

JEAN-FRANÇOIS DOBELLE

RÉFÉRENDUM ET DROIT  
À L'AUTODÉTERMINATION<sup>1</sup>

## 42 I. HISTORIQUE

1. Certains font remonter l'origine du plébiscite<sup>2</sup> dans le domaine qui nous intéresse à la consultation des états généraux à la suite de la conclusion du traité de Londres de 1359 entre Jean II le Bon et l'Angleterre (qui se soldait par la cession d'une bonne partie de la France occidentale à la Couronne britannique) et de celle du traité de Madrid de 1526 entre François I<sup>er</sup> et Charles Quint (qui débouchait sur le transfert de la Bourgogne à l'empereur). Dans les deux cas, les états généraux rejetèrent le traité et empêchèrent la cession des territoires en cause. Le lien avec le plébiscite au sens moderne du terme est néanmoins fort ténu dans la mesure où, d'une part, les décisions de rejet émanèrent non de la totalité de la population mais d'états qui n'en représentaient qu'une faible part et où, d'autre part, la convocation des états généraux s'expliquait avant tout par des considérations patrimoniales inhérentes au droit féodal (le suzerain ne pouvant décider du sort d'un fief sans l'assentiment du vassal). D'ailleurs, à partir du XVII<sup>e</sup> siècle, la cession d'un territoire entraîna en général *ipso facto* le changement de nationalité et de religion de ses habitants.

2. En fait, le souci de consulter la population des territoires susceptibles d'être cédés, annexés ou démembrés se manifeste réellement pour la première fois sous la Révolution française. En 1790, en effet, deux possessions du Saint-Siège (Avignon et le comtat Venaissin) soumirent à l'Assemblée constituante une demande d'annexion. L'Assemblée n'accepta de donner suite à cette requête qu'après avoir constaté, par un vote populaire effectué par communes, que la majorité des habitants

était favorable à cette opération. Le même souci expliqua la tenue à la même époque de plébiscites à Nice et en Savoie. Comme le proclamait avec force Merlin de Douai à l'Assemblée constituante, le 28 octobre 1790, « ce n'est point par les traités des princes que se règlent les droits des nations ». Cela étant, la Convention devait rejeter les idées libérales de la Constituante, qui avait renoncé solennellement à la guerre de conquête, en mettant en avant la théorie des frontières naturelles qui conduisit à des annexions plus ou moins conformes à la volonté des habitants des territoires intéressés. Elle recourut notamment à des méthodes coercitives pour rattacher la Belgique et incorporer la Rhénanie à la France. Quant au congrès de Vienne, qui marqua la fin des guerres de la Révolution et de l'Empire, force est de reconnaître qu'il ne réserve aucune place à l'idée plébiscitaire et au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

43

3. Tel Phénix renaissant de ses cendres, le plébiscite en droit international allait cependant connaître un essor sans précédent au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, parallèlement au développement du principe des nationalités en France et en Italie. Toute l'unité italienne allait s'opérer par voie de plébiscite et au nom de la volonté des peuples, selon la conception subjective de la nation chère à Mazzini. Par ailleurs, à la demande de Cavour, des plébiscites furent organisés en application du traité de Turin du 24 mars 1860 ayant pour objet l'annexion de Nice et de la Savoie par la France.

4. A la même époque, d'autres instruments internationaux recoururent au plébiscite : à titre d'exemple, citons le traité de Paris de 1856 qui organisa une consultation électorale sous le contrôle d'une Commission européenne dans les provinces danubiennes de Moldavie et de Valachie, le traité de Londres de 1863 qui déboucha sur la levée du protectorat britannique sur les îles Ioniennes et leur rattachement à la Grèce ou encore le traité de 1877 portant cession de l'île suédoise de Saint-Barthélemy à la France. De même la dissolution de l'Union entre la Suède et la Norvège en 1905, qui se traduisit par l'accès à l'indépendance de celle-ci, fut assortie d'un plébiscite sur le territoire norvégien.

5. Durant cette période, cependant, les pays germaniques et anglo-saxons restaient généralement hostiles au plébiscite, comme le démontrent l'annexion des duchés danois par la Prusse (1867), celle de l'Alsace-Lorraine par l'Allemagne conformément au traité de Francfort

de 1871, celle du Transvaal par la Grande-Bretagne en 1900 au lendemain de la guerre des Boers ou encore les agrandissements successifs des États-Unis d'Amérique : aucun plébiscite n'accompagna l'acquisition de la Louisiane (1803), puis de la Floride (1819), l'annexion du Texas, du Nouveau-Mexique et de la Californie (1848) ou encore celle des îles Hawaïi, de Porto Rico et des Philippines (1898). De manière plus générale, le référendum fut totalement étranger à l'expansion coloniale, où qu'elle se soit manifestée.

44 6. Le plébiscite allait connaître un renouveau spectaculaire au lendemain de la Première Guerre mondiale, à la lumière de l'affirmation du principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dont le président Wilson devait se faire le champion. Une dizaine de plébiscites, dont certains se déroulèrent sous contrôle international, furent organisés par les traités de paix. Parmi les plus célèbres, mentionnons ceux qui se tinrent au Slesvig, en Prusse orientale ainsi que dans les cantons d'Eupen et Malmedy (1920), en Haute Silésie (1921) et dans la Sarre (1935). Contrairement à la pratique habituelle, la cession d'Eupen et Malmedy à la Belgique précéda le vote qui fut d'ailleurs public. La consultation se déroula globalement au Slesvig du Nord (qui opta pour le rattachement au Danemark) et par communes au Slesvig du Sud (qui resta partie intégrante de l'Allemagne). Le tracé des frontières résultant du plébiscite en Haute Silésie se révéla fort délicat car presque autant de communes, dispersées sur l'ensemble du territoire litigieux, se prononcèrent respectivement pour le rattachement à l'Allemagne (844) et à la Pologne (678). Quant au plébiscite sur la Sarre, il se déroula dans des conditions contestables du fait de la composition du corps électoral retenu, soit toute personne ayant plus de vingt ans lors du vote (13 janvier 1935) et ayant habité le territoire au moment de la signature du traité de Versailles ! C'est donc une entité artificielle n'ayant rien de commun avec la communauté réelle existant effectivement lors du vote qui décida du sort du territoire.

