 19/2017, the Parliament of Catalonia has stood up against the national sovereignty falling to the Spanish people, calling a portion of that people by challenging the unity of the Nation, to decide the fate of the common State (arts. 1.2 and 2 CE), while attempting to "ignore the current institutional position, according to the system in force, of the Self-governing Community" [CCJ 52/2017, LG 8.A)], with the corresponding violation, therefore, of the constitutional principle of self-government (art. 2 CE) and the core of the Statute of Catalonia itself (arts. 1 and 2 SAC), thus undermining its immediate source of authority.

This breach of the Constitution and the full disregard in which the Chamber has incurred of the constitutional loyalty which obliges everyone (among other, SCCJ 181/1988, of 13 October, LG 4, and 9/2017, of 19 January, LG 3), have attempted, at the same time, against the existence of the Spanish State –where the Community of Catalonia is included- as a social and democratic State subject to the constitutional principles set out in art. 1.1 CE, which at the same time are common values to the European Union Member States on which the Union is founded (art. 2 of the Treaty on European Union).

The Parliament of Catalonia has purported, by means of the Law 19/2017, to cancel *de facto*, within the territory of Catalonia and to Catalan people as a whole, the validity of the Constitution, of the Statute of Autonomy and any rules of law that would not adjust or adapt to the dictates of its invalid will. This is what predicates the apodictic statement both as a representative of a "sovereignty" which is a non-existent law and as a hierarchical supremacy of rules issued at its own discretion (art. 3). The Chamber has remained entirely on the fringes of the rule of law, has come into an unacceptable *de facto* route (SCCJ 103/2008, LG 4, and 259/2015, LG 7, and ATC 24/2017, LG 9), has openly ceased to act in the performance of its own constitutional and statutory actions and has placed at greater risk, for all the citizens of Catalonia, the validity and effectiveness of any safeguards and rights provided by the Constitution and the State to all of them. Thus, citizens have been left to the mercy of a power which does not recognize any limit whatsoever. They have drastically refused, by means of the proclaimed "exceptional legal regime" (art. 3.2), unavoidable requirements of the rule of law, whose guarantee and dignity rely on the assurance that their rulers are servants, not owners of the law, and first and foremost of the Constitution and of the rules emanating from it which govern those proceedings to its own and unlimited formal amendment; therefore, one cannot speak of political and social freedom if those requirements are not fulfilled.

Nonetheless, by giving up –as stated in Ground 2 of this judgment- any presumption of constitutionality, the autonomous assembly is not entitled to legitimately claim obedience to this Law. A power which expressly refuses the law, also denies itself the possibility to be an authority worthy of observance. Such a serious attack to the rule of law overly violates, with similar intensity, the democratic principle, having the Parliament disregarded that subordination to the Constitution is another form of submission to the will of the people, expressed this time as a constituent power which belongs to the Spanish people, not to a single piece of it. In the constitutional State, the principle of democracy cannot be detached from the unconditional supremacy of the Constitution [CCJ 259/2015, LG 4.b)]; which neither consents to any constituted power to adopt some decisions intended irreversible or without return for the political community. The reversibility of policy choices is, precisely, consistent with democracy [SCCJ 31/2010, LG 6; 163/2012, of 20 September, LG 9; 224/2012, of 29 November, LG 11; and 259/2015, LG 5.b)].

The preamble to the Law 19/2017 points out that, through it, "the democratic mandate arising from the elections of 27 September 2015" is accomplished, whereby the Parliament of Catalonia expresses the majority mandate from the people of Catalonia". But the "mandate from the people" —from Spaniards as a whole or from Catalan people—, is only identifiable and available, at the risk of counterfeiting, by means of law, in accordance with in each case may be raised before the corresponding electoral bodies, always according to the Constitution and the remaining legal system (CCJ 31/2015, of 25 February, LG 5).

Finally, Law 19/2017 does not only incur in the aforementioned lack of jurisdiction (Ground 3). It is also unconstitutional, in her highest severity, due to the said legal reasons of material order, which now requires annulling the legal appearance (CCJ 259/2015, LG 7) which, being issued by an authority about which there are

no legitimate doubts at source, this Law, despite its exorbitant provisions, could have displayed before the citizens. […]

7. For the foregoing reasons, we hereby declare the unconstitutionality and nullity, in its entirety, of the Law issued by the Parliament of Catalonia no. 19/2017, of 6 September, so-called "on the self-determination referendum" (art. 39.1 LOTC). […]

