

La consultation relative à l'autodétermination et les élections provinciales en Nouvelle-Calédonie ou le droit constitutionnel revisité *

par **Dominique TURPIN**

Président honoraire de l'Université d'Auvergne

Doyen honoraire de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand

Membre associé du Centre de recherche Michel de l'Hospital, EA 4232

Université Clermont Auvergne

La Consultation prévue par l'accord de Nouméa du 5 mai 1998 a eu lieu, au terme du délai prévu (au cours du 4^e mandat de cinq ans du Congrès), le 4 novembre 2018. A la question : "Voulez-vous que la Nouvelle-Calédonie accède à la pleine souveraineté et demeure indépendante ?", les électeurs ont répondu "non" à 56,7 %, avec un taux de participation élevé de 80,63 % des inscrits sur la liste électorale spéciale, quoique pas fondamentalement différent de ceux déjà observés¹.

Paradoxalement, les indépendantistes se sont réjouis de cette défaite prometteuse tandis que les "loyalistes" (qui ne sont pas les habitants des îles Loyauté, province presque exclusivement kanak, favorable à la "pleine souveraineté" mais n'ayant participé au vote qu'à 59 %) cachaient mal leur déception devant cette victoire à la Pyrrhus. Ainsi, pour Ph. Gomès, président de "Calédonie ensemble", "le résultat ne fait pas de doute : 70 % des Calédoniens voteront contre l'indépendance"². Raté !

Aux élections provinciales du 12 mai 2019, au scrutin de liste à un tour (représentation proportionnelle à la plus forte moyenne), 25 listes avaient été déposées, dont 11 dans la province Sud. Les anti-indépendantistes ont obtenu 28 sièges au congrès, contre 26 aux indépendantistes. En leur sein, Calédonie ensemble, avec seulement 18,49 % des voix dans la province Sud, régresse de 16 à 9 sièges et, au congrès, de 15 à 7 sièges, au profit de l'Alliance du rassemblement LR et du Mouvement populaire calédonien dans l'Avenir en confiance, de Sonia Backès, plus franchement loyaliste, qui conquiert 20 sièges sur 40 dans la province Sud et 15 au congrès, plus 3 obtenus dans la province Nord, soit 18 sièges sur 54 (plus du tiers, donc, et pouvant réclamer un second puis un troisième référendum d'autodétermination). De son côté, le FLNKS gagne un siège dans la province Nord et non au congrès, ses vieux leaders obtenant 7 sièges dans la province Sud (Roch Wamytan) avec seulement 11 271 suffrages, contre plus de 24 000 au référendum, 19 dans la province Nord (10 pour Paul Néaoutyine, pour 38,50 % des voix, qui va donc entamer son 5^e mandat à la tête de la province, et 9 pour Daniel Goa et l'Union calédonienne, pour 35,9 % des voix) et les 6 attribués aux îles Loyauté.

Toutefois, après leur victoire étriquée lors de la consultation du 4 novembre et les élections provinciales qu'ils pensaient avoir gagnées, les loyalistes ont eu la désagréable surprise de se faire souffler la présidence du congrès (au moins pour un an le 24 mai). Leur candidate, Magalie Mannohalalo a en effet été battue par Roch Wamytan³ du fait du choix inattendu effectué par le leader

* *En mémoire de Denis Lemieux, professeur à l'Université Laval, souvent rencontré, à Québec, à Clermont et à Nouméa*

¹ V. F. Faberon, *LPA* 6 déc. 2018, n° 244, p. 6-7 ; V. Hipeau, "Point de vue" : la République et la Nouvelle-Calédonie : une valse" (de référendums) à trois temps ?", *Dalloz*, 14 févr. 2019, p. 263 ; ainsi que R. Bony-Cisternes, "L'avenir de la collectivité de Nouvelle-Calédonie après le référendum", *JCPA* 2019.118.

² *Le Monde*, 3 mai 2018.

³ Dont le frère, Léon Wamytan, a soutenu à Clermont-Fd, sous ma direction, la première thèse kanak française, *Peuple kanak et droit français. Du droit de la colonisation au droit de décolonisation, l'égalité en question*, publiée aux Editions du Centre de documentation pédagogique de Nouvelle-Calédonie, Scerin, 2013, 466 p., préface de J.Y. Faberon.

de l'Eveil Océanien, Milakulo Tukumi, qui a fait voter ses trois élus en faveur d'une sorte d'alliance océanienne. Ce choix est aussi surprenant (par peur d'une "Kanaky" dans laquelle ils ne seraient considérés que comme des citoyens de seconde zone, les élus du Pacifique préféraient la garantie de l'égalité dans une citoyenneté française. Mais Nainville-les-Roches - V. infra - est passé par là !) que potentiellement inquiétant pour l'avenir. Comme partout, le scrutin proportionnel favorise les partis-charnière, dont l'influence comme "faiseurs de roi" est inversement proportionnelle à leur importance quantitative et rend aléatoire la constitution d'une majorité stable, ainsi qu'on vient encore de l'observer en Israël ! Toutefois, il se murmure (début juin) que les élus de l'Eveil Océanien, en accord avec l'Avenir en confiance de Thierry Santa (loyaliste) et le FLNKS, favoriserait la constitution d'un gouvernement composé de cinq loyalistes, cinq indépendantistes et un Wallisien, dont le vote pour la direction de cet exécutif serait décisif⁴ et - prenons-en le pari - favorable à un loyaliste. On sait, depuis Edgar Faure que, sur le Caillou comme en métropole, "ce n'est pas la girouette qui tourne, c'est le vent".

"Bande de terre peuplée par une bande de cons", selon l'aimable formule prêtée au général de Gaulle⁵, la Nouvelle-Calédonie a été découverte en 1774 par Cook et prise en possession par la France en 1853. Devenue colonie en 1860, elle a été, de 1864 à 1896, peuplée de bagnards qui ont fait souche. Fin 19^e arrivèrent les colons libres, les "Caldoches". Vinrent ensuite les asiatiques puis, dans les années 2000, les Wallisiens et des Tahitiens attirés par le "boom" du nickel, et quelques autres encore⁶. Du reste, les Kanak ne représentent plus que 45 % de la population, contre 35 % d'Européens et 20 % d'autres origines, plutôt partisans d'un maintien dans la République.

En 1946, la colonie devient territoire d'Outre-mer et le code de l'indigénat fut supprimé, les Mélanésiens n'acquérant le droit de vote qu'avec le décret du 22 janvier 1957. Le 28 septembre 1958, 98 % des électeurs adoptèrent la nouvelle constitution, signifiant leur volonté de rester dans la République, avec le statut de TOM maintenu. En juillet 1983, la table ronde de Nainville-les-Roches affirma l'abolition du fait colonial, le droit du "peuple kanak"⁷ à l'indépendance et la nécessité d'un statut d'autonomie évolutif (le "statut Lemoine" de 1984, rejeté par les indépendantistes). En janvier 1985, E. Pisani, dépêché en urgence, présenta un plan, reçu comme une provocation par les loyalistes, les troubles subséquents entraînant le retrait du projet et le retour en métropole de son auteur.

Après plusieurs statuts successifs, au gré des alternances politiques, et le drame de la grotte de Gossanah, M. Rocard et J.M. Tjibaou, négocièrent avec succès les accords de Matignon-Oudinot des 26 juin et 20 août 1988 qui renvoyaient à dix ans le scrutin d'auto-détermination avec une restriction drastique du corps électoral, la création de trois provinces : Nord (avec Nouméa, la plus riche, la plus peuplée, la plus européenne), Sud (avec le nickel) et Îles Loyauté, ces deux dernières étant administrées par des Kanak, en remplacement des quatre régions du statut Fabius-Pisani⁸.

Plutôt que d'organiser le "référendum-couperet" prévu au bout de dix ans, avec le risque de voir "les uns humiliés par la défaite, les autres prisonniers de leur victoire" (Ph. Gomès), l'accord de Nouméa, précédé d'un Préambule et d'un "document d'orientation", repoussa de nouveau l'échéance à 15/20

⁴ Consolation potentielle pour les loyalistes : l'Eveil Océanien serait favorable à un dégel du corps électoral (V. infra), des Wallisiens étant encore susceptibles de venir s'installer sur l'archipel.

⁵ Ibid.

⁶ V. F. Angleviel, *La France aux antipodes. Histoire de la Nouvelle-Calédonie*, Vendémiaire, "Chroniques", 2018.

⁷ Si le Cons. const. a censuré la référence à un "peuple corse, composante du peuple français" (déc. n° 91-8909 DC du 9 mai 1991) et jugé inopérante la contestation d'un "peuple mahorais" (déc. n° 2000-428 DC du 4 mai 2000), il invoque parfois encore, malgré la révision du 28 mars 2003 qui a reconnu, "au sein du peuple français, les populations d'outre-mer" (art. 72-3, al. 1^{er}), "populations intéressées" de l'art. 53, al. 3, les "peuples d'outre-mer auxquels est reconnu le droit à l'autodétermination" du 16^e alinéa du Préambule de 1946, non abrogé (déc. n° 2018-770 DC du 6 sept. 2018, § 47).

⁸ V., sur cet historique, J.Y. Faberon et J. Ziller, *Droit des collectivités d'Outre-mer*, LGDJ, 2007, P. 346 et s.

ans et organisa un transfert progressif des compétences, prélude à une éventuelle dévolution de celles dites régaliennes, constitutive de l'accès à la "pleine souveraineté". Certaines délibérations du Congrès devaient avoir "le caractère de lois du pays". L'exécutif devait être exercé par un "gouvernement collégial, élu par le Congrès et responsable devant lui". Constitué à la proportionnelle des groupes politiques⁹ (majorité et oppositions confondues), ce gouvernement relève de la "démocratie consociative", curiosité constitutionnelle due à A. Liphart¹⁰, adaptée aux sociétés plurielles et expérimentées en Afrique du Sud, en Autriche, en Belgique, en Irak, au Liban, aux Pays-Bas et en Suisse¹¹.

Afin de pouvoir déroger à nos principes sans encourir les foudres du Conseil Constitutionnel, la révision du 20 juillet 1998 réintroduisit dans la Constitution un titre XIII (abrogé le 4 août 1995) relatif aux "Dispositions transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie", comprenant deux articles : l'un (art. 76) pour substituer au scrutin d'autodétermination prévu par la loi référendaire du 9 novembre 1988 une consultation portant sur l'accord de Nouméa, réservée aux "citoyens" de l'archipel ; l'autre (art. 77) annonçant qu'une loi organique¹², au contenu ainsi constitutionnalisé, "détermine, pour assurer l'évolution de la Nouvelle-Calédonie dans le respect des orientations définies par cet accord et selon les modalités nécessaires à sa mise en œuvre", les compétences transférées définitivement, les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions, les règles relatives à la citoyenneté, au régime électoral, à l'emploi et au statut civil coutumier, les conditions et délais de la consultation des populations intéressées sur l'accession à la pleine souveraineté.

Cette évolution interpelle les juristes en général et les constitutionnalistes en particulier, invités à revisiter leurs notions les mieux établies. Certes, J. Chirac a pu affirmer (le 11 mars 2000 en Martinique et le 18 mai 2001 à La Réunion) que "les statuts uniformes ont vécu et que chaque collectivité d'Outre-mer doit pouvoir, si elle le souhaite, évoluer vers un statut différencié, en quelque sorte un statut sur mesure". Certes, le projet de loi constitutionnelle n° 911 présenté en mai 2018 modifie, par son article 15, l'article 72 de la Constitution pour permettre une différenciation dans l'exercice des compétences entre collectivités territoriales d'une même catégorie ainsi que de "déroger, pour un objet limité, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences, éventuellement après une expérimentation...". Mais il s'agit ici, dans le cadre du titre XIII, de bien plus que cela. D'un changement de nature, non de degré ; d'un pas vers le fédéralisme au sein d'une République unitaire simplement décentralisée ; d'un "caillou" dans la chaussure des tenants d'un classicisme constitutionnel.