7. Cette vogue de plébiscites au lendemain de la Première Guerre mondiale ne doit toutefois pas masquer le fait que bon nombre de mutations territoriales ne donnèrent lieu à aucune consultation électorale : tel fut le cas de l'annexion du Tyrol du Sud (Haut-Adige) par l'Italie, du rattachement de la Galicie orientale à la Pologne et de Teschen à la Tchécoslovaquie, de l'érection de Dantzig en ville libre ou encore de la réintégration de l'Alsace-Lorraine à la France ; il est vrai que, dans ce

dernier cas, la volonté de la population concernée paraissait tellement évidente qu'un plébiscite semblait inutile : comme le dit Poincaré en constatant l'accueil enthousiaste réservé aux troupes françaises à Strasbourg : « Le plébiscite ? Mais c'est fait. » Le rattachement de Fiume à l'Italie et de Memel à la Lituanie à la suite de deux coups de force ne fut pas davantage sanctionné par un plébiscite, non plus que celui de Vilna à la Pologne. Plus généralement, la politique agressive de l'Allemagne hitlérienne et de l'Italie mussolinienne à partir du milieu des années trente marqua une nette tendance à l'abandon de procédés assurant le respect de la volonté des habitants des territoires cédés ou annexés, comme l'illustre le règlement de la question des Sudètes dans le cadre des accords de Munich.

8. Le plébiscite devait connaître au lendemain de la Seconde Guerre mondiale un sort inverse de celui qui lui avait été réservé durant l'entre-deux-guerres. Les traités de paix conclus en 1947 lui firent une part modeste puisque seul celui passé avec l'Italie prévoyait une consultation, à propos du rattachement de Tende et de La Brigue à la France. Ce plébiscite, qui intervint d'ailleurs après le transfert de souveraineté et se solda par un vote massif en faveur de l'annexion (2 663 voix contre 216), présente la particularité d'avoir été réclamé par la France (c'est-à-dire l'État annexant lui-même) afin de respecter l'article 27, paragraphe 2 de la Constitution de 1946. En revanche, le recours au plébiscite fut écarté à Trieste, au Tyrol du Sud, dans le Dodécannèse, à Koenigsberg et dans les territoires situés à l'est de la ligne Oder-Neisse.

45

9. Le référendum allait cependant connaître peu à peu un nouvel essor avec l'affirmation croissante du droit à l'autodétermination des peuples, notamment, mais pas exclusivement, dans le cadre de l'ONU. Si certains plébiscites officiels ne furent pas suivis d'effet (tel celui de 1946 aux îles Féroé qui, à une faible majorité, aboutit à la proclamation de l'indépendance, ou celui organisé par le clergé de Chypre en 1950, qui se prononça en faveur du rattachement à la Grèce), le Royaume-Uni organisa dès 1948 un référendum à Terre-Neuve qui déboucha sur le rattachement de ce territoire au Canada.

10. De son côté, l'ONU, avec des succès divers, devait recourir au plébiscite pour régler le sort de certaines régions. Elle tenta d'abord de l'utiliser pour trancher la question du Cachemire, disputé depuis 1947 entre l'Inde et le Pakistan, mais se heurta à l'opposition de New Delhi

qui déclara que le Cachemire s'était déjà autodéterminé par voie de décisions prises par son Assemblée constituante et fit de l'évacuation de l'Azad Kashmir par le Pakistan un préalable. De ce fait, les résolutions du Conseil de sécurité s'échelonnant entre 1948 et 1957 et stipulant qu'il appartenait à la population du Cachemire de décider par plébiscite libre et impartial si elle serait rattachée à l'Inde ou au Pakistan sont demeurées sans effet. L'ONU ne rencontra pas davantage de succès dans la mise en œuvre du plan de partage de la Palestine (résolution 181 de l'Assemblée générale du 29 novembre 1947) dont la partie consacrée à la ville de Jérusalem, érigée en *corpus separatum*, prévoyait la tenue d'un référendum à l'expiration d'un délai de dix ans à compter de l'entrée en vigueur du statut. Les Nations unies parvinrent en revanche à organiser plusieurs plébiscites dans le cadre de la levée de la tutelle sur certaines régions d'Afrique et du Pacifique : partie du Togo sous administration britannique (1956), parties du Cameroun sous administration britannique (1959 et 1961), Samoa occidental placé sous administration de la Nouvelle-Zélande (1961). L'ONU cherche enfin depuis des années à organiser un référendum au Sahara occidental mais se heurte à plusieurs difficultés qui n'ont pas pour le moment été surmontées : si le principe même d'un référendum d'autodétermination « sans contraintes administratives et militaires, organisé et contrôlé par l'ONU en coopération avec l'OUA » (selon les termes de la résolution de l'Assemblée générale du 11 décembre 1989, adoptée par consensus) est désormais accepté aussi bien par le Maroc que par le Polisario et si le Conseil de sécurité a créé la MINURSO (Mission des Nations unies pour l'organisation d'un référendum au Sahara occidental) dont le rôle consiste à assister le secrétaire général de l'ONU dans la mise en œuvre et le déroulement du scrutin, la composition du corps électoral qui sera amené à se prononcer sur l'intégration au Maroc ou l'indépendance continue à opposer les parties concernées. La principale question consiste à savoir si on peut s'appuyer sur le recensement de la population sahraouie effectué en 1974 par les autorités espagnoles. Le Polisario estime que ce recensement est pour l'essentiel fiable et qu'il ne saurait être complété que de manière marginale (indication des personnes décédées, examen des demandes des personnes qui n'auraient pas été dénombrées en 1974, etc.). Le Maroc considère, en revanche, que plusieurs dizaines de milliers de Sahraouis ne figurant pas sur la liste de 1974 devraient pouvoir participer à la consultation. A cela s'ajoute la question de la preuve de la naissance, de la résidence ou de l'appartenance tribale (faut-il admettre, outre les documents officiels, les témoi-

gnages oraux provenant des chefs de tribus ?). Quant au référendum qu'il avait été envisagé de tenir au Timor oriental lors de la décolonisation portugaise, il a été ajourné *sine die* du fait de l'annexion de ce territoire par l'Indonésie.