RULING

In consideration of all of the foregoing, the Constitutional Court, BY THE AUTHORITY CONFERRED BY THE CONSTITUTION OF THE SPANISH NATION,

Has decided

To uphold the present action on unconstitutionality and, consequently, to declare the nullity and unconstitutionality of the Law of Catalonia 19/2017, of 6 September, so-called "on the self-determination referendum". […]

DOCUMENT Nº 50

ARRÊT SUR LA LOI RELATIVE À LA TRANSITION JURIDIQUE ET POUR LA CONSTITUTION D´UNE RÉPUBLIQUE, DU PARLEMENT DE CATALOGNE

(Tribunal constitutionnel espagnol)

(Extraits)

Date d'adoption : 8 novembre 2017
Nº de l'arrêt : 124/2017

ARRÊT
(Traduction française non-officielle)

[…] II. Motifs juridiques

1. En formant le présent recours en inconstitutionnalité, le Président du Gouvernement conteste la Loi du Parlement de Catalogne 20/2017, du 8 septembre, dite « loi transitoire juridique et fondatrice de la République ». Le recours est formé contre la loi dans son ensemble, déclarée inconstitutionnelle pour des raisons matérielles et procédurales. […]

2. Comme le révèle sa dénomination et le signale son préambule de manière expresse, l'objet et la finalité principale de la Loi attaquée sont, « une fois l'indépendance de la Catalogne proclamée », et jusqu'à l'approbation de la constitution qui doit la configurer définitivement, « donner forme juridique, à titre transitoire, aux éléments constitutifs essentiels du nouvel État (*sic*) afin qu'il puisse commencer à fonctionner aussitôt de la manière la plus efficace possible et, en même temps, […] réglementer le passage du système juridique en vigueur vers celui que la République doit créer progressivement, tout en garantissant l'absence de lacunes d'ordre légal afin que la transition intervienne de manière ordonnée et graduelle et en toute sécurité juridique ; en garantissant, en somme, que dès le début le nouvel État sera soumis au Droit ; et qu'il sera à tout moment un État de Droit ». […]

5. La Loi attaquée, si nous appliquons le même raisonnement que nous avons déjà retenu dans la STC 114/2017 (FJ 5) par rapport à des infractions constitutionnelles substantiellement identiques à celles reprochées à la Loi du Parlement de Catalogne 19/2017, est, de tout évidence, inconstitutionnelle, et elle l'est intégralement, dès lors

qu'elle enfreint, de manière explicite, des principes essentiels et indissociables de notre système constitutionnel : la souveraineté nationale, qui réside dans le peuple espagnol, l'unité même de la Nation constituée en État social et démocratique de droit, et la primauté de la Constitution elle-même, à laquelle sont soumis tous les pouvoirs publics et, par conséquent, le Parlement de Catalogne également (arts. 1.2, 2 et 9.1 CE). […]

b) Selon l'article 2 de la Loi attaquée, qui établit la primauté qu'elle s'attribue, en ouverte contradiction avec l'article 1.2 CE, que « la souveraineté de Catalogne réside dans le peuple de Catalogne, et celle d'Aran dans le peuple aranais, desquels émanent tous les pouvoirs de l'État ».

Comme ce Tribunal l'a déjà déclaré, face à des approches qui attribuent la qualité de souveraines à des nationalités ou des régions constituées en Communautés Autonomes intégrées dans l'État (art. 2), il y a lieu d'affirmer de nouveau que « la Constitution elle-même est le résultat de la détermination de la nation souveraine par le biais d'un sujet unitaire, le peuple espagnol, dans lequel réside cette souveraineté et à partir duquel émanent donc les pouvoirs de l'État (art. 1.2 CE) » celui-ci étant conçu comme « l'ensemble des institutions et des organes qui exercent, sur l'ensemble du territoire, le pouvoir public et dans lequel sont intégrées les Communautés Autonomes » [STC 259/2015, FJ 4 a) et la jurisprudence qui y est mentionnée]. L'article 1.2 CE, la disposition « fondamentale de tout notre système juridique » (STC 6/1981, du 16 mars, FJ 3), attribue donc, à titre exclusif, l'exercice de la souveraineté nationale au peuple espagnol, l'unité idéale d'attribution du pouvoir constituant et, en tant que telle, le pilier fondamental de la Constitution et du système juridique et l'origine de tous les pouvoirs politiques (STC 12/2008, du 29 janvier, FJ 4 ; et STC 13/2009, du 29 janvier, FJ 16). Seul le peuple espagnol étant souverain à titre indivisible et exclusif selon l'ordre constitutionnel en vigueur, aucun autre sujet ou organe de l'État, ou aucune fraction de ce peuple, ne peut prétendre, en se déclarant souverain, disposer de la souveraineté nationale ou l'enfreindre. Toute action de cet organe ou d'un peuple ou des citoyens d'une Communauté Autonome voulant s'attribuer cette disposition de la souveraineté nationale ou l'enfreindre ne peut constituer qu' « une négation simultanée de la souveraineté nationale qui, conformément à la Constitution, réside dans l'ensemble du peuple espagnol » [STC 42/2004, du 25 mars, FJ 3; STC 259/2015, FJ 4 a) ; 90/2017, du 5 juillet, FJ 6 a)].

