

## La Nouvelle-Calédonie : un « pays à souveraineté partagée » ?

« Laboratoire du droit public français »<sup>1</sup> pour certains, « laboratoire institutionnel »<sup>2</sup> pour d'autres, la Nouvelle-Calédonie a incontestablement stimulé la créativité des autorités publiques françaises. Selon les accords de Nouméa, signés le 5 mai 1998 par le gouvernement français et les deux principaux partis politiques néocalédoniens, la Nouvelle-Calédonie est un pays à souveraineté partagée. D'emblée, avec cet accord, le statut de la Nouvelle-Calédonie est marqué par une ambiguïté congénitale. Alors que de manière classique, en tant que pouvoir suprême de l'Etat, la souveraineté ne peut être par essence divisée, la Nouvelle-Calédonie profite d'une souveraineté partagée avec la France. Si l'on peut trouver dans la doctrine française des tentatives de systématisation du terme « pays », chez JELLINEK ou encore dans la *Contribution à la théorie générale de l'Etat* de CARRE DE MALBERG<sup>3</sup>, la réflexion sur une souveraineté partagée semble plus incertaine, voire surréaliste, y compris chez les communautaristes les plus convaincus.

Cette ambiguïté n'en est pas moins significative. La Nouvelle-Calédonie est un territoire de la République singulier. A l'origine, elle est une colonie française de peuplement. Elle se caractérise aujourd'hui par une grande diversité de sa population : une population autochtone mélanésienne (les kanak<sup>4</sup>) minoritaire depuis 1958 et une population « nouvelle » à l'origine européenne principalement, mais également polynésienne et asiatique. La société calédonienne porte encore les stigmates de cette colonisation qui date du milieu du XIX<sup>ème</sup> siècle. Les kanak, comme le reconnaît avec force le préambule de l'accord de Nouméa, ont fait l'objet de la part des colons de lourdes discriminations : « La colonisation a porté atteinte à la dignité du peuple kanak qu'elle a privé de son identité ».

D'un point de vue politique, il existe en Nouvelle-Calédonie deux partis majoritaires : le Front de libération nationale kanak socialiste (F.L.N.K.S.) et le Rassemblement pour la Calédonie dans la République (R.C.P.R.). Comme leur dénomination le laisse supposer, ils ont des conceptions opposées quant à la destinée de ce territoire : indépendance pour les premiers, maintien dans la République pour les seconds. D'un point de vue juridique, la Nouvelle-Calédonie est engagée dans un processus de décolonisation qui, s'il est parfois discuté<sup>5</sup>, n'en est pas moins incontestable tant au niveau international qu'au niveau interne.

Sur le plan international, la Nouvelle-Calédonie fait partie de la liste des territoires non autonomes, visée par le Chapitre XI de la Charte des Nations unies, par la résolution 41/41 A du

---

<sup>1</sup> O. GOHIN, « L'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie », *A.J.D.A.*, 1999, p. 500.

<sup>2</sup> Y. FABERON, « La Nouvelle-Calédonie, « pays à souveraineté partagée » », *R.D.P.*, 1998, p. 645.

<sup>3</sup> Voir en ce sens : V. GOESEL LE BIHAN, « La Nouvelle-Calédonie et l'accord de Nouméa, un processus inédit de décolonisation », *A.F.D.I.*, 1998, p. 47. Citant G. JELLINEK, *L'Etat moderne et son droit*, T. II, Giard et Brière, Paris, 1913, p. 373 et s. et R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, T. I, Sirey, 1920, p. 166, note 12.

<sup>4</sup> Le nom comme l'adjectif « kanak » sont invariables.

<sup>5</sup> O. GOHIN, « L'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie », *précité*, p. 501.

2 décembre 1986 de l'assemblée générale des Nations-Unies<sup>6</sup>. Dans cette résolution, l'assemblée générale affirme « le droit inaliénable du peuple de la Nouvelle-Calédonie à l'autodétermination et à l'indépendance ».