11. En dehors du cadre onusien, la situation est tout aussi contrastée. La France est indéniablement le pays qui a le plus souvent recouru au référendum, et ce pas seulement durant la période où le général de Gaulle fut au pouvoir (cf. *infra*). Mais le Royaume-Uni procéda également à un référendum à Gibraltar en 1967, à sa seule initiative et sous son seul contrôle. Cette consultation provoqua des protestations de l'Espagne qui mit en avant le principe de l'intégrité territoriale. En outre, la Nouvelle-Zélande organisa en 1965 un référendum aux îles Cook qui déboucha sur une très large autonomie. Par ailleurs, un référendum se tint en 1983 dans les territoires des États du Pacifique sous tutelle stratégique américaine dans le cadre de l'ONU (îles Marshall, Palaos, États fédérés de Micronésie). Dans les trois cas, les électeurs se prononcèrent à une forte majorité en faveur de l'association. Plus récemment, le 30 octobre 1995, les électeurs québécois ont été appelés à se prononcer pour ou contre la « souveraineté » de leur province, dans le cadre d'un nouveau partenariat avec le Canada. A l'issue d'un scrutin marqué par une participation exceptionnellement élevée (plus de 93 %), le « non » l'emporta par 50,6 % des suffrages exprimés.

47

12. Ces exemples ne doivent cependant pas faire illusion. Pas davantage aujourd'hui qu'hier le référendum n'est le corollaire indispensable de l'exercice du droit des peuples à l'autodétermination. Il est au contraire frappant de constater que les principales mutations territoriales contemporaines, postérieures à la décolonisation, ont ignoré totalement le référendum. L'idée selon laquelle la consultation d'une population est le meilleur moyen de respecter sa volonté avant de procéder à l'annexion ou au démembrement d'États existants ainsi qu'à la création d'États nouveaux n'est pas encore ancrée définitivement dans la société internationale.

Ainsi, ni la réunification des deux Yémen ni surtout les bouleversements majeurs qu'a connus l'Europe centrale et orientale (réunification de l'Allemagne ; éclatement de l'Union soviétique, de la Yougoslavie et de la Tchécoslovaquie) n'ont été accompagnés de référendum. La réunification de l'Allemagne peut néanmoins s'analyser, à la lumière de l'article 23 de la Loi fondamentale, comme la réintégration d'une partie

du peuple allemand dans l'État dont elle avait été séparée contre son gré.

13. L'histoire offre donc de nombreux exemples de plébiscites qu'on peut tenter de regrouper en plusieurs catégories : si l'on excepte les plébiscites d'occupation, dépourvus de valeur juridique parce qu'organisés sous la contrainte, et les plébiscites de fait, spontanés, organisés par la population elle-même souhaitant faire connaître son opinion (ainsi quand les habitants d'Avignon et du comtat Venaissin sollicitèrent leur réunion à la France par la voix de leurs députés après avoir chassé le légat du pape), il convient de distinguer les plébiscites :

- en premier lieu, selon leur source : plébiscites unilatéraux, organisés sur l'initiative d'un seul État ; plébiscites conventionnels, résultant d'un accord bi ou multilatéral ; plébiscites onusiens ;
- 48 – en second lieu, d'après leurs modalités, selon notamment qu'ils se déroulent sous contrôle international ou pas, celui-ci pouvant porter à la fois sur la préparation de la consultation (établissement des listes électorales, surveillance du déroulement de la campagne pour éviter les pressions et intimidations), la tenue du scrutin et la proclamation des résultats,
- en troisième lieu, selon leurs finalités : on oppose ainsi les plébiscites d'annexion aux plébiscites de sécession, la consultation, dans le premier cas, ne pouvant déboucher sur l'indépendance du territoire.

En règle générale, pour être valide, le plébiscite doit être d'attribution et non de ratification : en d'autres termes, le vote doit précéder le transfert, mais on a vu que tel n'avait pas toujours été le cas.

14. Au total, la plupart de ces plébiscites semblent répondre davantage à des considérations d'opportunité politique qu'à une obligation véritablement juridique. En réalité, il n'y a jamais eu d'adhésion générale et inconditionnelle au plébiscite qui reste le plus souvent, du moins dans le domaine qui nous préoccupe, un droit à la discrétion de la puissance publique, utilisé sous son contrôle. Ne figurant pas parmi les institutions traditionnelles des pays anglo-saxons ou de culture germanique, il n'a été admis par le Tiers Monde que pour le droit à la décolonisation. Les fondements du plébiscite en droit international public continuent donc à demeurer incertains.

## II. RÉFÉRENDUM ET DROIT À L'AUTODÉTERMINATION EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

15. La portée exacte du référendum en droit international est affectée par le fait que le droit à l'autodétermination des peuples dont il est censé consacrer l'exercice est lui-même sujet à certaines incertitudes. Ce principe a été proclamé par de nombreux instruments internationaux (art. 1<sup>er</sup> et 55 de la Charte de l'ONU, pactes de l'ONU de 1966 sur les droits civils, politiques et culturels et sur les droits économiques et sociaux) et réitéré à satiété par les résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies (dont les plus célèbres sont la 1514 (XV), dite Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux, la 1541 (XV) et la 2625 (XXV), dite Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte de l'ONU, qui se démarque des deux précédentes par le fait qu'elle a été adoptée par consensus et qu'elle peut être considérée comme reflétant l'*opinio juris* des États). Il fait indéniablement partie aujourd'hui du droit international positif, mais sa portée reste à bien des égards incertaine (qu'il s'agisse de son contenu, des entités appelées à en bénéficier ou de son exercice), et les conséquences juridiques de son affirmation sont loin de faire l'objet d'un accord unanime.