"Je savoure à l'avance, ironisait M. Rocard lors de la signature de l'accord de Nouméa, la perplexité des professeurs de droit public devant la nouveauté et l'étrangeté de l'objet constitutionnel que vous venez d'inventer ... le concept de droit évolutif en matière de souveraineté est radicalement nouveau"¹³. Et, de fait, la doctrine, bien que désireuse de sortir du "cul de sac constitutionnel"¹⁴, évoque, au sujet de l'accord de Nouméa, "l'horreur constitutionnelle"¹⁵, "l'absurdité juridique"¹⁶, ou

⁹ Du moins jusqu'au printemps 2019 (V. supra).

¹⁰ *Democracy in plural societies : a comparative explanation*, Yale University Press, New-Haven, 1977.

¹¹ V. J. Lacabanne, *La démocratie consociative (forces et faiblesses du multiculturalisme)*, Persée, 2016 ; et C. David, "Repenser les institutions calédoniennes par le prisme du modèle de démocratie consociative" *Revue Juridique, Politique et Économique de Nouvelle-Calédonie*, ci-après, *RJPENC* n° 30, 2017/2, p. 114.

¹² Celle n° 99-209 du 19 mars 1999, complétée par la loi ordinaire n° 99-210 du même jour et modifiée par la loi organique n° 2018-280 du 19 avril 2018.

¹³ *Le Figaro*, 22 sept. 1988.

¹⁴ J. Ziller, "Rapport de synthèse", *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, J.Y. Faberon et G. Agniel, dir., Doc. fr. 2000, p. 447.

¹⁵ A. Moyrand, "Théorie de la souveraineté partagée", *ibid.*, p. 29.

¹⁶ O. Beaud, "Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération", cette *Revue* 1998, p. 83.

encore "la formule juridique creuse"¹⁷ car peut-on conclure avec J.Y. Faberon, qui parle¹⁸ d'un "laboratoire institutionnel", les juristes sont parvenus à un accord qui "ne se réfère à aucun moment aux catégories et notions juridiques connues"¹⁹.

On peut évidemment s'étrangler devant autant d'atteintes aux principes républicains et proclamer, comme l'ont fait avec talent, A.M. Le Pourhiet²⁰ et O. Gohin, qui s'en prend, en 2007, aux différentes restrictions du suffrage, que "ce n'est pas parce que la République est aux antipodes qu'elle doit se croire obligée de marcher sur la tête"²¹, et ne désarme pas en 2018 par ce qu'il persiste à considérer comme "un retour inouï..., même dans un territoire limité et lointain, au suffrage restreint, recul de la démocratie politique" et "concession juridiquement tout à fait étrangère au droit français"²². Moi-même, je me suis laissé aller, à propos du statut Pisani, à parler de "Canaque Plus" (on l'écrivait alors ainsi) et de la "théorie des deux Jean-Marie" (Le Pen et Tjibaou) concernant l'exclusion de certains non citoyens calédoniens du droit de suffrage et la préférence locale pour l'accès à l'emploi²³.

En réalité, le pragmatisme l'a emporté sur le constitutionnalisme traditionnel et les "grands sentiments" ("destin commun", "terre de parole et de partage", parfois surjoués par les non-indépendantistes) sur "les grands principes" chers à G. Béart, A.M. Le Pourhiet et O. Gohin. Pour l'instant, on doit bien reconnaître que "ça marche" et mesurer le chemin parcouru depuis le carnage d'Ouvéa, même si l'avenir n'est, bien évidemment, pas écrit. Le résultat en demi-teinte de la consultation du 4 novembre 2018 fait que l'on n'échappera pas à un second et peut-être à un troisième référendum, tout aussi inutiles et prévisibles que le premier mais inscrits dans l'accord de Nouméa (ils doivent être réclamés par un tiers des membres du Congrès). Les Calédoniens, à l'inverse des Britanniques ayant choisi le "Brexit", devraient donc être appelés à voter de nouveau (sauf s'il était - sagement - choisi de procéder comme en 1998, c'est-à-dire d'élaborer d'abord, par consensus, un projet commun sur lequel ils seraient invités ensuite à se prononcer²⁴) et sur "la même question"²⁵.

D'ici là, aux termes du Titre 5, alinéa 5, du document d'orientation de l'accord de Nouméa : "Tant que les consultations n'auront pas abouti à la nouvelle organisation 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. Pendant ce temps, a précisé le Conseil d'État dans son avis du 6 septembre 2018, l'application de l'accord de Nouméa se poursuivra car les élections provinciales du 12 mai 2019 "ne sauraient se tenir sur un autre fondement", et c'est bien ce qui s'est produit (cf. supra).

Et après ? C'est là qu'intervient le stratège méconnu Emile Coué de la Châtaigneraie (1854-1926), dont la méthode (fondée sur l'autosuggestion et à l'origine de l'effet placebo) est supposée valoir celle du

¹⁷ O. Gohin, "L'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie", art. cit.

¹⁸ "La Nouvelle-Calédonie, « pays à souveraineté partagée », cette *Revue* 1998, p. 645.

¹⁹ "Citoyenneté et nationalité en Nouvelle-Calédonie dans la perspective de la « sortie de l'accord de Nouméa »", *Destin des collectivités politiques d'Océanie*, 2011, p. 575.

²⁰ "Nouvelle-Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme", cette *Revue* 1999, p. 1023.

²¹ "Le gel de l'électorat restreint en Nouvelle-Calédonie", *AJDA* 2017, p. 800, où il vitupère contre "la mort civique sans phrase", "le mensonge d'État", "l'accès au suffrage devenu héréditaire" et même "l'exclusion du droit de suffrage à raison de l'origine ou de la race".

²² "Regard critique sur la prochaine consultation d'autodétermination en Nouvelle-Calédonie", *RJPENC* n° 31, 2018, p. 138.

²³ "La représentation, la gauche et le droit de suffrage", *La Nouvelle-Calédonie : la stratégie, le droit et la République*, colloque, Sénat, préf. A. Poher, Pédone, 1985, p. 115.

²⁴ V. en ce sens, F. Mélin-Soucramanien, "Nouvelle-Calédonie : à la recherche du consensus perdu", *Outremers* 360, 10 déc. 2018.

²⁵ V. P. Jean, "Le débat sur la « question » ", n'est sans doute pas définitivement clos", *RJPENC* n° 31, 2008/1, p. 161, qui préconise "une question plus claire, plus neutre et moins clivante".

regretté Michel Rocard, puisqu'il est prévu qu'en cas d'échec des trois consultations, "les partenaires politiques se réuniront pour examiner la situation"²⁶. Nous voilà rassurés !

*
* *

On examinera quelques-unes de ces "revisites" du droit constitutionnel, s'agissant de la notion de "collectivité territoriale de la République" (I), de la "pleine souveraineté" versus "indépendance" (II), de l'identité Kanak et calédonienne (III), de la composition du corps électoral, de la citoyenneté et de l'exercice du droit de suffrage (IV) et enfin, des deux solutions d'avenir possibles : l'État associé ou l'État fédéré (V).

-I- "Collectivité territoriale de la République" ?

La Nouvelle-Calédonie doit-elle être regardée comme une "collectivité territoriale" régie par le titre XII de la Constitution tel que remanié par la révision du 28 mars 2003 ?

"Non", a d'abord assuré la jurisprudence. "Oui", a répondu la doctrine, même si ce n'est pas dans le cadre du titre XII.

A/ Non selon la jurisprudence :

- Le Conseil constitutionnel, par sa décision n° 2003-482DC du 30 juillet 2003 relative au référendum local, a implicitement exclu la Nouvelle-Calédonie de son champ d'application, considérant que "la loi organique prise sur le fondement de l'article 72-1 de la Constitution s'applique à toutes les collectivités régies par le titre XII" et seulement à elles, afin sans doute d'éviter de "poser une nouvelle fois la délicate question du corps électoral"²⁷.

- Le Conseil d'État, à l'occasion d'un litige relatif à la suspension de la pension de retraite d'un ancien médecin militaire ayant repris une activité au centre hospitalier de Nouméa, par son arrêt de section du 13 décembre 2006, "Genelle", n° 279 323, a précisé d'office, conformément aux conclusions de S. Verclytte²⁸, que, contrairement aux provinces ("collectivités à statut particulier") et aux communes (V. l'art. 3 de la loi organique statutaire) de l'archipel, "la Nouvelle-Calédonie n'est pas régie par le titre XII de la Constitution relatif aux collectivités territoriales de la République mais par son titre XIII, qui lui est spécifiquement consacré, son organisation et ses compétences sont déterminées, dans le respect de l'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998, par la loi organique du 19 mars 1999, laquelle ne la qualifie pas de collectivité territoriale"²⁹.

Pour expliquer à un éventuel "Kanak (ou Caldoche) au Palais-Royal", S. Verclytte relevait, dans ses conclusions, que : "Les collectivités territoriales s'administrent plutôt qu'elles ne se gouvernent ; elles le font dans les conditions prévues par la loi et non par la Constitution ; elles disposent d'un pouvoir réglementaire et non législatif ; leurs compétences sont distribuées en fonction de considérations

²⁶ Selon le Cons. const., déc. n° 99-410 DL du 15 mars 1999, le 4° alinéa de l'art. 217 de la loi organique statutaire, prévoyant la réunion du Comité des signataires afin d'examiner la situation résultant de réponses négatives successives, non pas à l'issue d'une 3° consultation mais dès l'issue de la 2°, "a méconnu l'obligation que faisait au législateur organique l'art. 77 de la Constitution de respecter les orientations définies par l'accord de Nouméa et de fixer les modalités nécessaires à sa mise en œuvre".

²⁷ Faberon et Ziller, op. cit., p. 365 et s. et, dans le même sens, M. Verpeaux, *JCPA* 2004, p. 381.

²⁸ *JCPA* 2007.18.

²⁹ Selon l'exposé des motifs du projet de loi organique, "la Nouvelle-Calédonie n'est plus un territoire d'outre-mer au titre de l'article 74 (NB : de la Constitution, mais bien une collectivité sui generis qui n'appartient à aucune catégorie préexistante et qui bénéficie d'institutions annexes, pour elle seule".

d'efficacité plutôt que de souveraineté", ce qui "n'est pas le cas de la Nouvelle-Calédonie, dont les traits fondamentaux se distinguent de ceux qui caractérisent les collectivités territoriales de l'article 72 et en font une collectivité sui generis, sans équivalent à ce jour en droit français".

De surcroît, poursuivait-il, la Nouvelle-Calédonie "dispose d'un certain pouvoir d'auto-organisation puisqu'elle peut moduler le rythme de transferts de compétences qui lui sont attribuées" et, "surtout, ces transferts sont « définitifs » aux termes de l'article 77 de la Constitution elle-même et constituent en cela... une limitation de souveraineté de l'État qui n'a pas d'équivalent pour une collectivité territoriale". Par ailleurs, "la Nouvelle-Calédonie est investie d'un véritable pouvoir législatif". Enfin, "il est institué une citoyenneté dont bénéficient les personnes de nationalité française" qui remplissent diverses conditions, principalement de résidence d'une certaine durée en Nouvelle-Calédonie. Cette citoyenneté, insiste-t-il, fonde deux dispositions majeures et dérogoires aux principes d'égalité et d'indivisibilité de la République, s'agissant d'une part de la détermination du corps électoral néo-calédonien ; d'autre part de l'institution de préférences pour l'accès à l'emploi³⁰. Dès lors, conclut-il, "ces traits fondamentaux - auxquels il faudrait ajouter une capacité d'initiative autonome en matière de relations internationales - dérogent rien moins qu'aux articles 1^{er}, 3, 34 et 75 de la Constitution, à l'article 6 de la Déclaration ... de 1789 et au 5^e alinéa du Préambule de la Constitution de 1946". Ainsi, explique S. Verclytte, "ils dessinent ce que l'accord de Nouméa appelle un régime de « souveraineté partagée »..., concept fort voisin de celui de « dual sovereignty » par lequel la Cour suprême américaine résume l'équilibre entre État fédéral et États fédérés"³¹ et, "dans ces conditions, le refus de qualifier la Nouvelle-Calédonie de collectivité territoriale... reflète la nature radicalement nouvelle en droit français de cette collectivité sui generis" au régime constitutionnel transitoire avant qu'elle ne quitte, éventuellement, la République française".