Sur le plan interne, c'est en 1983 au cours des premières négociations entre indépendantistes et anti-indépendantistes à Nainville-Les-Roches que la Nouvelle-Calédonie s'est inscrite dans un processus de décolonisation. Le « peuple Kanak » est reconnu comme « premier occupant du territoire ». A ce titre, il dispose d'« un droit inné et actif à l'indépendance » dont « l'exercice doit se faire dans le cadre de l'autodétermination »<sup>7</sup>. Ces principes seront repris par les textes qui régissent aujourd'hui ce territoire. Selon le Préambule de l'accord de Nouméa, « la France est prête à accompagner la Nouvelle-Calédonie » « sur la voie de la pleine souveraineté » ; dans le point 5 de cet accord, il est encore précisé que « L'Etat reconnaît la vocation de la Nouvelle-Calédonie à bénéficier, à la fin [du cinquième mandat du Congrès], d'une complète émancipation ». Le statut de la Nouvelle-Calédonie, établi par la loi organique du 19 mars 1999<sup>8</sup>, consacre un titre IX à la consultation sur l'accession à la pleine souveraineté, dont le principe a été posé par l'article 77 de la Constitution.

Le partage de souveraineté, la *souveraineté partagée* selon les termes de l'accord de Nouméa, s'explique par le caractère transitoire de l'actuel statut. Il ne constitue qu'une étape avant l'accession à l'indépendance qui paraît inéluctable. Le statut est le fruit d'un compromis. Il apparaît comme le résultat des tensions existantes entre les tenants, minoritaires, de l'accession à l'indépendance, et ceux, majoritaires, favorables au maintien dans la République. Le « partage de souveraineté » est ainsi une sorte de troisième voie, entre indépendance et autonomie.

Le processus visant à conférer un statut d'autonomie à la Nouvelle-Calédonie a été long, complexe et semé d'embûches. De 1946 à 1999, date de la dernière loi organique sur la Nouvelle-Calédonie, pas moins de neuf statuts se sont succédé<sup>9</sup>. C'est sans doute dans les années 80 que la question du statut de la Nouvelle Calédonie s'est avérée être la plus sensible. Les négociations de 1983 à Nainville-Les-Roches, déjà évoquées, marquent le point de départ de la prise en compte des revendications indépendantistes par la République. La relative indétermination du statut de

<sup>6</sup> Qui renvoie à la déclaration 1514 du 14 décembre 1960.

<sup>7</sup> Cité par V. GOESEL LE BIHAN, « La Nouvelle-Calédonie et l'accord de Nouméa, un processus inédit de décolonisation », *précité*, p. 25, note 6.

<sup>8</sup> Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, JORF, 21 mars 1999, p. 4197.

<sup>9</sup> Loi n°46-978 du 10 mai 1946, *Organisation des pouvoirs publics en Nouvelle-Calédonie* ; Loi n° 52-1310 du 10 décembre 1952, *Organisation des pouvoirs publics en Nouvelle-Calédonie*, JORF, 11 décembre 1952, p. 11411 ; Loi n° 63-1246 du 21 décembre 1963, *Organisation des pouvoirs publics en Nouvelle-Calédonie*, JORF, 2 décembre 1963, p. 11451 ; Loi n° 76-1222 du 28 décembre 1976 *relative à l'organisation de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, JORF, 29 décembre 1976, p. 7530 ; Loi n° 84-821 du 6 septembre 1984 *portant statut de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, JORF, 7 septembre 1984, p. 2840 ; Loi n° 85-892 du 23 août 1985 *sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, JORF, 24 août 1985, p. 9775 ; Loi n° 88-82 du 22 janvier 1988 *portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie*, JORF, 26 janvier 1988, p. 1231 ; Loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988 *portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998*, JORF, 10 novembre 1988, p. 14087 ; Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, *précitée*.

1984 qui a suivi ces négociations<sup>10</sup> a contribué à renforcer les antagonismes et les conflits entre les deux camps, indépendantistes et anti-indépendantistes. L'épisode de la grotte d'Ouvéa<sup>11</sup> du 5 mai 1988<sup>12</sup> constitue le point de rupture. Le 26 juin 1988, les accords de Matignon permettront de sortir de la crise. Ils prévoyaient en particulier la tenue d'un référendum d'autodétermination en 1998 ; on parlait alors de « référendum couperet ».