49

16. Tout d'abord, il n'existe pas de critères objectifs permettant de déterminer avec certitude les titulaires du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Les peuples ont certes le droit indéniable de se soustraire à un statut politique impliquant une « subjugation, domination ou exploitation étrangères » (pour reprendre les termes de l'Assemblée générale de l'ONU). Mais que recouvrent au juste ces concepts ? A coup sûr, une situation de type colonial. Il reste alors à préciser dans quels cas on se trouve en présence d'une colonie. Les résolutions de l'ONU ne fournissent à cet égard qu'un faisceau d'indices tels que le caractère géographiquement séparé, ethniquement et culturellement distinct du territoire en cause et, surtout, la dimension inégalitaire et discriminatoire du régime juridique et politique qui lui est applicable. Ainsi la résolution 2625 précitée pose-t-elle le principe selon lequel il y a une présomption de non-colonialisme quand un État est doté d'un gouvernement représentant l'ensemble des peuples appartenant au territoire, sans distinction de race, croyance ou couleur.

17. Mais faut-il, comme l'ont fait l'ONU, une partie de la doctrine et la Commission d'arbitrage constituée dans le cadre de la conférence européenne pour la paix en Yougoslavie (cf. ses trois premiers avis), estimer que le droit à l'indépendance reste l'apanage des peuples soumis à une

domination coloniale ? Cela n'est nullement certain, même s'il est clair que le droit international public n'encourage pas davantage la dissolution d'un État qu'il ne pousse à la sécession, la communauté internationale se bornant à entériner le fait accompli. Il reste que la fin des années quatre-vingt et le début des années quatre-vingt-dix ont été marqués par un regain de vitalité du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dans un contexte qui n'avait plus rien de colonial. En outre, la résolution 2625, déjà mentionnée, vise tous les peuples et confère donc au droit à l'autodétermination un caractère universel.

50 18. Quoi qu'il en soit, il est parfois difficile de concilier le droit à l'autodétermination des peuples avec d'autres principes qui sont, eux aussi, bien admis par le droit international, notamment celui de l'intangibilité des frontières issues de la décolonisation (dit principe de l'*uti possidetis*) dont la Cour internationale de justice a rappelé, dans son arrêt de 1986 dans l'affaire Burkina-Fasso/Mali, qu'« il était logiquement lié au phénomène de l'accession à l'indépendance où qu'il se manifeste », et celui de l'intégrité territoriale des États. Le conflit des Malouines entre l'Argentine et le Royaume-Uni en 1982 illustre le caractère antagoniste de ces principes. En d'autres termes, il est parfois difficile de concilier le droit des États et celui des peuples. Le droit à l'autodétermination peut en effet constituer selon les cas une garantie ou une menace à l'indépendance des États. Il sera perçu comme un facteur subversif appelant au démembrement des États établis si le peuple ne coïncide pas avec l'État. Il sera, au contraire, considéré comme confortant le principe cardinal de l'égalité souveraine des États dans l'hypothèse inverse. D'où le sentiment largement répandu, notamment à l'ONU, selon lequel le droit des peuples à l'indépendance doit s'effacer, une fois celle-ci obtenue dans le cadre de la décolonisation, derrière celui des États. En outre, il n'existe aucun critère satisfaisant permettant de distinguer parmi les groupes sociaux ceux qui méritent d'être qualifiés de peuples et les autres. A la différence de la population, réalité juridique et statistique, le peuple est d'abord un fait sociologique et politique qui suppose une certaine homogénéité de la part de ceux qui le constituent, mais qui fait appel également à des considérations plus subjectives.

19. Les fondements du plébiscite en droit international souffrent d'une autre faiblesse encore plus congénitale pour le sujet qui nous intéresse, à savoir le flou qui entoure les modalités par lesquelles un peuple doit décider librement de son statut. Le référendum n'est certainement pas

la seule possibilité, le peuple pouvant agir par l'intermédiaire de représentants librement élus. L'essentiel, selon les termes de la résolution 2625, est que les peuples puissent déterminer leur statut politique « en toute liberté et sans ingérence extérieure ». A cet égard, si certains estiment que le droit des peuples doit être exercé de façon démocratique, par le moyen de consultations libres (plébiscite ou autres formes de vote), d'autres tiennent ce droit pour librement exercé quand un mouvement politique, dont la représentativité est fondée sur l'action, conduit un peuple à l'indépendance. Les deux conceptions se sont heurtées en Algérie lorsque le général de Gaulle, après avoir reconnu au peuple algérien le droit à l'autodétermination, a contesté la représentativité de l'organe dirigeant la rébellion (le FLN) se réclamant d'une légitimité historique et révolutionnaire. Un compromis permit de surmonter cette difficulté puisque les accords d'Évian furent négociés avec le GPRA (issu du FLN) mais qu'un référendum n'en fut pas moins organisé (cf. *infra*).

51

20. De manière générale, l'ONU s'est montrée peu exigeante sur la manière dont la consultation des populations avait été effectuée, en admettant, selon les circonstances, aussi bien le référendum que le vote d'une assemblée représentative, l'accord des dirigeants d'un mouvement de libération nationale, voire un simple sondage. A titre d'exemple, les conditions dans lesquelles l'ONU donna son aval aux consultations précédant l'accession de Bahrein à l'indépendance et, plus encore, le rattachement de l'Irian occidental (partie ouest de la Nouvelle-Guinée) à l'Indonésie (1969) firent l'objet de critiques. Certains regrettèrent que l'ONU ait admis des entorses au suffrage universel en considérant comme valides, dans un cas la consultation d'un millier de Papous sur près d'un million, et dans l'autre, des sondages d'opinion effectués auprès d'une centaine de clubs considérés comme représentatifs de deux cent mille habitants.