B/ Oui selon la doctrine :

Certains auteurs ont soutenu que la Nouvelle-Calédonie était bien une "collectivité territoriale de la République" avant l'arrêt "Genelle", mais aussi après.

- Pour J.Y Faberon³², la révision de mars 2003 "concerne la Nouvelle-Calédonie, tant d'une manière générale qu'en des dispositions particulières". Cette dernière apparaît donc comme "une collectivité territoriale de la République à part entière (bien qu'entièrement à part) et pourrait le demeurer, avec le statut de "collectivité d'outre-mer", en cas d'échec de l'option indépendantiste lors de la (ou des) consultation(s) d'autodétermination car elle a été "nominativement inscrite dans le cadre général du titre XII", comme une "collectivité territoriale en devenir" (art. 72-3, al. 3). De même, lors de la discussion du projet de loi relatif à l'autonomie des collectivités territoriales devant le Sénat, toujours en 2003, D. Hoeffel, rapporteur, avait suggéré - en vain - de citer la Nouvelle-Calédonie à l'article 72-3 de la Constitution afin de "consacrer" sa qualité de collectivité territoriale et "de lui ouvrir le bénéfice de l'ensemble des dispositions du titre XII", en particulier celles relatives à la démocratie locale et à l'autonomie financière des collectivités territoriales"³³. Pour F. Lénica et J. Boucher³⁴, cela "aurait conféré à la Nouvelle-Calédonie un double rattachement constitutionnel (principal au titre XIII, subsidiaire - ou supplétif - au titre XII)".

- Pour O. Gohin (art. cit.), l'arrêt "Genelle" et les conclusions Verclytte participent à "la déconstruction du droit français des collectivités territoriales". Cependant, si on suit le fil entre les lignes, le Conseil

³⁰ V. G. Gallez, "Préférence locale et accès aux emplois des administrations calédoniennes", cette *Revue*, n° 6/2018, p. 1537.

³¹ V. les arrêts "Murphy V. National Collegiate Athletic Association", 584 US (2018) et "South Dakota V. Wayfair", 585 US (2018), cette *Revue*, chron. E. Zuller, 6/2018, p. 1769.

³² Art. cit. note supra.

³³ *JO*, Sénat, 2003-2004, doc., p. 324.

³⁴ *AJDA* 2007, chron., p. 363.

d'État n'a pas rejeté, de façon générale, la qualité de collectivité territoriale de la Nouvelle-Calédonie mais seulement son rattachement au titre XII de la Constitution³⁵. A cet égard, on peut relever que, selon son article 24 de la Constitution, qu'il "assure la représentation des collectivités territoriales de la République". Le Conseil constitutionnel en a déduit, le 6 juillet 2000 (déc. n° 2000-431 DC), que le Sénat doit, dans cette mesure, "être élu par le corps électoral qui est lui-même l'émanation de ces collectivités, ... éventuellement composé de membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales" et que "toutes les catégories des collectivités territoriales doivent être représentées". Or, selon l'article L0438-1 du Code électoral (non censuré par le Cons. const., déc. n° 2003-476 DC du 24 juill. 2003), "deux sénateurs sont élus en Nouvelle-Calédonie", ce qui fait bien de cette dernière une collectivité territoriale au sens de cet article 24. Dès lors, regrettent les deux chroniqueurs, l'arrêt "Genelle" présente l'inconvénient "de faire de la notion constitutionnelle de collectivité territoriale une notion à géométrie variable" et "on ne saurait en déduire... que (cette) notion sera toujours interprétée par le juge, lorsqu'il aura à appliquer des textes y faisant référence, comme excluant la Nouvelle-Calédonie".

- Pour M. Verpeaux³⁶, cette solution est "techniquement compréhensible mais conceptuellement déstabilisante" et, si la Nouvelle-Calédonie ne peut constituer une collectivité territoriale au sens de l'article XII de la Constitution, elle doit cependant le rester, hors de ce titre. Pour A. Roux³⁷, la définition large de la collectivité territoriale - "personne morale de droit public disposant d'une assise territoriale sur laquelle vit une communauté de personnes" - peut s'appliquer sur le Caillou, ainsi que plusieurs dispositions constitutionnelles : l'article 72-3 nouveau, cité supra, l'article 13, al. 3, prévoyant que sont nommés en conseil des ministres "les représentants de l'État dans les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie", ce qui est le cas du Haut-Commissaire de la République. Enfin, la décision n° 2009-587 DC du 30 juillet 2009, vérifiant que l'obligation, prévue par l'article 39, al. 2, de la Constitution, de soumettre au Sénat, en premier lieu, tout projet de loi "ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales" avait bien été respectée, a implicitement mais nécessairement validé la thèse selon laquelle la Nouvelle-Calédonie est bien une "collectivité territoriale de la République", au moins au sens de cet article 39.

II - Souveraineté (pleine) / Indépendance

La question posée le 5 novembre 2018 fait à première vue figure de pléonasme ou de redondance. En effet, la souveraineté peut-elle être autre que "pleine" ? Et en quoi cette "pleine souveraineté" se distingue-t-elle de l'"indépendance" ? Au-delà des arguties juridiques, la réponse semble avant tout relever de la politique.

A/ La souveraineté peut-elle être autre que "pleine" ?

Inventée en 1576 par Jean Bodin³⁸, la notion de souveraineté implique un pouvoir sans partage sur un territoire et une population donnés, quelle que soit son origine (monarchique, nationale ou populaire) et ses modalités de mise en œuvre. Elle est, pour Bodin, "la puissance absolue et perpétuelle". Il voit dans l'exercice des compétences régaliennes les "vrayes marques de souveraineté" et "le pouvoir de donner loy à tous en général et à chacun en particulier, sans le consentement de plus grand, ni de pareil, ni de moindre que soi"³⁹.

³⁵ V. également *BJCL* 2007, p. 46, note M.G.

³⁶ "La Nouvelle-Calédonie est-elle une collectivité territoriale ?", *D.* 2007, p. 1175.

³⁷ "La Nouvelle-Calédonie est-elle ou non une « collectivité territoriale »", *RPJENC* n° 17, 2011, p. 121.

³⁸ *Les six livres de la République*, Fayard, 1987, rééd.

³⁹ *Les six livres...*, op. cit., p. 306, cité par J. Roux, *JCPG* 2017.1066.

Dans cette lignée, Loyseau confirme, en 1608, que "la souveraineté est la forme qui donne l'être à l'État" et Cardin le Bret, théoricien de l'absolutisme, assure, en 1632⁴⁰, que cette dernière n'est "pas plus divisible que le point en géométrie". J.J. Rousseau, pour sa part, relève que : "Comme la nature donne à chaque homme un pouvoir absolu sur tous ses membres, le pacte social donne au corps politique un pouvoir absolu sur tous les siens et c'est ce même pouvoir qui, dirigé par la volonté générale, porte le nom de souveraineté"⁴¹, notant par ailleurs⁴² qu'"il est de l'essence de la puissance souveraine de ne pouvoir être limitée" car "elle peut tout ou elle n'est rien". Au XX^e siècle, M. Weber définit la souveraineté étatique comme "le monopole de la contrainte organisée"⁴³. De même, pour R. Carré de Malberg⁴⁴, "la souveraineté est entière ou elle cesse de se concevoir". Ainsi, pourrait-on conclure avec J. et J.E Gicquel⁴⁵, dans cette acception, "la souveraineté est absolue, perpétuelle... et indivisible. A ce titre, "(elle) ne saurait être partagée".

Toutefois, il y a beau temps que cette conception est battue en brèche. Il y a vingt ans déjà, H. Mendras invitait à en finir avec le "mal de Bodin"⁴⁶ et B. Badie décrivait *Un monde sans souveraineté*⁴⁷, "fiction" devenue inutile car "plus aucune République n'est une et indivisible"⁴⁸ et, dès lors, "la souveraineté n'est plus un principe fondateur, mais accessoire, subordonné, dépendant"⁴⁹. Par exemple, sans même s'attarder sur la "doctrine Brejnev" de la "souveraineté limitée" des ex-démocraties populaires" au sein du bloc communiste⁵⁰, on notera, avec A. Esmein⁵¹, que "le fédéralisme fracture la souveraineté" et qu'il est, complète L. Duguit⁵², "contradictoire avec la nature même de la souveraineté". En effet, explique Carré de Malberg⁵³, "Pour qu'un État puisse être qualifié de souverain, il n'est pas nécessaire que sa puissance soit indéfinie quant à son étendue ; il suffit que, dans la mesure où elle existe, cette puissance soit indépendante de toute puissance supérieure quant à son origine et quant à ses conditions d'exercice". Et, conclut-il, "si le critérium de l'État est la souveraineté, les collectivités membres d'un État fédéral ne sont pas des États, car elles ne sont pas souveraines" et doivent respecter les normes établies par l'État fédéral ("Bundesrecht bricht Landesrecht"). Sauf à soutenir, comme John Calhoun au 19^e siècle avec sa théorie de la "nullification", que les normes fédérales contraires à la souveraineté des États fédérés peuvent être annulées ou suspendues par ces derniers, qui n'ont fait qu'en déléguer l'exercice, dans certains domaines ("dual federalism"), ce qui conduit à revendiquer à leur profit un droit de sécession ou, du moins, un "new federalism" favorable à leur autonomie, fondé sur le "principe de la double souveraineté". Ainsi, les collectivités fédérées peuvent se voir reconnaître certaines attributions de droit interne (constitution propre, gouvernement, organe législatif, système juridictionnel) ou même parfois de droit international (Ukraine et Biélorussie au temps de l'URSS, République du Tatarstan dans la constitution russe du 12 déc. 1993, Länder allemands, province du Québec, cantons suisses⁵⁴), seule la Fédération détenant "la compétence de sa compétence" (G. Jellinek) car "chaque État possède le droit fondamental de choisir et de mettre en œuvre comme il l'entend son système politique, économique et social"⁵⁵.

⁴⁰ *De la souveraineté du roi*.

⁴¹ *Contrat social*, Livre II, chap. 4.

⁴² *Lettres écrites de la Montagne*.

⁴³ *Le savant et le politique*, 1919.

⁴⁴ *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, 1920-1922, rééd.

⁴⁵ *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, précis Domat, 30^e éd., 2017, n° 108.

⁴⁶ "Le mal de Bodin", *Le Débat*, n° 105, mai-août 1999, p. 71.

⁴⁷ Fayard, 1999.

⁴⁸ Op. cit., p. 11, cité par J.Y. Faberon, *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, J.Y. Faberon et G. Agniel, dir., intro., p. 16.

⁴⁹ Ibid, p. 9.

⁵⁰ V. C. Zorngibe, "La doctrine soviétique de la souveraineté limitée", *RGDIP* 1970, p. 872.

⁵¹ *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6^e éd., Sirey, 1914.

⁵² *Traité de droit constitutionnel*, Fontemoing, 1928.

⁵³ *Contribution*, op. cit. supra, note 47, T 1, p. 137, note 2.

⁵⁴ V. la Constitution suisse du 18 avr. 1999, art. 31 : "Les cantons sont souverains tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale".