Ce processus de rupture n'a pas été suivi en 1998. Plutôt que de consulter la population locale sur l'accession à l'indépendance, le gouvernement français a décidé d'adopter avec les partis en présence un accord, l'accord de Nouméa, fixant les grandes lignes du statut d'autonomie à venir de la Nouvelle-Calédonie. Le processus est original puisque ce sont les partis politiques calédoniens eux-mêmes qui ont participé à la détermination du statut visant à régir leur territoire. La situation est d'autant plus singulière que les partis calédoniens ne sont pas le gouvernement d'un Etat et, qu'en conséquence, l'accord de Nouméa du 5 mai 1998 ne peut donc pas être considéré comme un engagement international. Cette participation n'en a pas moins permis d'apaiser les tensions en associant tous les protagonistes en présence afin de parvenir à un compromis acceptable et accepté par tous.

L'étendue de l'autonomie prévue par l'accord de Nouméa, comme la spécificité procédurale du processus d'autonomie entamé, ont imposé une révision constitutionnelle. La loi constitutionnelle du 20 juillet 1998 a introduit dans la Constitution du 4 octobre 1958 un titre XIII intitulé « Dispositions transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie ». L'insertion de ce titre appelle deux séries de remarque.

En premier lieu, la Nouvelle-Calédonie devient une collectivité *sui generis*, dotée d'un régime juridique spécifique. Elle est dissociée des collectivités territoriales classiques y compris ultramarines, au point que le Conseil d'Etat refuse de lui reconnaître la qualité de collectivité territoriale<sup>13</sup>. Selon une formule de Guy CARCASSONNE : avec ce nouveau titre dans le texte fondamental « il s'agit moins de dispositions constitutionnelles particulières que d'une autre Constitution, celle de la Nouvelle-Calédonie, que notre texte de 1958, bien accueillant, abrite dans son titre XIII »<sup>14</sup>.

En second lieu, ce nouveau titre contient des « dispositions transitoires ». L'article 77 envisage en effet le principe d'un futur référendum d'autodétermination. L'article 76 prévoit en outre un

---

<sup>10</sup> Loi n° 84-821 du 6 septembre 1984 *portant statut de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, précitée*. Cette loi a pour objet, selon les termes de son article 1<sup>er</sup>, « dans la ligne de la déclaration du Gouvernement à Nainville-les-Roches en date du 12 juillet 1983, de doter le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendance d'un nouveau statut évolutif et spécifique ».

<sup>11</sup> Le 22 avril 1988, des membres du Front de libération nationale kanak et socialiste, attaquent la gendarmerie de Fayaoué sur l'île d'Ouvéa et prennent des gendarmes en otages. Ces derniers seront retenus dans une grotte près de Gossanah, dans le Nord de l'île. Le gouvernement décida le 5 mai de l'assaut de cette grotte par l'armée française. Cette opération se solda par un bilan humain lourd : 21 morts, dont 19 chez les indépendantistes kanaks et deux militaires.

<sup>12</sup> Trois jours avant le second tour de l'élection présidentielle.

<sup>13</sup> C.E., 13 décembre 2006, *Genelle*, R.F.D.A., 2007, p. 25, conclusions S. VERCLYFFE, p. 18.

<sup>14</sup> Cité par M. CHAUCHAT, « Transferts de compétences et avenir de la Nouvelle-Calédonie », *A.J.D.A.*, 2007, p. 2243.

référendum calédonien pour l'adoption de l'accord de Nouméa. Ce référendum a eu lieu le 8 novembre 1998 et a été favorable à l'accord à une forte majorité (71,87 %). D'une manière plus large, l'article 77 reprend et précise certains des principes contenus dans cet accord en renvoyant à une loi organique le soin de fixer le nouveau statut de la Nouvelle-Calédonie. Il en résulte que ce territoire est aujourd'hui couvert par une triple strate statutaire : l'accord de Nouméa, le titre XIII de la Constitution et la loi organique statutaire du 19 mars 1999.