Comme nous l'avons déjà signalé, le peuple de Catalogne, et cela vaut également pour le peuple aranais, « n'est pas titulaire d'un pouvoir souverain, exclusif de la Nation [espagnole] constituée en État » (STC 42/2014, FJ 3), ni est « un sujet juridique pouvant entrer en concurrence avec le titulaire de la souveraineté nationale » (STC 259/2015, FJ 3). Finalement, les citoyens de Catalogne ne peuvent se confondre avec le peuple souverain conçu comme « l'unité idéale d'attribution du pouvoir constituant et, en tant que telle, la source de la Constitution et du système juridique » [STC 12/2008, FJ 10 ; STC 259/2015, FJ 3; STC 90/2017, FJ 6 a) ; STC 114/2017, FJ 5 B)].

c) La constitution de Catalogne sous forme d'État indépendant (art. 1) est inconciliable avec l'unité de la Nation espagnole sur laquelle se fonde la Constitution (art. 2 CE).

La souveraineté de la nation attribuée au peuple espagnol « comporte nécessairement son unité », comme le proclame l'article 2 CE, et cette unité du sujet souverain « est le fondement d'une Constitution au moyen de laquelle la nation elle-même se constitue, dans le même temps, en État social et démocratique de Droit (art. 1.1 CE) ». Il s'agit également d'un État « unique ou commun pour tous et sur tout le territoire, sous réserve de son articulation composée ou complexe en vertu de la reconnaissance constitutionnelle des autonomies territoriales […] aux différentes nationalités et régions qui, constituées en Communautés Autonomes, conformément à leurs Statuts d'Autonomie respectifs, constituent l'Espagne » [STC 259/2015, FJ 4 a), cette doctrine étant reproduite dans STC 90/2017, FJ 6 a)].

L'attribution de la souveraineté nationale au peuple espagnol (art. 1.2 CE) et l'unité indissoluble de la Nation (art. 2 CE) sont donc établies en même temps que la reconnaissance et la garantie du droit à l'autonomie des nationalités et des régions (art. 2 CE). Ce droit à l'autonomie n'est et ne peut se confondre avec la souveraineté (STC 4/1981, du 2 février, FJ 3; STC 25/1981, du 14 juillet, FJ 3), que notre Constitution n'attribue pas aux nationalités et régions qui constituent l'État. En ce sens, ce Tribunal a déjà déclaré que, du point de vue juridique, l'article 1 du SAC définit la position actuelle de la Catalogne dans le cadre constitutionnel actuel en tant que « nationalité, [qui]

exerce son autogouvernement sous forme de Communauté Autonome conformément à la Constitution et au présent Statut, qui est sa norme institutionnelle de base ». La déclaration que reprend la disposition statutaire reproduite met en relief par rapport à la Catalogne, « dans des termes constitutionnellement impeccables […] tous les attributs qui en font une partie intégrante de l'État fondé sur la Constitution. Une nationalité constituée en Communauté Autonome et dont la norme institutionnelle de base est son propre Statut d'Autonomie ». Par conséquent, la Communauté Autonome de Catalogne « trouve son origine dans le Droit de la Constitution espagnole et, de par celle-ci, dans la souveraineté nationale proclamée par l'art. 1.2 CE, dont le titulaire, le peuple espagnol, pour l'exercer, s'est donné une Constitution qui se dit et se veut fondée sur l'unité de la Nation espagnole ». La Constitution n'est donc pas présentée comme « le résultat d'un pacte entre des instances territoriales historiques qui conservent des droits antérieurs » à celle-ci, mais comme une « norme du pouvoir constituant qui s'impose avec sa force contraignante générale sur son champ d'application, sans que les situations historiques antérieures n'en soient exclues » [STC 90/2017, FJ 6 a) et la jurisprudence qui y est mentionnée].

