

SOURCES ET TEXTES ENCADRANT LES PROCEDURES REFERENDAIRES D'AUTODETERMINATION CONSTITUTIONNELLE

- Le principe fondateur de la Transition Constitutionnelle.

Quelques définitions communément admises :

Transition, du latin transitio : passage.

La transition constitutionnelle s'analyse comme le passage d'un texte constitutionnel à un autre, notamment dans son contexte historique. De ce point de vue, la France se révèle particulièrement riche puisqu'elle a connu 14 Constitutions différentes depuis la Révolution de 1789, auquel il faut ajouter les deux constitutions non entrées en application de 1793 et d'avril 1946 et les actes de 1940. Mais un aspect particulier des transitions est qu'il ne s'agit pas ici de droit à proprement parler. En effet, si la plupart des Constitutions envisagent les modalités de leurs révisions, aucune n'envisage sa faillibilité, aucune ne prévoit les contraintes ou le cadre posé pour ce passage d'une constitution à une autre. La notion de transition semble bien ne pas être un problème de droit en général ni de droit constitutionnel en particulier. Ce passage relève du fait, des crises sociales et politiques des régimes constitutionnels qui ne peuvent évidemment pas envisager leur fin.

Le pacte constitutionnel est en effet supposé réalisé sans condition de temps. La Constitution est conçue comme un contrat social à durée indéterminée, ou plus exactement indéterminable. La transition se distingue alors de la révision en cela qu'elle sort du cadre juridique posé par les hommes. Elle survient, elle se fait, elle s'impose plus qu'elle ne suit des règles précises. Elle a ceci de magique que sortie du droit, supprimant l'ordre ancien, elle fait subsister ce pouvoir constituant originaire qui est au fondement mythique de tout ordre constitutionnel. Car la transition produite par les faits induits du droit, suscite une nouvelle constitution. Abolissant l'ancien pacte, elle entraîne la création de nouvelles institutions, la rédaction d'un nouveau texte fondateur. La transition est articulée entre le droit et le fait.

Par rapport au thème du congrès, elle est justement une fracture, une disjonction entre le Temps et la Constitution. Elle est finalement le point de rencontre entre les positivistes et les subjectivistes, entre Kelsen pour qui le fait ne s'impose pas au droit¹, et Hauriou pour qui le droit et l'État sont au contraire les moyens juridiques d'exécution d'une volonté sociale particulière, d'un pouvoir initial moralement déterminé. Dans la transition en effet, un ancien ordre juridique disparaît au profit d'un autre du fait que le projet fondateur est énoncé par une nouvelle volonté politique triomphante. La transition implique donc la disparition du droit à la seule condition que ce droit soit remplacé par un autre.

Le fait à l'origine de la 1 Pour les positivistes en effet, le droit ne peut naître du fait mais des conditions juridiques de son énonciation, que résume la « loi de Hume » : ce n'est pas parce qu'une chose est que cette chose doit être, selon la célèbre distinction entre le Sein et le Sollen. V. Michel TROPPER Pour une théorie juridique de l'État, éd. PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 127. origine de la 1 Pour les positivistes en effet, le droit ne peut naître du fait mais des conditions de juridiques son énonciation, que résume la « loi de Hume » : ce n'est pas parce qu'une chose est que cette doit choisir d'être, selon la célèbre distinction entre le Sein et le Sollen. V. Michel TROPPER Pour une théorie juridique de l'État, éd. PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 127. origine de la 1 Pour les positivistes en effet, le droit ne peut naître du fait mais des conditions de juridiques son énonciation, que résume la « loi de Hume » : ce n'est pas parce qu'une chose est que cette doit choisir d'être, selon la célèbre distinction entre le Sein et le Sollen.

Source :

V. Michel TROPPER Pour une théorie juridique de l'État, éd. PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 127.

Auteur : **Christophe Chabrot Université Lumière Lyon 2**

- Redéfinition des paradigmes constitutionnels.

Phases décisives de redéfinition des règles du jeu, les transitions démocratiques sont toujours un moment crucial pour l'avenir des individus et des peuples. Elles représentent l'opportunité d'une transformation radicale de la vie politique, économique, sociale et culturelle au sein d'un État. Elles suscitent donc partout une immense espérance, trop souvent déçue. La fréquence de leurs échecs et leurs graves conséquences invitent à s'interroger sur les conditions de leur réussite.