La place de l'accord de Nouméa dans le dispositif d'autonomie accordé à la Nouvelle-Calédonie doit encore être soulignée. Dans la décision du 15 mars 1999, le Conseil constitutionnel, chargé de contrôler la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, a en effet jugé que cet accord constituait une norme de référence de son contrôle. L'accord de Nouméa est en ce sens, et en ce sens seulement, « constitutionnalisé »<sup>15</sup>. Le statut de la Nouvelle-Calédonie doit respecter, sous le contrôle du juge constitutionnel, les orientations fixées par l'accord de Nouméa, adopté par les deux principaux partis calédoniens et le gouvernement français et accepté par référendum par la population calédonienne.

Dans le statut de 1999, comment se matérialise concrètement la « souveraineté partagée » accordée à la Nouvelle-Calédonie ? Deux éléments contribuent à faire de la Nouvelle-Calédonie un *Etat en devenir* : la reconnaissance substantielle d'une identité néocalédonienne (§ I), d'une part, et l'inscription structurelle dans une logique étatique (§ II), d'autre part.

## **I – La reconnaissance substantielle d'une identité néocalédonienne**

La reconnaissance d'une identité néocalédonienne se dédouble. Il existe ainsi, d'un côté, une *citoyenneté néocalédonienne*, qui mérite d'ailleurs d'être subdivisée à son tour, et, de l'autre, un statut coutumier réservé aux kanak. La *citoyenneté néocalédonienne* (A) bénéficie à une partie seulement de la population néocalédonienne, le *statut coutumier* (B) est quant à lui reconnu à une portion encore plus restreinte puisqu'elle ne bénéficie qu'aux kanak.

### *A – La citoyenneté néocalédonienne*

Envisagée par l'accord de Nouméa, c'est l'article 4 du statut de la Nouvelle-Calédonie qui prévoit l'institution d'une citoyenneté néocalédonienne au profit des personnes de nationalité française qui remplissent certaines conditions. Cette citoyenneté s'entend dans le sens classique du terme comme conférant la qualité d'électeur. Des conditions d'attribution de la citoyenneté néocalédonienne dépend l'étendue du corps électoral amené à élire les assemblées de province et le congrès néocalédonien principalement, mais également le corps électoral qui aura à se prononcer sur le référendum d'autodétermination.

---

<sup>15</sup> C.C., n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, Rec., p. 51, cons. n° 3.

La détermination du corps électoral en Nouvelle-Calédonie représente un enjeu politique décisif pour la gouvernance et l'avenir de la Nouvelle-Calédonie. Les kanak, comme d'ailleurs les indépendantistes, sont en effet minoritaires sur ce territoire. Aussi, toute définition du corps électoral intégrant largement les nouveaux arrivants de métropole – français – contribue-t-elle à réduire leur influence. Or, pour être clair, les choix qui ont été retenus pour la définition du corps électoral en Nouvelle-Calédonie conduisent à ce que des « nouveaux arrivants » français résidant sur ce territoire soient privés de leur droit de vote ; que ce soit pour le référendum sur l'accord de Nouméa et pour le référendum futur d'auto-détermination ou pour la désignation des assemblées de province et du congrès de Nouvelle-Calédonie.

La limitation du corps électoral était déjà manifeste pour l'adoption de l'accord de Nouméa, elle l'est également pour le référendum d'auto-détermination. Pour la détermination du corps électoral habilité à se prononcer sur *l'accord de Nouméa*, l'article 76 de la Constitution renvoie à l'article 2 de la loi du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie. En substance, cette disposition limite le corps électoral à ceux qui sont inscrits sur les listes électorales du territoire à la date du 8 novembre 1998 et qui ont leur domicile en Nouvelle-Calédonie depuis le 6 novembre 1988. Pour le corps électoral de l'autodétermination, tel qu'il est prévu par le statut de 1999, une durée de résidence de vingt ans est exigée au 31 décembre 2014 (article 218 du statut). Seuls ceux qui habitent depuis vingt en Nouvelle-Calédonie à cette date, des arrivants de 1994 au moins, seront considérés comme des « populations intéressées » pour se prononcer sur l'autodétermination.