⁵⁵ CIJ, 27 juin 1986, "Nicaragua c/ Etats-Unis".

Dans un "État régional" comme l'Espagne, le gouvernement basque a lancé, le 27 septembre 2002, un projet de "libre association et de souveraineté partagée", vivement rejeté par Madrid, tandis qu'à Gibraltar, le 7 novembre de la même année, les habitants repoussaient (à 98,97 %) un projet de souveraineté partagée sur le "Rocher" entre Londres et Madrid, et que le Parlement de Catalogne a adopté, le 18 juin 2006, un nouveau statut qualifiant cette dernière, sinon d'État souverain, du moins de "nation" très autonome, en attendant plus si non affinité avec l'Espagne.

Dès lors, passant du "Rocher" au "Caillou", on peut relever que, "si la France n'est pas un État fédéral, la Nouvelle-Calédonie apparaît pourtant par rapport à elle comme un État fédéré"⁵⁶ et pourrait le devenir véritablement après le ou les référendums prévus par l'accord de Nouméa. Dans cette attente, a été suivie l'incitation d'H. Mendras à "produire une nouvelle doctrine juridique de la souveraineté partagée". Selon F. Weibert⁵⁷, en effet, "l'organisation de l'outre-mer est une excellente vitrine de la capacité de l'État unitaire français à intégrer les formes les plus extrêmes de la diversité infra nationale". Ainsi, pour J. Ziller⁵⁸, "le partage de souveraineté est le produit d'une négociation entre les forces vives d'un pays pour éviter le recours à la violence", en Palestine, en Irlande du Nord, et en Nouvelle-Calédonie, afin de "réduire les incertitudes, ... stabiliser le droit", comme "solution d'attente mettant fin à une situation explosive" pour, en quelque sorte, "donner du temps au temps".

Cet objectif ayant été pleinement atteint fin 2018, les électeurs néo-calédoniens ont repoussé le passage à la "pleine souveraineté" par transfert des compétences régaliennes de l'État, mais aussi l'"indépendance", ce qui conduit à s'interroger sur le pourquoi de cette apparente redondance.

B/ L'indépendance se distingue-t-elle de la "pleine souveraineté" ?

Alors que le référendum du 13 septembre 1987 demandait clairement : "Voulez-vous que la Nouvelle-Calédonie accède à l'indépendance ou demeure au sein de la République française ?", aucune référence à l'indépendance ne figure dans l'accord de Nouméa, qui reconnaît sa vocation à bénéficier, à l'expiration du délai qu'il a fixé, d'une "complète émancipation"⁵⁹. On ne trouve pas non plus ce mot dans la Constitution, l'article 77-5 évoquant seulement, lui aussi, parmi les questions que l'assemblée délibérante aura à traiter "pour assurer l'évolution de la Nouvelle-Calédonie dans le respect des orientations définies par cet accord", "les conditions et délais dans lesquels les populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie seront amenées à se prononcer sur l'accession à la pleine souveraineté". La loi organique statutaire de 1999 ne mentionne également (art. 216 et s.), que "la consultation sur l'accession à la pleine souveraineté".

Pourquoi ce silence ? Ou plutôt, pourquoi a-t-on cru bon d'ajouter l'"indépendance" comme enjeu de la consultation du 4 novembre 2018 ?

Comme l'a observé J.Y. Faberon, "décidément, on s'applique à écarter le mot « indépendance ». Serait-il une incongruité ?" Vingt ans plus tard, il assure⁶⁰ que, contrairement à la "souveraineté", "notion juridique claire", l'indépendance est une "notion subjective, relative", qui pouvait encore faire croire, lors de la "vague des indépendances" des années 60, qu'elle signifiait "libération des peuples", confondue avec la décolonisation. "Aujourd'hui, relève-t-il, on sait que, souvent, elle se traduit par « une nouvelle aliénation », parfois par l'ex-colonisateur, voire par des dictatures qui ont aggravé la

⁵⁶ J.Y. Faberon, "Les figures plurielles de l'État dans l'accord de Nouméa", *Figures de l'État dans le Pacifique*, L'Harmattan, 2006, p. 17.

⁵⁷ *La souveraineté partagée...*, op. cit. supra, note 14, "Rapport introductif : L'ordre juridique français : de la centralisation à la souveraineté partagée", p. 19.

⁵⁸ Ibid., "Rapport de synthèse", p. 447.

⁵⁹ "Document d'orientation", pt 5.

⁶⁰ "Indépendance ou souveraineté ? Les mots de la question référendaire", *RJPENC* n° 31, 2018/1, p. 159.

situation économique et politique". Bref, conclut-il, cette notion qui se caractérise "par sa subjectivité, non par sa juridicité⁶¹, n'a, de surcroît, guère d'actualité car, "dans le monde globalisé, tous les États sont interdépendants" et "plus ou moins indépendants". En somme, au "monde sans souveraineté" de B. Badie il oppose le "monde sans indépendance" véritable, sans défense autonome, sans relations internationales libres, sans autre monnaie que de se payer de mots.

Pour M. Chauchat⁶², "en précisant que la pleine souveraineté était l'indépendance, et n'était que cela, le Premier ministre a réduit à peu les efforts de trente ans d'accords pour amener les Calédoniens à une indépendance consensuelle avec la France dans le cadre de la signature d'un partenariat ou d'une association, ... c'est à nouveau la France ou le chaos, choix sec et binaire expressément exigé par les non-indépendantistes" car "il introduit la dichotomie entre indépendance autarcique qui fait peur et souveraineté qui rassemble".

De fait, les consultations du même type aux Comores ou à Djibouti ont utilisé le mot "indépendance", avec les résultats économiques et sociaux que l'on connaît. De même, observe N. Clinchamps⁶³, "une frange non négligeable de la population kanak voit aujourd'hui dans l'indépendance un syndrome vanuatais mêlant à la pauvreté une nouvelle colonisation foncière orchestrée par l'Australie". C'est pourquoi, note G. Baiali⁶⁴, au Comité des signataires, "les indépendantistes s'efforçaient de vouloir faire disparaître le terme indépendance au motif qu'il effraie".

S'agit-il alors de changer de maître en changeant de statut ? C'est, en fait, une illustration de la fable de la Fontaine, "Le chien et le loup". Le chien est gras, bien nourri et bien chauffé mais il est tenu en laisse. Le loup est libre, certes, mais il a froid et ne mange pas toujours à sa faim⁶⁵. La "morale" de cette histoire est que ce sont bien les Kanak, et non les Européens, auxquels l'ajout du mot "indépendance" était supposé faire peur. Encore une fois : raté !

-III- Identité kanak et calédonienne

Le discours identitaire est connoté à l'extrême droite. Pas en Nouvelle-Calédonie, où les identités kanak et calédonienne sont mises en avant, dans le cadre d'une société multiculturelle revendiquée.

A/ Identité et identitaires

En métropole, les "identitaires" sont classés du côté de la droite extrême. Celle qui prend prétexte de l'immigration, de l'islam (isme) et du terrorisme pour dénoncer l'invasion de la France blanche et chrétienne, jusqu'au risque d'un "grand remplacement" qui nierait et noierait nos valeurs séculaires⁶⁶. Lors de sa campagne présidentielle de 2007, N. Sarkozy avait promis d'œuvrer à la "préservation de notre identité nationale". Dans cette perspective, B. Hortefeux puis E. Besson se virent confier un

⁶¹ Pourtant, affirme-t-il, le référendum, à l'inverse de l'accord de Nouméa, "quintessence de compromis capable de réaliser le consensus, disserte sur la partage de la souveraineté sans prononcer jamais le mot d'indépendance", lequel "convient au cadre référendaire" car il "pose une alternative simple... « n'est pas ambiguë juridiquement (et) répond aux exigences de clarté, loyauté et sincérité »" posées par le Conseil constitutionnel pour ce genre de consultation.

⁶² "Une question sèche et clivante", *AJDA* 2018, p. 818, qui cite J.M. Tjibaou, dans *Les temps modernes*, n° 464, mars 1985 : "La souveraineté, c'est le droit de choisir ses partenaires ; l'indépendance, c'est le pouvoir de gérer la totalité des besoins créés par la colonisation... c'est la souveraineté qui donne le droit de négocier les interdépendances".

⁶³ "Comment l'accord de Nouméa enterme l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie", *Le Monde*, 1^{er} sept. 2009.

⁶⁴ "Réussir une décolonisation de la République française", *RJPENC* n° 31, 2018/4, p. 29, qui ajoute : "Si les indépendantistes veulent l'indépendance, ils doivent l'assumer".

⁶⁵ G. Brial, art. cit. note précédente, établit aussi "une comparaison avec nos voisins indépendants" d'où il ressort, par exemple, que "le salaire minimum est chez nous de 155 000 FCFP. il est de 30 000 FCFP au Vanuatu et de 25 000 FCFP à Fidji", et ibid. pour le montant des retraites, le nombre de médecins, de foyers pouvant s'acheter une voiture, de s'offrir internet ou de posséder un réfrigérateur.

⁶⁶ V., par exemple, E. le Morhedec, *Identitaire, le mauvais génie du christianisme*, Eds du Cerf, 2017.

ministère "de l'immigration, de l'identité nationale et du développement solidaire". Après quoi fut organisé, du 2 novembre 2009 au 31 janvier 2010, un "grand débat sur l'identité nationale" destiné à "réaffirmer les valeurs républicaines et la fierté d'être Français"⁶⁷. Ainsi, a déploré le démographe H. le Bras⁶⁸, dix ans après avoir été inoculé, "le poison identitaire continue de produire ses effets".

Pourtant, "l'identité n'est pas un gros mot"⁶⁹ et il n'est pas condamnable en soi de réfléchir à ce qui caractérise, au-delà des identités individuelles (V. des cartes et les contrôles d'identité), une identité collective, qu'elle soit fondée sur des critères ethniques ou sur une volonté de vivre ensemble. Dès lors, "le thème de l'identité française s'impose à tout le monde, qu'on soit de gauche, de droite, ou du centre"⁷⁰. Ainsi encore, pour C. Lévy-Strauss⁷¹, "toute utilisation de la notion d'identité commence par une critique de cette notion", et surtout de l'usage qu'on en fait, car elle n'est pas "une essence fixe" qui risquerait "d'enfermer l'individu dans une appartenance à un groupe" (communautarisme) et parce que, "face à l'étranger, la revendication identitaire introduit une barrière qui isole et protège"⁷². Dans un autre domaine, C. Hagège⁷³ a pu écrire que, depuis l'édit de Villers-Cotterêts, "la langue française est un élément constitutif de l'identité nationale". D'ailleurs, l'Union européenne fait de la langue officielle de chaque État membre un élément de son "identité nationale".

Pour A.M. Thiesse⁷⁴, ces identités, bâties à partir du milieu du 18^e siècle, "n'avaient rien de naturel..., mais étaient des constructions politiques, élaborées par les gouvernements pour unifier les sociétés qu'ils dirigeaient". Elle en conclut que, "nécessaire pour créer de la citoyenneté, le processus d'identification collective, cette fameuse identité nationale, serait inclusive et tournée vers l'avenir en période de prospérité ou... de stabilité ; exclusive et tournée vers le passé en période de crise".

L'Union européenne reconnaît "l'identité nationale" de ses États membres, dont la Cour de Luxembourg a précisé le contenu et qui limite le principe de primauté du droit communautaire. Pour leur part, les Cours constitutionnelles nationales, allemande, italienne et française surtout, ont développé la notion d'"identité constitutionnelle" pour qualifier ce qui n'est pas soluble dans le droit international et européen⁷⁵.