21. La Cour internationale de justice tend néanmoins à se montrer plus exigeante. Dans son avis sur le Sahara occidental du 16 octobre 1975, elle a souligné ainsi que la résolution 1514 (par. 2) confirmait que l'application du droit à l'autodétermination suppose l'expression libre et authentique de la volonté des peuples intéressés. Après avoir rappelé que les résolutions 1541 et 2625 prévoyaient plus d'une manière pour un territoire non autonome d'exercer son droit à l'autodétermination (devenir un État indépendant et souverain certes, mais aussi s'associer

ou s'intégrer librement à un État indépendant, voire encore acquérir tout autre statut politique librement décidé), la CIJ a fait valoir que les principes VII et IX de la résolution 1541 stipulaient respectivement que la libre association « doit résulter d'un choix libre et volontaire des populations des territoires en question, exprimé selon des méthodes démocratiques et largement diffusées » et que « 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 ». Après avoir relevé que dans certains cas l'Assemblée générale de l'ONU n'avait pas cru devoir exiger la consultation des habitants de tel ou tel territoire, soit parce qu'une certaine population ne constituait pas un

52 peuple pouvant prétendre à disposer de lui-même, soit parce que la consultation eût été sans nécessité aucune, en raison de circonstances spéciales, la CIJ n'en a pas moins conclu que le principe d'autodétermination s'appliquait au Sahara occidental, grâce à l'expression libre et authentique de la volonté des populations du territoire. Elle n'est cependant pas allée jusqu'à affirmer que le référendum était le seul moyen de garantir une telle expression.

22. Enfin, le droit international ne fournit guère la réponse à deux questions pratiques fondamentales : d'une part, la délimitation du territoire à plébisciter ; d'autre part, la composition du corps électoral.

23. S'agissant de la délimitation, une difficulté se pose lorsque deux ou plusieurs peuples sont étroitement imbriqués sur un même territoire (par exemple en Haute Silésie). La France fait néanmoins traditionnellement prévaloir le principe de l'unité de population vivant sur un territoire, même lorsqu'elle est composée de deux peuples, et exclut le droit pour chaque peuple habitant un même territoire de choisir individuellement une solution (comme l'illustrent la consultation de 1967 dans la Côte française des Somalis, où les Afars, à la différence des Issas, votèrent en grande majorité en faveur du maintien du territoire au sein de la République française, celle de 1977 dans le Territoire des Afars et des Issas et celle de 1987 en Nouvelle-Calédonie). Une exception au principe de l'unité du territoire et de l'amalgame des peuples a néanmoins été admise dans le cas de Mayotte, le référendum du 8 février 1976 consacrant le démembrement du territoire d'outre-mer des Comores. Mais deux facteurs expliquent la singularité de cette situa-

tion : d'abord l'insularité du territoire ; ensuite, et surtout, la volonté quasi unanime des Mahorans (plus de 99 % des voix lors du scrutin de 1976) de maintenir l'île dans la République française.

24. Un autre exemple de délimitation *a posteriori* du territoire à plébisciter est fourni par la procédure retenue par la Suisse lorsque a été créé, dans les années soixante-dix, le canton du Jura (aux dépens du canton de Berne). Le Grand Conseil du canton de Berne vota, en effet, sans opposition un additif à la Constitution cantonale reconnaissant le droit à l'autodétermination des populations jurassiennes. Néanmoins, il ne s'agissait pas seulement de décider s'il y aurait lieu de créer un nouveau canton mais encore, dans l'affirmative, d'en fixer les frontières. Pour tenir compte des divergences de vues des Jurassiens, il fut donc proposé que le territoire soit délimité progressivement par des adaptations successives, selon l'issue de votations en cascades, la première portant sur l'ensemble de la partie jurassienne, la seconde concernant les districts et la troisième les communes limitrophes. En d'autres termes, l'additif constitutionnel prévoyait la possibilité d'organiser dans les sept districts du Jura une première consultation populaire portant sur la création d'un nouveau canton. Il laissait la porte ouverte à d'autres consultations dans les districts dont les électeurs se seraient déterminés en majorité contre la solution choisie par l'ensemble du peuple jurassien ; il accordait enfin la même faculté aux communes limitrophes qui auraient rejeté la solution choisie par la majorité des électeurs du district auquel elles appartiennent. Après que cet additif eut été accepté par les électeurs bernois et jurassiens et approuvé par les chambres fédérales, toute une série de plébiscites se tinrent en 1974 et 1975, à l'issue desquels la population et le territoire du futur canton étaient connus. Après l'élaboration de la charte fondamentale du nouveau canton par une Assemblée constituante et son approbation par les autorités fédérales, la Constitution fédérale fut révisée en 1977 pour faire passer le nombre des cantons composant la Confédération helvétique de 22 à 23.

53

25. S'agissant du corps électoral, si les résolutions 1514 et 1541 de l'AG de l'ONU ne traitent pas spécifiquement de la composition des corps électoraux dans les territoires sous tutelle et non autonomes appelés à se prononcer lors des scrutins d'autodétermination, l'Assemblée générale a condamné « l'afflux systématique d'immigrants étrangers vers les territoires coloniaux » comme un obstacle majeur à l'exercice du droit à l'autodétermination. Préconisant de manière générale le suffrage uni-

versel des adultes, elle n'a pas toujours déterminé de la même manière ceux dont il devait s'agir : le corps électoral a ainsi été défini de façon différente dans le Cameroun du Nord et celui du Sud. S'agissant du Territoire des Afars et des Issas, elle avait demandé de faciliter le retour de tous les réfugiés constituant d'authentiques citoyens du territoire. Le souci d'assurer un caractère authentique au scrutin en écartant les non-originaux justifie que la France ait exigé une condition de résidence de trois ans pour participer aux deux référendums qui se déroulèrent à Djibouti en 1967 et 1977, ce qui permit d'écarter les militaires et les civils d'origine métropolitaine séjournant depuis peu de temps. La même préoccupation explique que seuls les autochtones aient été en mesure de participer au référendum sur l'indépendance des départements algériens du 1<sup>er</sup> juillet 1962 (les Français d'Algérie n'ayant pu y prendre part).