Si, dans ces deux cas, les règles relatives à la détermination du corps électoral sont claires, celles concernant la détermination du corps électoral pour la désignation des assemblées de province et du congrès ont soulevé des difficultés. C'est l'article 188 du statut de 1999 qui fixe les conditions de la citoyenneté. L'une des conditions essentielles impose une durée de résidence de dix ans pour pouvoir être électeur. La difficulté provient des modalités de calcul de cette période de dix ans. Deux interprétations ont été défendues. Selon une interprétation du corps électoral « figé » ou « gelé », seuls les électeurs qui ont dix ans de résidence en Nouvelle-Calédonie au moment où a été décidée cette durée de dix ans, c'est-à-dire en 1998 avec l'accord de Nouméa, seront électeurs. Pour les élections de 2009, seuls ceux qui ont une durée de résidence en Nouvelle-Calédonie de dix ans en 1998 pourront voter. En revanche, des électeurs arrivés en 1995, qui ont plus de dix de résidence en 2009, date des élections, mais qui n'ont pas dix ans de résidence en 1998, date de l'accord de Nouméa, ne pourront pas voter. Selon une interprétation plus souple, de l'électorat « glissant », la durée de dix ans est appréciée chaque année, elle n'est pas figée en 1998. Seront électeurs pour les élections de 2009, des personnes arrivées en Nouvelle-Calédonie au plus tard en 1999. Selon cette interprétation, chaque année, les citoyens calédoniens sont plus nombreux, ils s'enrichissent de tous ceux qui atteignent dix ans de résidence sur le territoire calédonien.

Dans la décision du 15 mars 1999 sur la loi organique sur la Nouvelle-Calédonie, le Conseil constitutionnel a retenu cette seconde interprétation de l'électorat « glissant », nettement moins problématique que la précédente. Il a jugé en effet que « *doivent notamment participer à l'élection des assemblées de province et du congrès les personnes qui, à la date de l'élection (...) sont domiciliées depuis dix ans en Nouvelle-Calédonie, quelle que soit la date de leur établissement en Nouvelle-Calédonie, même postérieure au 8 novembre 1998* »<sup>16</sup>.

La restriction du corps électoral en Nouvelle-Calédonie a donné lieu à des arrêts des deux juridictions suprêmes françaises, l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 octobre 1998, *Sarran*<sup>17</sup>, et celui de la Cour de cassation du 2 juin 2000, *Pauline Fraisse*<sup>18</sup>, dont la portée sur les rapports entre la Constitution et le droit international est demeurée célèbre, mais, surtout, pour ce qui nous intéresse, à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 11 janvier 2005, *Py c. France*<sup>19</sup>. Dans cet arrêt, était opposé à la durée de résidence de dix ans, l'article 3 du protocole premier à la Convention européenne des droits de l'homme relatif, dans un sens large, au « droit à des élections libres ». La Cour, tout en jugeant que la durée de dix ans était excessive, n'a toutefois pas conclu à la violation de la Convention au regard des « nécessités locales »<sup>20</sup>.

Conforté dans sa volonté politique par cet arrêt, même si celui-ci ne dit rien sur l'électorat « figé » ou « glissant »<sup>21</sup>, un projet de révision constitutionnelle a été déposé en 2007 par le gouvernement<sup>22</sup> visant, pour des raisons politiques, à inscrire dans la Constitution le principe de l'électorat « gelé ». Ainsi, depuis la révision constitutionnelle du 24 février 1997, l'article 77 fige le corps électoral à celui qui était habilité à se prononcer sur l'accord de Nouméa, c'est-à-dire aux français qui sont, à la date du 6 novembre 1998, domiciliés en Nouvelle-Calédonie depuis au moins une durée de dix ans.

Cette logique discriminatoire, dont il n'est d'ailleurs pas certain qu'elle soit conforme aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme, s'accompagne également dans la loi organique de 1999 de « discriminations positives » au profit des populations néocalédoniennes. Dans le prolongement des principes posés dans l'accord de Nouméa, l'article 24 du statut autorise la Nouvelle-Calédonie à adopter des mesures préférentielles au bénéfice des citoyens de Nouvelle-Calédonie et des personnes qui justifient d'une durée suffisante de résidence dans le but

<sup>16</sup> C.C., n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, précitée*, cons. n° 33.