A. Sen a distingué⁷⁶ deux méthodes d'intégration : l'"anglaise", fondée sur le communautarisme, et la "française", basée sur l'adhésion aux valeurs républicaines au premier rang desquelles "l'égalité". Ainsi, pour lui, "la philosophie qui sous-tend le communautarisme" est fondée sur l'idée que "l'une des identités l'emporterait sur toutes les autres et servirait de critère pour une organisation de la société en groupes distincts", tandis que "le républicanisme reconnaît à chacun, quelles que soient ses autres identités, des droits égaux pour mieux viser l'universalité. Il ne nie pas les particularismes et leur reconnaît tous les droits de s'exprimer dans la sphère privée". Pour l'auteur, "la tentation du

⁶⁷ V., à cette occasion, Institut Montaigne, *Qu'est-ce qu'être français ?*, Hermann éd., 2009.

⁶⁸ *Malaise dans l'identité*, Actes Sud, 2017.

⁶⁹ E. le Morhedec, op. cit.

⁷⁰ F. Braudel, auteur du livre *Identité de la France*, Arthaud, 1986, dans un "Entretien" avec M. Kajman, *Le Monde*, 24/25 mars 1985.

⁷¹ *L'identité*, PUF, coll. "Quadrige", 5^e éd., 2007.

⁷² Au séminaire sur l'identité nationale qu'il a animé, en 1974-1975, au Collège de France, C. Lévy-Strauss observait : "J'ai connu une époque où l'identité nationale était le seul principe concevable des relations entre les États. On sait quels désastres en résulteraient".

⁷³ "Identité nationale et langue française", *Le Monde*, 9 mars 2010.

⁷⁴ *La création des identités nationales. Europe XVIII^e-XX^e siècles*, Seuil, 1999. V. également de la même auteure, *Quelle identité nationale ?*, Stock, 2010.

⁷⁵ V. notamment Cons. const., déc. n° 2004-505 DC du 19 nov. 2004 et, surtout, n° 2006-510 DC du 27 juill. 2006, ou encore déc. n° 2017-749 DC du 30 juill. 2017, à propos du CETA, accord "mixte" sur les stipulations duquel il exerce deux niveaux de contrôle ; Cons. constit. italienne, 27 déc. 1973, "Frontini et Rezzani" ; Cour constitutionnelle allemande, 22 oct. 1986, "Solange II" ; 15 oct. 2015, "Mandat d'arrêt européen". V. S. Martin, "L'identité de l'État dans l'Union européenne : entre « identité nationale » et « identité constitutionnelle »", *RFDC* 2012, n° 91, p. 13.

⁷⁶ *Identité et violence*, O. Jacob, 2007.

communautarisme... vient du désir de positiver l'échec de l'égalité. Elle propose une intégration par défaut, celle de l'espace différencié des communautés" et, dans les "quartiers" en métropole, dans les tribus en Nouvelle-Calédonie peut-être, "le communautarisme ne sera qu'un décor masquant la rupture du principe d'égalité". Dès lors, conclut-il, "la question de « l'identité nationale » ne doit pas devenir un écran de fumée collectif derrière lequel le rêve républicain, à force d'être désincarné, cohabiterait avec le communautarisme émergeant de son échec". A sa manière, N. Sarkozy⁷⁷ a également relevé que "la mondialisation contribue à aviver le sentiment de perdre de son identité" et en a déduit que "ce besoin d'appartenance, on peut y répondre par la tribu ou par la nation, par le communautarisme ou par la République", puis affirmé que, dans ces conditions, "l'identité nationale, c'est l'antidote au tribalisme et au communautarisme".

B/ Identité Kanak et calédonienne : entre communautarisme et multiculturalisme

Le Préambule de l'accord de Nouméa invite à "restituer au peuple Kanak son identité confisquée"⁷⁸. En effet, comme le dit l'incontournable J.Y. Faberon⁷⁹, la colonisation fut "la négation de l'identité kanak" par "la perte de leurs lieux de mémoire et de leurs repères identitaires". Mais, si l'identité kanak est affirmée, ce "peuple premier" n'est pas le seul sur le Caillou : il y a, certes, les Européens, mais aussi les autres "communautés", également reconnues, sans que le "destin commun" remplace véritablement le "melting pot" républicain. "La décolonisation, précise le Préambule, est le moyen de refonder un lien social durable entre les communautés qui vivent aujourd'hui en Nouvelle-Calédonie". Ce texte, remarque J.Y. Faberon (art. cit. supra), "affirme clairement la pluralité de ces communautés" car, outre les Kanak, "la participation des autres communautés dans la vie du territoire est essentielle". On comprend qu'O. Gohin⁸⁰ exprime sa crainte de voir la France "s'engager dans un lent processus de communautarisation".

A ce risque toutefois une antidote : le multiculturalisme, seul capable sans doute de surmonter cet oxymore de la "préservation des identités dans un destin commun"⁸¹. Comme l'écrit en effet M. Wieworka⁸², "le multiculturalisme ne saurait être confondu avec l'affirmation de communautés qui ne veulent pas entendre parler d'autre chose que d'elles-mêmes... ce qui importe, c'est que l'horizon des acteurs concernés soit le souci de concilier des valeurs universelles et le respect des particularismes. C'est possible si l'on veut bien admettre que la démocratie ne doit pas seulement être la tyrannie de la majorité mais aussi le débat... la reconnaissance des demandes même très minoritaires". Ou bien, s'interroge P. Godin⁸³, "Est-il possible... de combiner une constitution multiculturelle et une forme de citoyenneté républicaine ?".

Issu du concept allemand de "Leitkultur" (culture pilote, avec des valeurs constitutionnelles communes - ce que J. Habermas qualifie de "patriotisme constitutionnel" - qui n'écrase pas les différences) et, surtout, de la doctrine canadienne qui, confrontée à des différences linguistiques et religieuses, a affirmé que plusieurs communautés pouvaient coexister au sein d'un même État⁸⁴, le

⁷⁷ "L'identité nationale est un antidote au communautarisme", *Le Monde*, 9 déc. 2009.

⁷⁸ De même, le "document d'orientation" affirme d'emblée que : "L'organisation politique et sociale de la Nouvelle-Calédonie doit mieux prendre en compte l'identité kanak".

⁷⁹ "L'accord de Nouméa...", *Regards sur l'actualité*, mai 1998, p. 19.

⁸⁰ "L'évolution de la Nouvelle-Calédonie", *AJDA* 1999, p. 500.

⁸¹ V. A. Renaut, *Un humanisme de la diversité. Essai sur la décolonisation des identités*, Flammarion, 2009.

⁸² "Le refus du multiculturalisme se nourrit de peurs et de méconnaissances", *Le Monde*, 8 oct. 1996. V. aussi, du même auteur, *Une société fragmentée. Le multiculturalisme en débat*, La Découverte, 1996, où il écrit : "Entre un héritage des Lumières dont l'universalisme laisse de côté des pans entiers de la population et un différencialisme débouchant sur le tribalisme ou l'exclusion raciste et xénophobe, il n'y a pas à choisir".

⁸³ "Identité", *Les institutions de la Nouvelle-Calédonie - 101 mots pour comprendre*, J.Y. Faberon et F. Garde, dir., Eds Ile de Lumière, 2002, n° 53, p. 129.

⁸⁴ V. C. Taylor, *Multiculturalisme*, Flammarion, 1997 ; W. Kyrlicka, *La citoyenneté multiculturelle*, La Découverte, 2001 ; ainsi que P. de Decker et J.Y. Faberon (dir.), *L'État pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

multiculturalisme permet, en effet, "non plus d'opposer mais d'additionner des identités, c'est-à-dire de favoriser leur emboîtement" car, "sans renoncer à des valeurs... universelles, il y a lieu de tenir pour normales et bénéfiques les différences de cultures et l'affirmation démocratique de leur identité"⁸⁵. Il semble, certes, avoir échoué en Europe à assimiler ou intégrer les immigrés, mais il paraît adapté à la Nouvelle-Calédonie où l'État "ne parvient plus à garantir à chaque citoyen une appartenance de plein droit à la société pour l'accès effectif aux droits sociaux", avec seul choix de "se réfugier derrière des allégeances territoriales, culturelles, ethniques et/ou religieuses, de type communautariste, susceptibles de gangréner un « modèle républicain », décidément bien abstrait dans sa rigidité et dont il convient de réactualiser, en les assouplissant, certains principes"⁸⁶.

Certes, "la République rassemble, le communautarisme divise" (J.P. Raffarin) et "la seule communauté juridiquement acceptable, c'est la communauté des citoyens", écrit D. Schnapper⁸⁷. Mais, nuance-t-elle⁸⁸, "cette conception absolutiste du lien social et politique est battue en brèche" : cette définition du citoyen, "individu abstrait, sans identité et sans qualification particulière, en-deçà et au-delà de toutes ses déterminations concrètes"⁸⁹, apte à être représenté, selon Sieyès, "à cause des qualités qui (leur) sont communes et non à cause de celles qui (les) différencient", lesquelles sont "au-delà du caractère de citoyen", y paraît inadaptée. Entre assimilationnisme et communautarisme existe une voie médiane, celle de la "citoyenneté différenciée", prenant en compte les individus dans toutes leurs dimensions afin de mettre de la chair vivante, éventuellement colorée, sur les silhouettes abstraites des clones citoyens de 1789, au sein d'une collectivité qui "ne relègue pas les différences dans la sphère civile mais leur permet d'accéder à l'espace public, celui de la citoyenneté"⁹⁰. Ainsi, en Nouvelle-Calédonie, "engoncées dans le carcan traditionnel de la citoyenneté, les nouvelles aspirations identitaires tentent d'y échapper et de s'affirmer en tant que telles..., en liaison avec la reconnaissance du pluralisme des cultures, des valeurs et des modes de vie", étant admis que "l'identité politique ne s'épuise pas dans la référence à la citoyenneté" traditionnelle⁹¹. Dès lors, la citoyenneté spécifique locale (V. infra) "a toujours été une réponse à une situation : non pas une notion mystique dans l'empirée des théories juridiques, mais un outil politique au service d'un projet politique", précise F. Garde⁹², qui s'interroge : "Identité de chacun, identité des communautés, identité calédonienne, ou tout cela à la fois ?". Réponse dans l'après-accord de Nouméa, en liaison avec le contenu concret du fameux "destin commun" au-delà de la seule "Kanaky" initialement revendiquée par les indépendantistes⁹³.

-IV- Citoyenneté, composition du corps électoral et exercice du droit de suffrage

Le résultat plus serré que prévu de la consultation d'autodétermination s'explique par l'observation que tout a été fait pour réduire la présence des Européens sur les listes électorales mais aussi pour favoriser la participation des Mélanésiens.

A/ Une "citoyenneté calédonienne" restrictivement définie

⁸⁵ J.L. Autin, "La pluri-citoyenneté", *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, op. cit., note 14.

⁸⁶ D. Turpin, "Citoyenneté et nationalité", *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, "Quadrige", 2008. V. également F. Constant, "La citoyenneté entre égalité et identité", *L'État pluriculturel...*, op. cit. supra, note 96 ainsi que J.Y. Faberon et Y. Gauthier (dir.), *Identité, nationalité, citoyenneté outre-mer*, IDOM, 1999.

⁸⁷ *La communauté des citoyens. Essai sur l'idée moderne de nation*, Gallimard, 1994.

⁸⁸ "La citoyenneté : perspectives historiques et théoriques", in *Citoyenneté et société, Cahiers français* n° 281, mai/juin 1997, p. 12.

⁸⁹ D. Schnapper, art. cit. supra

⁹⁰ D. Turpin, art. cit. supra.

⁹¹ J.L. Autin, art. cit. supra.

⁹² "Naissance et avatars de la citoyenneté calédonienne", *Destins des collectivités politiques d'Océanie*, op. cit. supra, p. 589.

⁹³ V. F. Garde, "Indépendance", *101 mots pour comprendre*, op. cit. supra, n° 54, p. 131.