Si les transitions démocratiques ne se limitent pas à une transition constitutionnelle, cette dernière en est un pan de plus en plus décisif. Paradoxalement, elles sont en effet des processus éminemment constitutionnels, le remplacement de la Constitution dictatoriale ou totalitaire par un nouveau texte se doublant d'un véritable droit constitutionnel de transition.

Les transitions constitutionnelles peuvent-elles alors favoriser la démocratisation et à quelles conditions ? C'est à ces questions aussi fondamentales en théorie qu'en pratique que cet ouvrage ambitionne de répondre. Partant de l'expérience réussie de la Conférence nationale souveraine du Bénin, mise en perspective avec celles d'autres pays d'Afrique subsaharienne ou d'ailleurs, il explore ainsi diverses options mises en oeuvre par les acteurs constituants pour en évaluer les incidences.

Cette analyse révèle, de manière contre-intuitive, que les transitions constitutionnelles les plus démocratisantes ne se fondent pas sur les solutions traditionnellement considérées comme les plus démocratiques. Elles se caractérisent par la recherche d'un consensus inclusif, c'est-à-dire par la négociation des principales décisions par l'ensemble des acteurs, y compris ceux de l'ancien régime, choisis non par l'élection mais par la cooptation.

Particulièrement exigeantes, leur réussite repose - au-delà des prérequis politiques - sur l'équilibre trouvé entre la résurgence du constitutionnalisme, d'une part, et la souplesse indispensable à ces périodes de bouleversements, d'autre part.

L'efficacité démocratisante de ces transitions constitutionnelles singulières atteste, s'il en était besoin, que l'analyse des transitions démocratiques au prisme du droit constitutionnel collabore non seulement à leur explication et leur compréhension, mais aussi un renouvellement des concepts, principes et mécanismes constitutionnels classiques.

Source :

Auteur : Magalie Besse

Prix de Thèse Michel de l'Hospital 2017

- Quels textes supportent l'autodétermination constitutionnelle des peuples ?

b) Les textes soutenant l'autodétermination des peuples :

La Constitution Française :

- Dans le Préambule.

Le peuple français proclame solennellement son attachement aux **Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale** tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004.

En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'outre-mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique.

- Article 2 alinéa 5

Son principe (de la souveraineté) est : gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple

- Article 3 alinéa 1

La Souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants **ET par la voie du référendum.**

- L'article 11 mentionne le référendum en référence de certains sujets explicites, cela n'encadre pas la capacité du peuple à l'autodétermination.

« tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité »

- L'article 89 mentionne le référendum en référence de l'action de REVISION constitutionnelle, cela n'encadre pas la capacité du peuple à l'autodétermination.

L'article 11 et l'article 89 sont des capacités discrétionnaires du président de la république, pour certains types d'actes. Ces articles ne font pas mention de l'action spontanée du Peuple. Cela n'a donc pas à être demandé puisque cela ne fait pas partie du champ d'attribution des compétences présidentielles.

La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

Destination du texte :

À travers son préambule et ses dix-sept articles, elle définit des droits **«naturels et imprescriptibles»** que sont la liberté, la propriété, la sûreté, la résistance à l'oppression, elle reconnaît l'égalité devant la loi et la justice, et elle affirme le principe de la séparation des pouvoirs.

Au yeux de la loi :

Article 5.

La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. **Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché**, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.

Article 6.

- La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens, étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.

Article 14.

- Les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée.

La Charte des Nations Unies.

Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, ou droit à l'autodétermination, est le principe issu du droit international selon lequel chaque peuple dispose ou devrait disposer du choix libre et souverain de déterminer la forme de son régime politique, indépendamment de toute influence étrangère. L'exercice de ce droit est en général lié à l'existence d'un État spécifique au peuple en question, État dont la pleine souveraineté est souvent envisagée comme la manifestation de la plénitude de ce droit. Il s'agit d'un droit collectif qui ne peut être mis en œuvre qu'au niveau d'un peuple. Proclamé pendant la Première Guerre mondiale, ce principe souffre de la difficulté à définir ce qu'est précisément un peuple : une ethnie ? l'ensemble des locuteurs d'une même langue ? un ensemble de citoyens partageant les mêmes aspirations, les mêmes valeurs ? Aucun texte ne définit clairement la notion de « peuple ».

À l'issue de la Première Guerre mondiale, la Société des Nations (SDN) échoua à faire appliquer équitablement ce droit : s'il bénéficia généreusement aux vainqueurs, les peuples colonisés en furent exclus et ce fut aussi le cas de certains peuples d'Europe centrale et orientale, tels les Ukrainiens qui furent empêchés d'édifier leur État, les germanophones d'Autriche-Hongrie et ceux d'Alsace-Lorraine et d'autres territoires perdus par l'Allemagne qui furent empêchés de s'unir à la République de Weimar, les Irlandais empêchés d'exercer leur souveraineté sur la totalité de leur île.