Ce Tribunal signale fermement et à de maintes reprises dans STC 114/2017 [FJ 2 A) b)] qu'aucun des « peuples d'Espagne » (préambule CE) ne dispose d'un « droit d'autodétermination », qui serait le « droit d'encourager et de mettre en oeuvre sa sécession unilatérale de l'État dans lequel l'Espagne est constitué (art 1.1 CE) ». « Ce droit, de toute évidence, n'est pas reconnu dans la Constitution, et il n'y a pas lieu d'affirmer […] qu'il fasse partie de notre système juridique via les traités internationaux souscrits par l'Espagne (art. 96 CE) », ni sur la base du droit international. Et, finalement, comme ce Tribunal l'a déclaré dans l'Arrêt susvisé, « le respect de l' unité nationale», des « structures fondamentales politiques et constitutionnelles » et de l' «intégrité territoriale » des États membres sont des principes instaurés de manière expresse par le droit européen, et au niveau le plus élevé de celui-ci (art. 4.2 du Traité de l'Union Européenne) ». […]

e) L'infraction constatée des articles 1.2 et 2 CE comporte également, de manière inséparable, celle des principes constitutionnels qui configurent notre État comme étant « de droit » et « démocratique » (art. 1.1 CE).

En approuvant la Loi attaquée, le Parlement de Catalogne s'est levé pour contester la souveraineté nationale qui réside dans le peuple espagnol (art. 1.2 CE), a violé l'unité de la Nation (art. 2 CE) et a mis au rebut « la position institutionnelle actuelle, conforme au système juridique en vigueur, de la Communauté Autonome » [STC 52/2017, FJ 8 A)]. Tout cela a entraîné la violation, comme nous l'avons déjà déclaré dans STC 114/2017 en nous prononçant sur la Loi du même Parlement 19/2017, « du principe constitutionnel d'autonomie (art. 2 CE) et des déterminations fondamentales du Statut de Catalogne lui-même (arts. 1 et 2 SAC), ce qui affaiblit sa source d'autorité immédiate » [FJ 5 D)].

Comme nous l'avons signalé également dans l'Arrêt susvisé, et nous le répétons en l'occurrence, la Chambre, en approuvant la Loi faisant l'objet de ce processus en méprisant de manière absolue la loyauté constitutionnelle, « a exécuté […] un attentat contre la considération de l'État espagnol -dans lequel est intégrée la Communauté Autonome de Catalogne- comme État de droit et démocratique, fondé sur les principes constitutionnels instaurés par l'art. 1.1 CE, qui sont aussi des valeurs communes aux États membres de l'Union Européenne, sur lesquelles celle-ci est fondée également (art. 2 du Traité de l'Union Européenne) ». Elle a voulu aussi « annuler de fait, sur le territoire de la Communauté Autonome et pour tout le peuple catalan, la validité de la Constitution, du Statut d'Autonomie et de toutes les règles du droit qui ne sont pas du goût de sa nue volonté ». En agissant de la sorte, la Chambre « s'est située entièrement en dehors du droit », a cessé « d'agir dans l'exercice de ses fonctions constitutionnelles et statutaires propres et a mis en grand péril, pour tous les citoyens de Catalogne, la validité et l'efficacité de l'ensemble des garanties et des droits que leur attribuent aussi bien la Constitution que le Statut lui-même ». Finalement, ce grave attentat à l'État de droit a enfreint, « avec la même intensité, le principe démocratique, le Parlement ayant négligé le fait que la soumission de tous à la Constitution est une autre forme de soumission à la volonté du peuple, exprimée cette fois-ci comme un pouvoir constituant qui réside dans le peuple espagnol, et non pas dans une fraction de celui-ci », dès lors que dans l'État constitutionnel « le principe démocratique ne peut pas se dissocier de la primauté inconditionnelle de la Constitution [STC 259/2015, FJ 4 b)] » [STC 114/2017, FJ 5 D)]. Par conséquent, pour toutes les raisons matérielles que nous venons d'exposer, il y a lieu de déclarer l'inconstitutionnalité et la nullité de la Loi attaquée. […]

JUGEMENT

Compte tenu de tout ce qui précède, le Tribunal constitutionnel, EN VERTU DE L'AUTORITÉ QUE LUI CONFÈRE LA CONSTITUTION DE LA NATION ESPAGNOLE, a décidé d'accueillir le présent recours en inconstitutionnalité et, par conséquent, de déclarer l'inconstitutionnalité et la nullité de la Loi du Parlement de Catalogne 20/2017, du 8 septembre, dite « transitoire juridique et fondatrice de la République ».