54 Enfin le corps électoral admis à participer au référendum d'autodétermination qui se déroula en Nouvelle-Calédonie le 13 septembre 1987 fut également redéfini de façon à exclure les électeurs de passage ou établis trop récemment ; ne pouvaient, en effet, voter que les électeurs inscrits sur les listes électorales du territoire et résidant en Nouvelle-Calédonie depuis plus de trois ans. 98,3 % des votants se prononcèrent en faveur du maintien de la Nouvelle-Calédonie dans la République française. Certaines critiques ayant été émises, en particulier à l'ONU, sur la composition du corps électoral, et notamment la participation au vote des ressortissants originaires de la métropole, la France fit valoir que, selon les termes mêmes des résolutions 1514 et 1541, le choix des populations devait s'exprimer « selon des méthodes démocratiques » et « sans distinction de race, croyance et couleur ». Elle ajouta que le critère de résidence retenu permettait précisément de ne retenir que la population permanente véritablement concernée par l'avenir du territoire. Elle rappela enfin que, comme l'Assemblée générale de l'ONU l'avait elle-même affirmé dans le cas de Fidji et de la Rhodésie du Sud, réserver le droit de vote à une fraction de la population aurait été contraire aux principes de non-discrimination et « à chacun une voix ». Il était donc inadmissible de restreindre le droit de vote sur des bases

---

3. Appelé avant 1967 « Côte française des Somalis », puis entre 1967 et 1977 « Territoire français des Afars et des Issas ».

4. Les référendums du 1<sup>er</sup> juillet 1962, 19 mars 1967, 22 décembre 1974, 8 février 1976, 8 mai 1977 et 5 juin 1987 sont fondés sur l'article 53. Celui du 11 avril 1976 est fondé sur l'article 3 de la loi du 31 décembre 1975 relative aux conséquences de l'autodétermination des Comores. Les autres reposent sur l'article 11 de la Constitution.

raciales, sauf à vouloir priver l'exercice de son sens en en déterminant à l'avance les résultats.

26. Au total, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes constitue indéniablement un principe de droit coutumier, consacré par des résolutions nombreuses et concordantes de l'ONU, adoptées à de très larges majorités pendant plus de vingt ans, s'appuyant sur une *opinio juris* indiscutable confortée par la pratique de la décolonisation et renforcée par les avis consultatifs de la Cour internationale de justice dans les affaires de Namibie (1971) et du Sahara occidental (1975). En revanche, le référendum, aussi légitime qu'il soit dans la mesure où il constitue sans doute le moyen le plus authentique de s'assurer du consentement des populations concernées, ne peut être considéré comme une norme coutumière, faute d'une *opinio juris* et d'une pratique suffisantes. Ses fondements en droit français sont en revanche des plus solides.

55

### III. RÉFÉRENDUM ET DROIT À L'AUTODÉTERMINATION EN DROIT FRANÇAIS

27. La France est indéniablement le pays qui a le plus recouru au plébiscite d'autodétermination. On en dénombre en effet plus de vingt depuis la Révolution de 1789. La V<sup>e</sup> République a connu une pratique particulièrement abondante en ce domaine puisque pas moins de dix référendums (si l'on met à part la consultation du 28 septembre 1958), pris d'ailleurs sur des fondements différents (tantôt l'article 11, tantôt l'article 53 de la Constitution, tantôt enfin une disposition *sui generis*), touchent directement ou indirectement à l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : trois ont eu pour objet l'Algérie (8 janvier 1961 ; 8 avril 1962 ; 1<sup>er</sup> juillet 1962) ; deux Djibouti<sup>3</sup> (19 mars 1967 ; 8 mai 1977) ; un l'archipel des Comores (22 décembre 1974) ; deux l'île de Mayotte (8 février 1976 ; 11 avril 1976) ; deux la Nouvelle-Calédonie (5 juin 1987 ; 6 novembre 1988)<sup>4</sup>. La France a donc très largement recouru au plébiscite de sécession dans le cadre de sa politique de décolonisation depuis 1958. Cela n'a rien pour surprendre puisque la libre détermination des peuples est énoncée aussi bien dans le Préambule de la Constitution de 1958 que dans ses articles 1<sup>er</sup> et 86 relatifs aux TOM et États de la Communauté. On s'efforcera ci-après non d'analyser dans le détail chacune de ces consultations mais de dégager certaines tendances fondamentales communes qui imprègnent notre pratique depuis 1946 et d'identifier quelques problèmes juridiques soulevés notamment par

le libellé de l'article 53 de la Constitution du 4 octobre 1958.

- 56 28. En premier lieu, la France, s'en tenant à une conception volontariste du droit international, a toujours rejeté une conception objectiviste du plébiscite. Ce n'est pas une procédure subie sous la pression des instances de l'ONU, mais une procédure voulue qui résulte soit d'accords internationaux auxquels la France est partie et qui n'ont pas fait l'objet de réserves de sa part, soit de règles de droit interne. En d'autres termes, tous les référendums auxquels la France a procédé depuis 1946 ont été décidés en vertu de dispositions constitutionnelles, et non de principes élaborés par les Nations unies. Ces considérations expliquent que la France ait le plus souvent interdit la présence officielle d'étrangers lors de la consultation, ait presque toujours refusé que celle-ci soit supervisée par un organisme n'émanant point d'elle et se soit opposée à toute velléité de la société internationale d'apprécier le résultat de la consultation. Estimant que le référendum d'autodétermination était un acte de droit interne, émanant de sa propre volonté, elle ne pouvait admettre des immixtions dans les affaires intérieures perçues comme autant de limitations non consenties à sa souveraineté. Ces principes connurent néanmoins une exception notable lors du référendum sarrois du 23 octobre 1955 (qui, il est vrai, n'intéressait pas l'ONU), placé sous le contrôle indirect de l'UEO, la France acceptant que le déroulement des opérations soit effectué par une autorité vraiment internationale. Par ailleurs, la France accéda parfois à titre gracieux à certaines demandes de l'ONU : par exemple, la présence d'observateurs à Mayotte en 1976 et à Djibouti en 1977. Il reste que, de manière générale, l'aspect international du plébiscite n'est que l'aboutissement ultime de la procédure (constitution d'un nouvel État et reconnaissance de celui-ci par la France). Jusqu'au moment où le territoire accède à l'indépendance, la consultation est sous contrôle exclusif de la France et obéit aux seules règles juridiques du droit français, parfois d'ailleurs aménagées : ainsi, ce sont des commissions *ad hoc*, et non le Conseil constitutionnel, qui ont contrôlé la régularité des opérations à Djibouti, aux Comores et en Nouvelle-Calédonie. En outre, à la différence du référendum fondé sur l'article 11 de la Constitution, les consultations reposant sur l'article 53 sont localisées et n'entraînent à elles seules aucun effet juridique immédiat.
29. En second lieu, la France considère depuis 1946 que la consultation directe des populations constitue la procédure de droit commun et se refuse généralement à procéder à l'élection d'une assemblée pour déterminer le sort du territoire. Ce principe fondamental a connu