Le principe a été réaffirmé après la Seconde Guerre mondiale dans la Charte des Nations unies de 1945 qui inclut, parmi « les buts des Nations Unies », celui 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 » (article 1, alinéa 2). Mais à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, l'Organisation des Nations unies échoua encore plus largement à faire appliquer équitablement ce droit car les Conférences interalliées non seulement ne mentionnaient toujours pas les peuples colonisés, mais stipulaient toute une série de mesures ne tenant nul compte des éventuelles préférences des populations, comme l'établissement de la frontière occidentale de l'Union soviétique sur la ligne du pacte germano-soviétique de 1939, le partage de l'Europe en « zones d'influence », le déplacement de la Pologne de 300 km vers l'ouest ou encore la division en deux de l'Allemagne ou de la Corée.

Il en va de même aujourd'hui et la mise en œuvre de ce principe ne va pas sans difficultés car tant les États existants que les partisans des autodéterminations locales peuvent s'opposer des arguments valables. L'indépendance du Kosovo en 2008 et, plus récemment, la déclaration unilatérale d'indépendance de la Catalogne en 2017 ont relancé le débat international sur l'application de ce principe.

Ce qui pourrait s'y opposer.

Au niveau des institutions françaises.

- **Avis du Conseil Constitutionnel 62-20 DC** (référence ECLI : FR : CC : 1962 : 62.20.DC)
source : conseil constitutionnel avis du 6 novembre 1962 portant sur le référendum.

Le Conseil constitutionnel

Saisi par le Président du Sénat, sur la base de l'article 61 2e alinéa, de la Constitution, du texte de la loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct et adoptée par le Peuple dans le référendum du 28 octobre 1962, aux fins d'appréciation de la conformité de ce texte à la Constitution ;

Article premier :

Le Conseil constitutionnel n'a pas compétence pour se prononcer sur la demande susvisée du Président du Sénat.

- **Avis du Conseil Constitutionnel 75-59DC** (référence : ECLI : FR : CC : 1975 : 75.59.DC)
source : conseil constitutionnel avis du 30 décembre 1975 portant sur le principe d'autodétermination des peuples.

1. Considérant que l'article 53, dernier alinéa, de la Constitution, dispose : « Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressés »

2. Considérant que les dispositions de cet article doivent être interprétées comme étant applicables, non seulement dans l'hypothèse où la France céderait à un État étranger ou bien acquerrait de celui-ci un territoire, mais aussi dans l'hypothèse où un territoire cesserait d'appartenir à la République pour constituer un État indépendant ou y être rattaché ;

3. Considérant que l'île de Mayotte est un territoire au sens de l'article 53, dernier alinéa, de la Constitution, ce terme n'ayant pas dans cet article la même signification juridique que dans l'expression territoire d'Outre-Mer, telle qu'elle est employée dans la Constitution ;

7. Considérant que le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958, déclare que la République française n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple ;

10. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la loi relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores ne contredit aucune disposition du Préambule de la Constitution, aucun des textes auquel ce Préambule fait référence, ni aucun article de la Constitution ;

Décide :

Les dispositions de la loi relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores (ndlr : des peuples) déférée au Conseil constitutionnel ne sont pas contraires à la Constitution.

Quelles limitations pour l'organisation du référendum ?

Ni la Constitution, ni un texte législatif ou réglementaire, ne prévoient de façon générale le cadre juridique de l'organisation des référendums. Seuls certains éléments sont fixés de manière stable.

Par exemple :

la loi organique n° 76-97 du 31 janvier 1976 sur le vote des Français établis hors de France est applicable « au cas de référendum dans des conditions définies par décret » (art. 20).

l'article 11 de la loi n° 77-808 du 19 juillet 1977 sur les sondages d'opinion interdit la publication, la diffusion et le commentaire de tout sondage électoral la veille et le jour du scrutin.

la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication s'applique aux référendums en tant qu'elle concerne les périodes électorales. En particulier, l'article 14 de cette loi interdit les émissions publicitaires à caractère politique, à l'exception de celles programmées dans le cadre de la campagne officielle.

Au-delà de ces textes épars, l'organisation juridique des référendums repose sur des actes juridiques propres à chaque référendum ayant pour objet d'en préciser le déroulement (décret de convocation des électeurs, décrets relatifs à l'organisation du référendum et à la campagne, circulaires adressées par le ministre de l'Intérieur aux préfets et maires, etc.).