Afin de "conduire ce processus d'autodétermination sans précédent à son terme, analyse L. Azvard⁹⁴, le droit électoral fait l'objet de nombreuses distorsions... A scrutin inédit, conclut-elle, droit électoral inédit". L'Accord de Nouméa ("document d'orientation", point 2) et la loi organique du 19 mars 1999 (art. 4) ont institué une "citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie", prélude à une éventuelle nationalité. Plus qu'une "citoyenneté Kanak", qui eut été contraire à l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la Constitution ("égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine") et moins que les citoyennetés française et européenne (car ne bénéficiant qu'à certains nationaux), cette citoyenneté "ratione personae" repose sur un double fondement, "ratione loci" et "ratione temporis" (durée de résidence sur l'archipel). Si O. Gohin⁹⁵ a dénoncé sa "base ethnique", à l'inverse, pour F. Garde⁹⁶, elle est "le contraire d'une citoyenneté ethnique, voire le rempart contre cette perspective".

Ainsi, contrairement aux États-Unis, qui permettent à leurs États fédérés de "déterminer les conditions d'exercice du droit de vote, non seulement pour les élections étatiques, mais aussi pour les élections fédérales"⁹⁷, en Nouvelle-Calédonie, cette citoyenneté relève du pouvoir central. Toutefois, remarque S. Diemert⁹⁸, "la question de la composition du corps électoral... est l'une des plus sensibles de celles qui sont débattues depuis l'émergence de la revendication indépendantiste". En effet, alors que les autochtones étaient privés de la citoyenneté jusqu'en 1946⁹⁹ et du droit de vote jusqu'en 1957, ils ont d'abord souhaité prendre leur revanche en excluant les non-Kanak du droit de suffrage, jusqu'à la table ronde de Nainville-les-Roches, à l'occasion de laquelle ils renoncèrent à cette exclusivité au profit d'une condition de résidence d'abord fixée à trois ans¹⁰⁰, contre six mois dans la commune selon l'article L 11 du code électoral (consultation du 23 sept. 1987). Puis, le référendum¹⁰¹ du 9 novembre 1988 relatif aux accords de Matignon fixa la durée de résidence à dix ans pour pouvoir participer à la consultation relative à l'autodétermination alors prévue pour 1998.

Cette condition fut reprise dans l'accord de Nouméa (point 2.2.1) ainsi que, selon l'article 76 introduit dans la Constitution du 20 juillet, pour le scrutin du 8 novembre 1998 relatif à son approbation, qui reportait la décision finale à 2014-2018. 95 % des électeurs inscrits sur la liste électorale ordinaire le furent aussi sur la liste spéciale établie à l'occasion de ce scrutin, 8 500 seulement ne remplissant pas les conditions détaillées dans le "document d'orientation" de cet accord. Pour les élections aux assemblées des provinces (et donc au congrès du 12 mai 2019), la condition de dix ans de domicile était seule exigée.

- L'interprétation constitutionnelle - L'article 77, également introduit dans la Constitution le 20 juillet 1998, annonçait une loi organique pour déterminer "les règles relatives à la citoyenneté" ainsi que "les conditions et délais dans lesquels les populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie seront amenées à se prononcer sur l'accession à la pleine souveraineté". La loi organique n° 99-202 du 19 mars 1999 est donc venue délimiter le "corps électoral" et les "listes électorales", d'une part pour les élections au congrès et aux assemblées de province (art. 188-189), d'autre part pour la consultation sur l'accession à la pleine souveraineté (art. 218 et 219), reprenant les conditions posées par l'accord de Nouméa. Le

⁹⁴ "Nouvelle-Calédonie : encore et toujours de l'inédit", *AJDA* 2018, p. 1417.

⁹⁵ *AJDA* 2007, p. 800, art. cit. supra.

⁹⁶ *Destin des collectivités politiques d'Océanie*, op. cit. supra, p. 587, qui poursuit : "Pour dépasser le clivage Kanak/non Kanak, fut inventé le clivage citoyen/non citoyen".

⁹⁷ J. Ziller, "Citoyenneté duale et États composés : les enseignements du droit comparé, ibid. Selon le 14^e amendement à la Constitution fédérale américaine (1868), "toute personne née ou naturalisée aux États-Unis et soumise à leur juridiction est citoyen des États-Unis et de l'État dans lequel elle réside".

⁹⁸ "Corps électoral", art. cit. op. supra.

⁹⁹ Constitution de 1946, art. 80 : "tous les ressortissants des TOM ont la qualité de citoyens".

¹⁰⁰ Comme pour le référendum d'autodétermination des Afars et des Issas selon la loi du 28 déc. 1976, en violation de l'art. 2 de la Constitution quant à l'égalité des citoyens (3 ans de résidence pour les non-originares du territoire, 6 mois pour les autochtones), mais dont le Cons. const. n'avait pas été saisi. S'agissant de la consultation des Calédoniens du 13 sept. 1987, le Cons. const., déc. n° 87-226 DC du 2 juin 1987, n'a pas censuré cette condition de résidence.

¹⁰¹ Le Cons. const. se refusant à contrôler par voie d'action la volonté du peuple souverain directement exprimée (déc. n° 62-20 DC du 6 nov. 1962). Cette voie a permis d'éviter de vérifier la conformité de la loi référendaire à l'art. 3, al. 3, de la Constitution proclamant que "le suffrage est toujours universel".

Conseil constitutionnel (déc. n° 99-410 DC du 15 mars 1999) a validé ces dispositions, en particulier l'article 218 qui "se borne à mettre en œuvre l'article 77 de la Constitution" et définit un corps électoral "gelé".

Mais, d'autre part, le Conseil a "interprété" les articles 188 et 189 relatifs au corps électoral et aux listes électorales pour les élections au congrès et aux assemblées de province en faveur de l'électorat "glissant", considérant - à la satisfaction des loyalistes et à la fureur des indépendantistes - qu'il ressortait des dispositions combinées de ces deux articles que doivent notamment participer auxdites élections "les personnes qui, à la date de l'élection, figurent au tableau annexe mentionné au I de l'article 189¹⁰² et sont domiciliées depuis dix ans en Nouvelle-Calédonie, **quelle que soit la date de leur établissement sur l'archipel**, même postérieure au 8 novembre 1998. Une telle définition du corps électoral restreint est au demeurant seule conforme à la volonté du pouvoir constituant, éclairée par les travaux parlementaires dont est issu l'article 77 de la Constitution (concernant également la Polynésie française), adoptée par les deux assemblées en juin et octobre 1999 mais retirée de l'ordre du jour du Congrès du Parlement pour les motifs tenant à un tout autre sujet (la réforme de la Justice). En fin de compte, la loi constitutionnelle n° 2007-237 du 23 février 2007¹⁰³ est venue ajouter à l'article 77 un alinéa selon lequel : "Pour la définition du corps électoral appelé à élire les membres des assemblées délibérantes de la Nouvelle-Calédonie et des provinces, le tableau auquel se réfère l'accord (de Nouméa) et les articles 188 et 189 de la loi organique... est le tableau dressé à l'occasion du scrutin prévu (à) l'article 76 et comprenant les personnes non admises à y participer". Cette "cristallisation" du corps électoral était, cette fois, de nature à satisfaire les indépendantistes et à inquiéter les loyalistes¹⁰⁴.

La Nouvelle-Calédonie se trouve dès lors cumuler trois listes électorales : une pour les scrutins européen, nationaux (présidentielles, législatives, sénatoriales) et municipaux, ouverte à tous les Français domiciliés sur le "Caillou" depuis au moins six mois ; une pour la ou les consultations d'autodétermination, plus restreinte ; et une, dite "spéciale", pour les élections au congrès et aux assemblées de province. La liste pour la consultation d'autodétermination a été utilisée en novembre 2017, celle pour les élections européennes du 25 mai 2019 et celle pour les assemblées de province du 12 mai 2019. La présence sur la liste électorale générale est nécessaire pour pouvoir s'inscrire sur les listes spéciales, mais il a été constaté, en croisant ces listes avec les statistiques ethniques (réalisées à titre dérogatoire), que de nombreux citoyens relevant du corps électoral spécial n'étaient pas inscrits sur la liste générale (11 000, dont 7 000 Kanaks et 4 000 autres), le Comité des signataires ayant trouvé un accord à leur sujet en vue de la consultation de 2018 le 2 novembre 2017.

- La validation conventionnelle - Conforme à la Constitution, ce régime l'est également aux conventions internationales ratifiées par la France. Dès l'accord de Nouméa constitutionnalisé, M. Chauchat s'est interrogé sur sa conformité au droit international¹⁰⁵ et en a conclu que "l'insertion d'une disposition dans la Constitution, a fortiori dans une loi fût-elle organique, ne confère pas aux mesures d'application de ces textes d'immunité contentieuse par rapport au droit international, le juge national pouvant écarter l'application d'une loi contraire ne faisant plus « écran »", qu'il s'agisse, par exemple, selon lui,

¹⁰² "Les électeurs remplissant les conditions fixées à l'article 188 sont inscrits sur la liste électorale spéciale à l'élection du congrès et des assemblées de province. Cette liste est dressée à partir de la liste électorale en vigueur et du tableau annexe des électeurs non admis à participer au scrutin".

¹⁰³ V. M. Verpeaux, art. cit. supra note 20, qui évoque un "lit de justice", et "une sorte de référé constituant".

¹⁰⁴ V. O. Gohin, "La Nouvelle-Calédonie à l'épreuve d'un suffrage toujours plus restreint", *JCPG* 2006, act. 11.7, ainsi que son commentaire à l'*AJDA* 2007, p. 800, cité supra note 22, dans lequel il calcule que 10 % de l'électorat calédonien potentiel est ainsi privé du droit de suffrage, ce qui équivaldrait à 4 millions si cette restriction était appliquée à la métropole.

¹⁰⁵ "L'accord de Nouméa condamné par le droit international ?", *Dalloz* 1998, p. 419.

d'un refus d'inscription sur les listes électorales déféré au tribunal de 1^{ère} instance de Nouméa¹⁰⁶ fondé sur la violation des droits fondamentaux garantis internationalement ou d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État contre le décret de convocation des électeurs ou contre le résultat des élections provinciales¹⁰⁷.

Il fut démenti dès le 30 octobre 1998 par l'arrêt d'assemblée du Conseil d'État "Sarran, Levacher et a."¹⁰⁸ qui, saisie d'un recours contre le décret organisant le scrutin relatif à l'Accord de Nouméa, a considéré que, si l'article 55 de la Constitution confère aux engagements internationaux introduits dans notre droit une "autorité supérieure à celle des lois", cette suprématie "ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle", qu'il s'agisse, en l'occurrence, des articles 2, 25 et 26 du Pacte des Nations-Unies pour les droits civils et politiques, de l'article 14 de la Conv. EDH ou de l'article 3 du Protocole additionnel n° 1 à cette convention¹⁰⁹.

Le juge administratif n'a pas davantage retenu la responsabilité sans faute de l'État du fait de la loi (constitutionnelle) pour réparer le préjudice, anormal et spécial, de requérants privés de leur droit de suffrage. Ainsi, le TA Nouméa, 15 novembre 2001¹¹⁰, a jugé que "le préjudice invoqué... trouve son origine dans les dispositions constitutionnelles propres à la Nouvelle-Calédonie et qu'il n'appartient pas au juge administratif d'en connaître". A son tour, la CAA Paris, 8 octobre 2009, "Mme Demaret"¹¹¹, a refusé d'engager la responsabilité de l'État en raison du caractère "non spécial" du préjudice.