<sup>17</sup> C.E., Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres, Leb.*, p. 368, sur la détermination du corps électoral pour le référendum sur l'accord de Nouméa.

<sup>18</sup> C. cass., Ass. plén., 2 juin 2000, *Pauline Fraisse, L.P.A.*, 9 octobre 2000, n° 201, p. 8 et s., concernant l'application de l'article 188 de la loi organique de 1999.

<sup>19</sup> C.E.D.H., 11 janvier 2005, *Py c. France*, Req. n° 66289/01.

<sup>20</sup> A propos de cette durée de dix ans, la Cour a conclu « que l'histoire et le statut de la Nouvelle-Calédonie sont tels qu'ils peuvent être considérés comme caractérisant des « nécessités locales » de nature à permettre les restrictions apportées au droit de vote du requérant » (§ 64).

<sup>21</sup> Seule la durée de dix ans est prise en compte, pas les modalités de son calcul.

<sup>22</sup> Une première tentative avait été entreprise sans succès en 1999 (projet de loi de révision constitutionnelle *relatif à la Polynésie française et à la Nouvelle-Calédonie*, n° 1624, 26 mai 1999, Assemblée nationale, onzième législature).

de soutenir ou de promouvoir l'emploi local<sup>23</sup>. De telles mesures peuvent également être adoptées pour la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie et la fonction publique communale. Il est enfin possible de limiter l'accès à l'exercice d'une profession libérale à des personnes disposant d'une durée suffisante de résidence. Dans la décision du 15 mars 1999, le Conseil constitutionnel a admis un tel dispositif, prévu en application de l'accord de Nouméa, tout en émettant une réserve d'interprétation restrictive concernant la « durée suffisante de résidence ». Il a jugé que cette durée ne pouvait excéder la durée exigée pour acquérir la citoyenneté néocalédonienne, autrement dit une durée de dix ans<sup>24</sup>.

Préservatrice des intérêts des premiers habitants, les kanak, la citoyenneté néocalédonienne n'en crée pas moins trois catégories juridiques de populations en Nouvelle-Calédonie : les citoyens calédoniens<sup>25</sup>, ceux qui disposent d'une durée de résidence suffisante et qui sans être citoyen peuvent bénéficier de mesures préférentielles et les autres enfin qui, si l'on a bien compté, sont des citoyens de troisième zone qui, ne pouvant ni voter, ni bénéficier de mesures préférentielles, sont en définitive invités à rentrer en métropole. La faveur accordée au peuple kanak, impliquée par une logique de repentance formalisée dans l'accord de Nouméa, se retrouve encore dans le statut coutumier qui leur est reconnu.

#### *B – Le statut coutumier*

Le titre Ier de la loi organique de 1999 est intitulé « statut civil coutumier et propriété coutumière ». Il intègre dans le droit positif applicable en Nouvelle-Calédonie l'ordre normatif coutumier kanak. Ainsi, selon l'article 4 du statut : « Les personnes dont le statut personnel, au sens de l'article 75 de la Constitution, est le statut civil coutumier kanak décrit par la présente loi sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes ». Autrement dit, à moins d'y renoncer, les kanak ont un statut civil qui résulte de leurs coutumes.

Une telle disposition n'est pas sans introduire en « droit français néocalédonien », l'expression s'impose, des solutions des plus surprenantes pour tous ceux qui connaissent le droit commun tel qu'il résulte du Code civil. Ainsi, la non-paternité peut être établie par serment décisoire devant le Grand Cadi<sup>26</sup> ; une demande de divorce est rejetée en raison de l'opposition formelle du clan à toute rupture du lien conjugal<sup>27</sup> ; un enfant né hors mariage peut être privé de ce fait de sa qualité

---

<sup>23</sup> La durée et les modalités de ces mesures doivent faire l'objet d'une loi du pays. Selon nos recherches, aucune loi du pays n'est encore intervenue en application de l'article 24 du statut.