En particulier, s'agissant des référendums « législatif » et « constituant » des articles 11 et 89 de la Constitution, le décret de convocation des électeurs comporte, notamment, le libellé de la question posée au peuple, la date de la consultation, et, en annexe, le texte soumis au vote des électeurs.

(ndlr : et nulle part d'obligation que ce droit référendaire n'appartienne qu'au président de la république)

En résumé.

- Le conseil constitutionnel ne saurait estimer la portée d'un référendum d'autodétermination des peuples, non plus qu'il ne saurait se prononcer sur la constitutionnalité d'un référendum d'autodétermination constitutionnelle émanant expressément du peuple, de manière spontanée et à titre extraordinaire.
- Le conseil constitutionnel admet ne pas avoir de compétence permettant de porter son jugement au-dessus des lois constitutionnelles, reconnaissant dans ces avis (dont les principes sont connexes), la suprématie du terme "souveraineté du peuple" et son droit inaliénable à s'autodéterminer.
- Le conseil constitutionnel ne saurait en outre contrarier la validité d'un référendum portant sur l'autodétermination du peuple à gérer et administrer son territoire. La France étant, au terme généralement admis un territoire, la possibilité d'un référendum d'autodétermination constitutionnelle fondée sur la plus simple expression de la citoyenneté, s'appuyant sur l'irrévocabilité de la souveraineté du peuple ne pourrait donc être contraire aux textes, voire plutôt encouragé par ces textes fondateurs.
- Le Principe d'autodétermination des peuples en matière constitutionnelle par voie référendaire s'applique par le peuple, sans formuler de demande auprès des institutions légales et représentatives.

- Rien n'encadre (ne limite, n'interdit) par voie de conséquence au peuple de fonder son propre référendum d'autodétermination constitutionnelle, sauf à considérer que :

- le respect est dû aux institutions
- les procédures doivent être décrites
- les procédures doivent reposer sur la légalité d'une personne morale légale
- les valeurs démocratiques de la républiques doivent être préservées
- le Territoire ne doit pas être en risque de Balkanisation
- la personne morale, pivot transitionnel, ne peut représenter une fraction du peuple.

En Conséquence :

Le Peuple est légitime et au dessus de toute restriction institutionnelle pour fonder son référendum d'autodétermination constitutionnelle, il n'est pas tenu de demander l'accord des représentants, le Peuple a le pouvoir souverain de s'Autodéterminer.

Bibliographie :

Texte de la Constitution Française

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>

Texte Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen

<https://www.elysee.fr/la-presidence/la-declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen#:~:text=L%20histoire-,La%20D%C3%A9claration%20des%20droits%20de%20l%20homme%20et%20du%20citoyen,d'une%20d%C3%A9claration%20de%20principes.>

ATTAC

https://france.attac.org/nos-publications/les-possibles/numero-15-automne-2017/dossier-nationalites-et-frontieres/article/le-droit-a-l-autodetermination-se-conquiert?fbclid=IwAR3IrPq9mkHa55m1o4vmIuwTqtJ06wNZmkW_fkHUKCPbLFPcSarSdbhMUM8

Monde Diplomatique

<https://www.monde-diplomatique.fr/index/sujet/autodeterminationdespeuples#:~:text=326%20documents.,ind%C3%A9pendamment%20de%20toute%20contrainte%20%C3%A9trang%C3%A8re>

Les Nations Unies

<https://press.un.org/fr/2002/AGSHC592.doc.htm?fbclid=IwAR069ejTc4M1CyIbjuCbEF7-lbv5ftezT7e1maAu-6Z5tgDO9HLoA0VOhM>

Espace Politique

<https://journals.openedition.org/espacepolitique/914?fbclid=IwAR3jsw62ZBd6tx5NsRx0mSFayBdpurEEDM4z58St7bA1CVS5MNwey0cVj7Y>

Open Ediction : Pour comprendre le nationalisme au québec et ailleurs.

<https://books.openedition.org/pum/15560?lang=fr>

Conseil Constitutionnel

https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/comment-un-referendum-est-il-organise?fbclid=IwAR3IrPq9mkHa55m1o4vmIuwTqtJ06wNZmkW_fkHUKCPbLFPcSarSdbhMUM8

Avis du Conseil Constitutionnel.

62-20 DC <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1962/6220DC.htm>

75-59 DC <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1975/7559DC.htm>