néanmoins trois exceptions, deux sous la IV<sup>e</sup>, une sous la V<sup>e</sup> République, étant entendu que les anciens protectorats (Maroc, Tunisie), mandats (Liban, Syrie, Togo, Cameroun), États associés (Vietnam, Laos, Cambodge), ainsi que le condominium franco-britannique des Nouvelles-Hébrides (actuel Vanuatu) n'ont jamais fait partie de la République française. D'abord, si un référendum se tint à Chandernagor en 1949, il fut impossible à la France, du fait de l'opposition du gouvernement indien, de recourir à un plébiscite pour régler le sort des autres établissements français de l'Inde. Les comptoirs de Pondichéry, Yanaon, Karikal et Mahé furent cédés à l'Inde dans la précipitation, en 1954, la France se contentant de l'approbation donnée par le congrès de l'assemblée représentative et les conseillers municipaux, dans des conditions d'une validité juridique douteuse au regard du droit français. Ensuite, le rattachement de la Cochinchine à l'État associé du Vietnam par la loi du 4 juin 1949 s'opéra sans référendum local, sur simple avis favorable d'une assemblée spécialement constituée à cet effet, sur le fondement d'une disposition de la Constitution de 1946 non reprise dans celle de 1958. Enfin, les territoires de l'ancienne Afrique occidentale française, Afrique équatoriale française et Madagascar ont acquis leur indépendance, soit à l'occasion du vote de la Constitution de 1958 (Guinée), soit en vertu de dispositions spécifiques de la Constitution concernant les États membres de la Communauté (articles 78 et 86, aujourd'hui abrogés). L'article 76 permettait aux territoires ayant répondu « oui » au référendum du 28 septembre 1958 d'opter entre plusieurs statuts (demeurer un TOM ; devenir un DOM ; se transformer en État membre de la Communauté). Les territoires africains et malgaches (à l'exception de la Guinée qui avait répondu non au référendum précité) optèrent pour cette troisième solution. L'article 78 prévoyait que des accords particuliers pouvaient régler tout transfert de compétence de la Communauté à l'un de ses membres. La loi constitutionnelle du 4 juin 1960 instituant la Communauté rénovée ajouta à l'article 86 un paragraphe 3 selon lequel « un État membre de la Communauté peut, par voie d'accord, devenir indépendant sans cesser de ce fait d'appar-

---

5. L'article 86, paragraphe 1<sup>er</sup> prévoyait cependant que la transformation du statut de l'État appartenant à la communauté puisse être demandée soit par la République, soit par une résolution de l'assemblée législative de l'État concerné, confirmée par un référendum local dont l'organisation et le contrôle étaient assurés par les institutions de la communauté. Les modalités de la transformation étaient déterminées par un accord approuvé par le Parlement de la République et l'assemblée législative intéressée.

tenir à la Communauté ». Cette disposition allait permettre de mettre fin à la Communauté constitutionnelle et de donner naissance à la Communauté conventionnelle. Les pays de la Communauté accédèrent à l'indépendance sans que les peuples soient directement consultés. Mais les accords visés à l'article 86 passés entre la France et les pays d'Afrique noire ainsi que Madagascar furent approuvés par des assemblées réellement représentatives. En outre, et surtout, la volonté des populations concernées ne faisait aucun doute : elles souhaitaient accéder à l'indépendance en gardant des liens étroits avec la France<sup>5</sup>.

58 30. Il reste que, depuis 1946, les résidents permanents ont été consultés chaque fois que des modifications ont été apportées au territoire métropolitain de la France ; ainsi, en 1967, 9 hectares de terres furent rétrocédés à l'Italie dans le secteur Clavières-Montgenèvre ; avant de procéder à cette opération, le préfet des Hautes-Alpes s'assura de l'accord non seulement du conseil municipal de Montgenèvre, mais encore des huit personnes habitant dans la zone rétrocédée avant que la loi ne soit soumise au Parlement. Dans un arrêt de 1958, le Conseil d'État a au demeurant estimé que la consultation des populations intéressées constituait le préliminaire obligatoire du vote d'une loi autorisant la ratification d'un traité portant cession de territoire.

31. En troisième lieu, alors que le plébiscite était initialement conçu pour permettre de se prononcer sur une éventuelle annexion, il constitue aujourd'hui principalement un moyen de savoir si la population d'un territoire déterminé souhaite rester liée à cet État ou choisit la voie de l'indépendance, auquel cas elle formera un nouvel État. Or, depuis toujours favorable au plébiscite d'annexion, la France n'a adhéré au plébiscite de sécession que depuis l'arrivée au pouvoir du général de Gaulle. Il reste que, pas plus que l'article 27 de la Constitution de 1946, l'article 53 de la Constitution de 1958, qui s'en inspire fortement, ne prévoit expressément le droit à l'autodétermination des peuples rattachés à la République française puisqu'il dispose seulement que « nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées ». Il n'ouvre donc pas *a priori* le droit pour un territoire partie intégrante de la République de réclamer son indépendance. Mais tant l'exécutif que le législateur et le Conseil constitutionnel devaient modeler, à partir des textes de 1958, un droit adapté aux nécessités d'une décolonisation à laquelle il n'était pas possible d'échapper sous des prétextes d'orthodoxie juridique. Cette

évolution devait se faire en trois grandes étapes :

– D'abord le processus conduisant à l'indépendance de l'Algérie (qui, étant département français, ne pouvait se voir appliquer les dispositions de la Constitution relatives aux TOM et aux États de la Communauté). Il donna lieu à une série d'opérations particulièrement complexes : la France accorda l'autodétermination au peuple algérien par une loi du 14 janvier 1961 votée par référendum le 8 janvier, conformément à l'article 11 de la Constitution ; les accords d'Évian du 18 mars 1962, qui étaient une déclaration d'intention du gouvernement français s'engageant à accorder l'indépendance à l'Algérie si la consultation populaire se prononçait en ce sens, furent à leur tour approuvés par référendum en vertu de l'article 11, le 8 avril 1962 ; la loi du 13 avril 1962 qui s'en suivit organisa, conformément cette fois à l'article 53, le plébiscite qui se tint le 1<sup>er</sup> juillet de la même année dans les seuls départements algériens ; ceux-ci ayant voté massivement en faveur de l'indépendance, la France reconnut l'indépendance de l'Algérie dans une déclaration du 3 juillet 1962. Alors que les deux premiers référendums s'adressaient au peuple français, le troisième ne concerna que le peuple algérien.