De son côté, le Comité des droits de l'homme des Nations-Unies, saisi d'une "communication" de 21 Français contestant les critères de définition du corps électoral établi par l'Accord de Nouméa constitutionnalisé et par la loi organique du 19 mars 1999 et arguant de la violation des articles 12-1 (libre choix de la résidence), 25 (droit de participer aux affaires publiques) et 26 (droit à la non-discrimination) du Pacte de 1966 cité supra, déclara (15 juill. 2002, "M. H. Gillot et a. c/ France") que "le droit de vote n'est pas un droit absolu", des restrictions pouvant lui être apportées à condition de n'être pas "discriminatoires et déraisonnables", en fonction de leur objet et du principe de proportionnalité, et viser un objectif "légitime au regard du Pacte". En l'espèce, les critères retenus, reposant sur "des éléments objectifs de différenciation entre résidents dans leur relation à la Nouvelle-Calédonie", sont "raisonnables dans la mesure où ils s'appliquent strictement et uniquement à des scrutins s'inscrivant dans un processus de décolonisation" et concernent des personnes "intéressées à l'avenir de la Nouvelle-Calédonie et justifiant d'attaches suffisantes à ce territoire". Ainsi, "la reconnaissance d'une citoyenneté de Nouvelle-Calédonie... traduit la communauté de destin choisi" et fonde les restrictions apportées au corps électoral, en particulier pour la consultation finale".

Enfin, la Cour de Strasbourg, 11 janvier 2005, "Py c/ France", a également refusé de condamner ces limitations du droit de suffrage en se fondant sur la clause de l'article 56 § 3 de la Conv. EDH, qui permet aux États membres de tenir compte des "nécessités locales" pour restreindre l'application des droits garantis dans leurs outre-mer, le gel du corps électoral ne devant être que provisoire, la consultation prévue pour 2018 le rendant caduc, quel que soit le sens du vote, dans le contexte d'une

¹⁰⁶ V. Cass. civ. 2°, 26 mai 2005, "M. Kilikili", annulant le jugement de ce tribunal qui avait refusé l'inscription sur la liste électorale spéciale en vue des élections aux assemblées de provinces et au congrès pour avoir séjourné longtemps hors du "Caillou" et, ce faisant, ajouté à la loi organique des conditions qui n'y figuraient pas ; et Cass. civ. 2°, 8 mars 2018, n° 17-60.275, à propos d'un refus d'inscription sur la liste électorale spéciale de la ville de Nouméa pour la consultation de nov. 2018, qui casse également le jugement de ce tribunal en date du 22 mai 2017 (n° 17/00100).

¹⁰⁷ V. CE, 16 oct. 2009, "Élections dans la province des Îles Loyauté à l'assemblée de la province et au congrès de la Nouvelle-Calédonie", n° 328626, les annulant pour cause de fraudes massives.

¹⁰⁸ *Leb.*, p. 369.

¹⁰⁹ V. également Cass. civ., 17 févr. 1999, "Levacher", *RTDH* 1999, p. 4, note D. Simon ; Cass., ass. plén., 2 juin 2000, "M^{lle} Fraisse", n° 99-60.274.

¹¹⁰ Cité par O. Gohin, "La Constitution française contre les droits de l'homme. Le précédent de la restriction du suffrage en Nouvelle-Calédonie", *Mélanges P. Pactet*, Dalloz, 2003, p. 187.

¹¹¹ N° 02PA00651, *AJDA* 2004, p. 277, concl. Foldscheid.

"situation politique apaisée et face à la menace d'un retour des désordres". "Extraordinaire réponse" pour O. Gohin¹¹², mais cependant rendue à l'unanimité.

Pour la consultation de novembre 2018, les mêmes restrictions du corps électoral se sont appliquées, au détriment du camp loyaliste, mais accompagnées de dispositions exceptionnelles favorisant les autochtones indépendantistes.

B/ Un corps électoral autochtone largement favorisé

Élaboré par le 16^e Comité des signataires de l'Accord de Nouméa le 2 novembre 2017, le projet de loi organique "relatif à l'organisation de la consultation sur l'accession à la pleine souveraineté de la Nouvelle-Calédonie", a été délibéré au Conseil des ministres du 8 décembre. Dans son avis n° 393830 du 30 novembre, le Conseil d'État avait relevé l'urgence d'une modification de la loi organique de 1999 afin de "permettre à un maximum d'électeurs d'y participer". Adopté à la quasi-unanimité (344 voix contre 2) par le Sénat, puis par l'Assemblée nationale, ce texte est devenu, presque sans modification, la loi organique n° 2018-280 du 19 avril 2018, validée par le Conseil constitutionnel¹¹³.

L'article 1^{er} de ce texte a créé une procédure exceptionnelle d'inscription d'office sur les listes électorales générales des communes de Nouvelle-Calédonie pour tous les Français âgés de dix-huit ans et plus non déjà inscrits sur une telle liste et ayant leur domicile depuis au moins six mois dans l'une de ces communes.

L'article 2 crée dans la loi organique statutaire un article 218-3 qui ajoute un cas d'inscription d'office sur la liste électorale spéciale à cette consultation. Cela concerne les électeurs nés en Nouvelle-Calédonie et présumés y détenir le centre de leurs intérêts matériels et moraux¹¹⁴ dès lors qu'ils y ont été domiciliés de façon continue durant trois ans (durée calculée à la date de clôture de la liste électorale spéciale pour cette consultation). Cette présomption de détention du centre des intérêts est irréfragable et, conformément aux dispositions de l'article 218-2, fait l'objet d'un examen par la Commission administrative spéciale qui procède à l'instruction.

L'article 3 prévoit, à titre exceptionnel, que les électeurs inscrits sur les listes des îles éloignées (Bélep, Île des Pins, Lifou, Maré et Ouvéa) mais résidant sur la Grande Terre (dans les squats de Nouméa surtout) pourront voter dans cette commune, dans des bureaux de vote délocalisés¹¹⁵.

L'article 4 élargit la possibilité d'ouvrir une période complémentaire de révision des listes électorales l'année du scrutin, jusque-là restreinte aux seules listes électorales générale et spéciale de la consultation, à la liste électorale spéciale pour l'élection des membres du congrès et des assemblées de province.

L'article 5, enfin, vise à garantir la sécurité juridique de l'organisation de la consultation en modifiant le II de l'article 219 de la loi organique de 1999 relatif à l'application du titre 1^{er} du livre 1^{er} du code électoral, par un renvoi à la grille de lecture applicable aux spécificités du "Caillou" de l'article L 385 dudit code et par l'introduction d'une grille de lecture remplaçant les références du code aux candidats par celle aux "partis et groupements politiques habilités à participer à la campagne". D'autre part, cet article modifie l'article 221 de la loi organique statutaire relatif aux décrets d'application du titre IX de

¹¹² Art. cit. supra.

¹¹³ JO du 19 avril 2018, textes n° 1 et 3.

¹¹⁴ Notion, issue de l'Accord de Nouméa, qui n'existe nulle part ailleurs dans le code électoral et provient du droit de la fonction publique pour déterminer l'octroi de certains avantages.

¹¹⁵ 3 256 îliens ont opté pour ces bureaux de vote décentralisés. En contrepartie, les dispositions relatives au vote par procuration ont été durcies.

ce texte et le complète afin de préciser le type et l'origine des informations mises à disposition des commissions habilités à procéder aux inscriptions d'office mentionnées dans ledit titre.

Au final, le corps électoral a été porté à 174 154 électeurs, dont 80 120 de statut civil coutumier, ce nombre risquant d'évoluer à la marge, jusqu'au jour du scrutin, si des électeurs potentiels non-inscrits pouvaient justifier qu'ils remplissent au moins une des conditions requises et se présentaient le jour du scrutin dans un bureau de vote¹¹⁶.

-V- Et maintenant ?¹¹⁷ État associé ou État fédéré ?

Dans leur *Réflexions sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*¹¹⁸, J. Courtial et F. Mélin-Soucramanien ont défini "le champs des possibles, de l'accès pur et simple à la pleine souveraineté, à l'autonomie pérennisée, en passant par la pleine souveraineté avec partenariat et l'autonomie étendue". Plus simplement écrit J.J. Urvoas¹¹⁹, "l'alternative... se situe... entre État associé et État fédéré". Comme lui, on étudiera ces deux éventualités.

A/ L'État associé

L'"indépendance-association" accole deux mots sur lesquels il convient de s'attarder, sachant, prévient R. Bertram¹²⁰, que l'association "ne peut être négociée que d'État à État" et que "l'indépendance est donc... nécessaire avant toute association".

- L'indépendance : selon le chapitre XI de la Charte des Nations-Unies, spécialement son article 73, qui définit les "territoires non autonomes" comme ceux "dont les populations ne s'administrent pas encore complètement elles-mêmes", 74 de ces territoires à décoloniser ont été portés à la connaissance d'une Assemblée générale dominée, depuis les années 60, par d'ex-colonies devenues indépendantes (l'ONU étant passée de 51 à 193 membres) et instrumentalisée¹²¹. Cette liste a été progressivement réduite à 17, dont 6 océaniques (Pitcairn, Samoa américaine, Tokelau, Guam, Polynésie française et Nouvelle-Calédonie). Par ses résolutions 1514-XV du 14 décembre 1960 et 1541-XV du lendemain, l'Assemblée générale de l'ONU exigea que ces territoires jouissent "d'une indépendance et d'une liberté complètes". Dans cette optique, elle créa, en 1961 (Résolution 1654-XVI), le Comité de décolonisation¹²², de 17, 24 puis 29 membres, dont l'activisme aura été inversement proportionnel aux résultats obtenus¹²³. Plus tard, la Résolution 2625-XXV du 24 octobre 1970 est venue compléter la n° 1541 en ajoutant une nouvelle option permettant aux territoires concernés de choisir "tout autre statut politique librement décidé par un peuple", ce qui disjoint l'autodétermination et la décolonisation de la seule indépendance et permet à peu près tout, y compris l'association entre États.

¹¹⁶ De plus, la Commission de contrôle a recensé 564 personnes théoriquement inscrites mais n'ayant pu être localisées à une adresse. En revanche, des dispositions ont été prises pour permettre aux 180 électeurs incarcérés au Camps Est de pouvoir voter par procuration.

¹¹⁷ V. le dossier : "Le « jour d'après ». Quel droit, quelles institutions après l'Accord de Nouméa ?", *RJPENC* n° 30, 2017/2, p. 74 et s.

¹¹⁸ *Doc. fr.*, 2014.

¹¹⁹ "État associé ou État fédéré, des pistes pour l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie", *JCPG*, 2017.910. V. également, la brève mais tonique contribution d'A. Léca au n° 31 de la *RJPENC*, 2018/1, p. 111 : "Référendum d'autodétermination de 2018 : oui... et après ?".

¹²⁰ "Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : l'oubli fréquent et parfois suspect de la résolution 2625 de l'Organisation des Nations-Unies", *RJPENC* n° 31, p. 8-43.

¹²¹ V., dans ce même numéro, le "dossier" cité supra, spéc. R. Mapou, "Le jour d'après référendum ou quelle perspective constitutionnelle post-Accord de Nouméa ?", p. 36, et R. Bertram, "L'organisation des Nations-Unies et la liste des territoires non autonomes", p. 45.

¹²² J.M. Regnault, "Le Comité de décolonisation de l'ONU", *ibid.*, p. 50, et *L'ONU, la France et les décolonisations tardives. L'exemple des territoires français d'Océanie*, PUAM, 2013.

¹²³ De 1990 à 2010, un seul territoire non autonome, le Timor, a obtenu l'indépendance.

S'agissant de la France dans le Pacifique sud, pour la Polynésie française, l'Assemblée générale, malgré la défaite des indépendantistes aux scrutins des 21 avril et 5 mai, affirma, le 17 mai 2013, "le droit inaliénable de la population... à l'autodétermination et à l'indépendance", la France s'indignant de cette "ingérence flagrante" et de cette absence totale de respect pour les choix démocratiques des Polynésiens.