59

– Ensuite, la formulation de la doctrine Capitant (du nom du professeur de droit René Capitant) à l'occasion du référendum de 1967 dans la Côte française des Somalis. Selon cette doctrine, l'article 53 de la Constitution s'appliquait non seulement en cas de cession, mais aussi en cas de sécession. Simplement, en cas d'accession à l'indépendance d'un TOM, le traité exigé par l'article 53 prendrait une forme spéciale, celle de l'acte international que constitue de la part de la France sa reconnaissance comme État. Les TOM, dont les peuples étaient entrés volontairement dans la République en 1958, pouvaient en sortir par le concours de leur volonté et de celle de la France. L'article 53 permettait donc toute sécession conforme aux vœux de la population d'un TOM et autorisée par le Parlement français. Ce dernier fut convaincu par la doctrine Capitant. Aussi bien à Djibouti qu'aux Comores, l'octroi de l'indépendance résulta d'une loi suivie d'un référendum dont les conséquences furent tirées par une nouvelle loi.

– Enfin, la jurisprudence du Conseil constitutionnel : dans une décision du 30 décembre 1975, celui-ci estima que l'article 53 était applicable non seulement quand la France cède à un État étranger ou acquiert de celui-ci un territoire, mais encore quand un territoire cesse d'appartenir à la République pour constituer un État indépendant ou y être rattaché. Cette interprétation fut confirmée par M. de Guiringaud, alors ministre des Affaires étrangères, qui déclara que la règle posée par l'article 53,

qui revêt un caractère absolu pour les traités, s'applique *a fortiori* à toute procédure unilatérale ayant la même portée, notamment les résultats d'un référendum d'autodétermination. Le Conseil constitutionnel, s'appuyant sur le Préambule de la Constitution qui dispose notamment que « la République française n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple », confirma par la suite cette jurisprudence, notamment dans sa décision du 2 juin 1987 où il invoque, toujours en se fondant sur le Préambule, les principes de libre détermination des peuples et de libre manifestation de leur volonté.

60 32. En dernier lieu, on doit relever que l'expression « populations intéressées » qui figure à l'article 53 donna lieu à des controverses juridiques ayant eu, dans un cas au moins, de sérieuses implications politiques. Dans un premier temps (et les référendums de janvier 1961 et avril 1962 sur l'Algérie, bien que fondés sur l'article 11, se rattachaient à cette idée), on fut enclin à englober dans cette expression tous les Français, citoyens d'une République une et indivisible concernés par toute amputation ou adjonction de territoire. Mais cette interprétation fut démentie par la pratique suivie lors des autres scrutins d'autodétermination organisés sous la V<sup>e</sup> République. L'intervention du Parlement garantissant le consentement de la nation entière, les « populations intéressées » étaient simplement les habitants du territoire concerné. Le pluriel (« les populations ») donna lieu cependant à une controverse juridique lors de l'indépendance des Comores et contribua à la scission du territoire. En effet, lors du référendum du 22 décembre 1974, une écrasante majorité dans l'archipel se prononça pour l'indépendance, sauf à Mayotte qui, à 65 % des voix, souhaita son maintien dans la République française. Dans sa décision du 30 décembre 1975, le Conseil constitutionnel estima que l'île de Mayotte était un territoire au sens de l'article 53 et qu'elle ne saurait sortir de la République sans le consentement de sa propre population. Cette décision, qui contredisait les principes affichés par l'ONU selon lesquels les consultations doivent s'effectuer dans le cadre des frontières coloniales, fut à l'origine du référendum du 8 février 1976 qui confirma le maintien de l'île dans la République.

33. Au total, le référendum fondé sur l'article 53 a conduit à l'indépendance dans trois cas : l'Algérie, les Comores et Djibouti (à l'issue de la seconde consultation). Il a en revanche confirmé le maintien dans la République française de Mayotte et de la Nouvelle-Calédonie. Il est vrai

---

que, dans ce dernier cas, la situation pourrait connaître de nouvelles évolutions, puisque, à la suite du référendum du 13 septembre 1987, l'accord de Matignon du 26 juin 1988, signé par MM. Lafleur, président du RPCR, et Tjibaou, leader du FLNKS, a, d'une part, mis sur pied de nouvelles institutions en Nouvelle-Calédonie (qui devaient être approuvées le 6 novembre de la même année, par un référendum fondé cette fois sur l'article 11) et, d'autre part, prévu un nouveau scrutin d'autodétermination en 1998 par lequel les habitants de l'archipel néo-calédonien devront se prononcer sur leur destin.

Cette brève étude s'achève là où elle a commencé voici plus de deux siècles : en France. Ceci n'a rien pour surprendre, puisque la France a été, de toutes les nations, celle qui a le plus souvent recouru, et de loin, au référendum d'autodétermination. Si celui-ci a connu des succès divers dans le passé comme à l'époque contemporaine, si ses fondements en droit international public demeurent incertains, il trouve en revanche de solides assises dans notre droit que la pratique suivie depuis les débuts de la V<sup>e</sup> République n'a cessé d'étayer, toutes tendances politiques confondues. Ceci est tout à l'honneur de notre pays.

61

## R É S U M É

---

*L'histoire montre que le référendum, s'agissant de l'autodétermination des peuples, a connu des fortunes diverses, tant dans le temps que dans l'espace, et a varié profondément d'un État à l'autre, d'une époque à l'autre et d'une consultation à l'autre. Si ces fondements en droit international demeurent incertains, ils sont en revanche bien établis en droit français, surtout depuis 1958.*