S'agissant de la Nouvelle-Calédonie¹²⁴, d'abord incluse dans la liste des territoires non autonomes à décoloniser, elle en fut retirée unilatéralement en 1947, puis réinscrite le 12 décembre 1986 (Résolution 41/41/A). Mais c'est sur des fondements constitutionnels de droit interne qu'ont été organisées quelques vingt consultations d'autodétermination en France depuis 1958¹²⁵, y compris celle de novembre 2018 en Nouvelle-Calédonie, même si on y a accepté, gracieusement, des observateurs de l'ONU tant pour les préparatifs que pour son déroulement¹²⁶.

- L'association : c'est également sur un autre texte de droit interne, l'article 58 de la Constitution, alors article unique du titre XIV : "Des accords d'association"¹²⁷, que fut présenté le premier projet de ce type, par E. Pisani, le 7 janvier 1985. Conçu pour régler le cas des ex-colonies du Cambodge et du Laos devenues indépendantes, ayant accepté de participer contractuellement aux institutions de l'Union française sous la IV^e République mais ne pouvant adhérer à la Communauté du titre XIII, ainsi que celui des anciens protectorats du Maroc et de la Tunisie, cet article n'a jamais été utilisé¹²⁸. Du reste, on voit mal comment un États indépendant pourrait accepter de se placer sous un statut défini par la constitution de son ancien colonisateur. Dans ces conditions, assurait C. Philip, "la Nouvelle-Calédonie serait davantage... un État protégé qu'un État associé, parce que placé sous une dépendance étroite par la France". En 2017, J. Courtial et F. Mélin-Soucramanien ont écarté cette disposition "paternaliste et datée", restée inappliquée, ne permettant qu'une "souveraineté minorée", de type néocolonial, qui leur rappelait le statut des îles Cook, librement associées à la Nouvelle-Zélande depuis 1960, disposant d'une Constitution et des pleins pouvoirs pour leurs affaires intérieures mais qui, relève J.J. Urvoas, art. cit., bien que formellement indépendants, délèguent à cet État l'exercice de leurs compétences en matière de défense et d'affaires étrangères, sans être reconnus comme États membres par les Nations-Unies et, contrairement à la Nouvelle-Calédonie, "ne bénéficient pas d'une citoyenneté propre".

Du côté du droit international, déjà, "au point 5" de sa Résolution 742-VIII du 27 novembre 1953, l'Assemblée générale de l'ONU considérait que "la validité de toute forme d'association entre un territoire non autonome et la métropole ou tout autre pays dépend essentiellement de la volonté de la population intéressée, librement exprimée au moment même où cette association est déclarée". Le "point 6" précisait que : "C'est avant tout en accédant à l'indépendance que les territoires visés au chapitre XI de la Charte peuvent atteindre l'autonomie complète, bien qu'il soit admis qu'un territoire peut aussi devenir autonome en s'associant à un État ou à un groupe d'États, à condition que cette association soit effectuée librement et sur un pied d'égalité absolue".

¹²⁴ V. R. Bertram, "Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : l'oubli fréquent de la résolution 2625 de l'Organisation des Nations Unies", *RJPENC* n° 31, 2018/1, citée, p. 42.

¹²⁵ V. L. Steinmetz, "L'autodétermination sous la V^e République et son application à la Nouvelle-Calédonie", *ibid.*, p. 98.

¹²⁶ A Mayotte, en 1976, et à Djibouti, en 1977, la France avait accepté la présence d'observateurs de l'ONU le jour du scrutin seulement.

¹²⁷ La République "peut conclure des accords d'association avec des États qui doivent s'associer à elle pour développer leurs civilisations". V. C. Philip, "La Nouvelle-Calédonie et le concept d'État associé", in *La Nouvelle-Calédonie. La stratégie, le droit et la République*, op. cit. supra, p. 127.

¹²⁸ Le Cameroun et le Togo, placés sous le régime de la tutelle prévu par la Charte de l'ONU l'ont écarté afin de montrer que leur indépendance reposait sur le droit international et non sur la Constitution française.

Outre les îles Cook, la Nouvelle-Zélande est associée à Niue, les États-Unis aux îles Marschall, aux îles Mariannes-du-Nord, à Palaos et aux États fédérés de Micronésie¹²⁹, c'est-à-dire à "des îles isolées et de faibles populations et superficie", de peu de ressources propres et "d'un sentiment d'appartenance de leurs habitants volontiers pluriel, conjuguant la fidélité à des racines autochtones pleinement assumées et revendiquées"¹³⁰. En d'autres termes, résume L. Harvard¹³¹, ce sont là "des constructions purement empiriques, fruits de circonstances qui n'obéissent à aucune règle bien établie", si ce n'est une délégation (provisoire en théorie et toujours révoquant) de souveraineté librement consentie.

Toutefois, la Nouvelle-Calédonie est plus peuplée (268 767 habitants) et surtout plus riche (nickel) que les micro-États susmentionnés. De plus, comme le soulignent les articles 6 et 8 de la Convention de Vienne sur les traités, un tel engagement "ne peut lier qu'un État, quelle que soit la construction institutionnelle élaborée avant l'indépendance et si celle-ci est ratifiée par les autorités compétentes du nouvel État". Ainsi, comme prévenait C. Philip en 1985, en des termes qui restent actuels, même si aucun des États associés existants n'a mis fin à l'association qui assure sa subsistance, il est clair que, "puisque l'indépendance doit précéder la conclusion d'un accord d'association, il n'est pas à exclure que le nouvel État n'accepte jamais de le signer", ou bien change de partenaire, ou bien résilie unilatéralement le contrat en vertu de la clause "rebus sic stantibus".

De même, l'échec, au Québec, d'un référendum du 20 mai 1980 proposant aux habitants de la "Belle province" de substituer à la formule fédérale celle de la "souveraineté-association" est de nature à inciter les citoyens de la Nouvelle-Calédonie à préférer le choix inverse.

B/ L'État fédéré

Pour J.Y. Faberon¹³², "Il n'y a qu'un État associé authentique, dont l'association est garantie : c'est l'État fédéré" et, dès lors, "le fédéralisme est au centre de gravité de la situation calédonienne", étant entendu "que la France ne soit pas formellement aujourd'hui un État fédéral n'empêche pas qu'elle soit dotée qu'un État fédéré". On sait en effet, depuis Virgile, que "color est pluribus unum"¹³³ et ce qui est devenu la devise des États-Unis semble bien convenir à la Nouvelle-Calédonie. Sur une "échelle de territorialité" par degrés, elle est d'ores et déjà au moins aussi proche d'un État fédéré que d'une collectivité décentralisée¹³⁴ dans la mesure où elle exerce elle-même (presque) toutes les compétences non régaliennes. Comme M. Jourdain de la prose, la France aurait donc fait du fédéralisme sans le savoir¹³⁵, au moins avec ses outre-mer ou ses anciennes colonies, sous la IV^e République dans le cadre de l'Union française, puis sous la V^e avec la Communauté mort-née de l'ancien titre XIII, même si cette "tentative fédéraliste... n'a pas été pérennisée, constate Florence Faberon¹³⁶, ... ni dans les projets de Communauté française pour le Pacifique..., ni dans l'Union des États confédérés de France et d'outre-mer".

¹²⁹ Via le "Compact of free association" du 3 nov. 1986, et jouissant d'une "souveraineté très large", avec une "nationalité pleine et entière" et un siège à l'ONU, relève J.J. Urvoas, les USA s'occupant de leur défense et des transferts financiers les plus importants.

¹³⁰ J.J. Urvoas, art. cit.

¹³¹ "L'État libre-associé. La souveraineté à l'épreuve de l'histoire du temps présent", 9^e Congrès de l'AFDC, Lyon, 2014. V. également D. Turpin, "L'hypothèse de l'indépendance-association", colloque Nouméa, *Doc. fr.* 1997, p. 242.

¹³² "Le consensus fédéral : unis dans la diversité", *Les Nouvelles calédoniennes*, 21 janv. 2019.

¹³³ "La multitude de couleurs se fond en une". C'est un élément du fameux "melting pot".

¹³⁴ Pour A.M. Le Pourhiet, *Actualité de l'article 1^{er} de la Constitution de 1958*, colloque, Toulouse, 2005, p. 60, "si ce n'est pas du fédéralisme, je ne sais pas ce que c'est... on est bien au-delà de la décentralisation".

¹³⁵ V. en ce sens, Th. Michalon, "La République française, une fédération qui s'ignore ?" ; *RDP* 1982, p. 623 ; "Pour la Nouvelle-Calédonie, l'hypothèse fédérale", *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie*, J.Y. Faberon, dir., *Doc. fr.*, 1987.

¹³⁶ "Le fédéralisme, solution française de décolonisation : le cas de la Nouvelle-Calédonie", *RFDC* n° 101, 2015, p. 53.

Certes, il a été noté¹³⁷ qu'il s'avère paradoxalement plus aisé pour l'État d'accorder l'indépendance à un territoire (une loi suffit) que de le transformer en entité fédérée (une révision constitutionnelle étant alors nécessaire). Néanmoins, on peut soutenir que les accords de Matignon ont consacré, en Nouvelle-Calédonie, un fédéralisme interne, avec un congrès "cumulant les caractères d'une chambre basse et d'une chambre fédérale" et un exécutif, certes encore confié à un Haut-commissaire, mais "assisté d'un Conseil composé de trois présidents de province et un président du Congrès...", cette formule fédérale ayant donné satisfaction"¹³⁸. Dix ans plus tard, l'accord de Nouméa aurait "installé le pays dans la perspective du fédéralisme externe dans ses liens avec la France"¹³⁹, via un transfert progressif de toutes les compétences non régaliennes et la création d'une citoyenneté propre (ce qui va même très au-delà) : "quasi-fédéralisme temporaire à une seule unité", commente V. Goesel le Bihan (art. cit.), qui "empreinte directement aux techniques fédérales telles qu'elles ont été systématisées, notamment par G. Scelle", dans les perspectives de la participation et de l'autonomie, avec le Conseil constitutionnel "érigé en véritable cour fédérale", mais sans capacité d'auto-organisation ni fonction judiciaire.

Peut-on alors aller plus loin encore ? Oui, affirme F. Faberon, construire une France "sachant concilier sa nature unitaire et un caractère fédéral à l'égard d'un seul État membre (NB : fédéralisme asymétrique) est juridiquement possible", via une révision du titre XIII de la Constitution, "transitoire", car "le cas de la Nouvelle-Calédonie nous montre que le fédéralisme, qui incarne l'association et le partage, apparaît bien comme solution française de décolonisation". Oui, confirme J.J. Urvoas, pour qui toutefois "les deux options (NB : État associé ou État fédéral) se valent..., l'unique différence (étant) d'ordre symbolique : d'un côté, la République conserverait la compétence de sa compétence (solution fédérale) alors que l'autre celle-ci appartiendrait aux autorités calédoniennes (solution associative)". Pour l'ancien Garde des Sceaux, en effet, la différence est "purement formelle", dès lors qu'avec l'association "le respect du partenariat noué entre les deux parties serait garanti dans la longue durée par sa constitutionnalisation, le mettant à l'abri des aléas inhérents aux alternances politiques".

Ce bel optimisme et cette foi dans la protection fondée sur les textes juridiques seraient revigorants si le souvenir du sort jadis réservé aux Accords d'Évian ne persistait dans les mémoires et on peut assurer que les Calédoniens préféreront une nouvelle solution négociée, originale, plus proche de la Fédération que de l'association.

¹³⁷ V. V. Goesel-Le Bihan, "La Nouvelle-Calédonie et l'Accord de Nouméa, un processus inédit de décolonisation", *AFDI* 1998, p. 24-76, spéc. p. 56, note 12.

¹³⁸ F. Faberon, art. cit. note 1.

¹³⁹ *Ibid.*