Voir : [www.juridoc.gouv.nc/applications/legislation/Legis.nsf/Juristart?openpage](http://www.juridoc.gouv.nc/applications/legislation/Legis.nsf/Juristart?openpage).

<sup>24</sup> C.C., n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, précitée*, cons. n° 17.

<sup>25</sup> Etant entendu que les citoyens néocalédoniens se subdivisent à leur tour entre ceux qui sont habilités à voter pour référendum d'autodétermination et/ou ceux qui peuvent désigner les membres du congrès néocalédonien et ceux des assemblées de province.

<sup>26</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 mai 2006, n° 05-16.809.

<sup>27</sup> Nouméa, 11 décembre 2003, JurisData n° 2003-247723.

d'héritier<sup>28</sup> ; un clan peut se voir reconnaître la personnalité morale<sup>29</sup> ; le directeur d'un abattoir ayant demandé à ses employés de noyer des chiens dans des bacs d'eau froide pour les cuisiner ne sera pas reconnu coupable d'acte de cruauté envers un animal domestique<sup>30</sup>.

Dans le prolongement du statut civil coutumier, l'article 18 de la loi organique de 1999 consacre un régime de propriété coutumier. Il prévoit en effet que : « Sont régis par la coutume les terres coutumières et les biens qui y sont situés appartenant aux personnes ayant le statut civil coutumier ». Le régime juridique de ces terres est pour le moins particulier. Les terres coutumières sont en effet inaliénables, incessibles, incommutables et insaisissables.

Face à cette source coutumière, la République prête toutefois ses tribunaux pour en faire application. L'article 19 prévoit en effet que « La juridiction civile de droit commun est seule compétente pour connaître des litiges et requêtes relatifs au statut civil coutumier ou aux terres coutumières ». D'un point de vue pratique, ne serait-ce que pour la connaissance de la coutume, la juridiction civile est toutefois complétée par des assesseurs coutumiers<sup>31</sup>.

Le sénat coutumier intervient dans le domaine coutumier. Il est saisi pour avis de tous les projets et de toutes les propositions de lois du pays relatives notamment aux domaines du statut civil coutumier, des terres coutumières et des signes identitaires. Par ailleurs, il est obligatoirement saisi pour avis des projets ou propositions de délibérations de la Nouvelle-Calédonie ou d'une province « *intéressant l'identité kanak* ». Il peut, en outre, être consulté sur toute autre question par les présidents du gouvernement, du congrès ou d'une assemblée de province, ainsi que par le haut-commissaire. Enfin, il peut, à son initiative, saisir le gouvernement, le congrès ou une assemblée de province de toute proposition « *intéressant l'identité kanak* ».

## II – L'inscription structurelle dans une logique étatique

L'inscription structurelle du statut de la Nouvelle-Calédonie dans une logique étatique n'est pas particulièrement manifeste dans l'organisation des différents organes disposant du pouvoir politique. Il est vrai que la dénomination des institutions calédoniennes emprunte en partie à un vocabulaire national : le congrès, le gouvernement, le sénat coutumier, le conseil économique et social et les conseils coutumiers (article 2 du statut). Il est également vrai que le congrès peut mettre en cause la responsabilité du gouvernement par le vote d'une motion de censure. Plus

<sup>28</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 février 1997, JCP 1997 II.22968.

<sup>29</sup> Nouméa, 9 avril 1987, JCP 1987 II.20880.

<sup>30</sup> Papeete, 19 février 1998, *Dr. Pén.*, avr. 1999, comm.51.

Toutes ces solutions sont mentionnées par P. DEUMIER, « La coutume kanake, le pluralisme des sources et le pluralisme des ordres juridiques », *R.T.D.Civ.*, juillet/septembre 2006, p. 516.

<sup>31</sup> Toutefois, selon l'article 29 de la loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 *relative aux actes coutumiers* (JONC, 30 janvier 2007, p. 647) : « Toute action en justice n'est recevable que si le litige relatif aux actes coutumiers a été porté au préalable auprès du conseil coutumier de l'aire concernée.

Après épuisement de sa compétence par le conseil coutumier, les juridictions de droit commun peuvent être saisies pour connaître des litiges relatifs à l'acte coutumier portant sur le statut civil coutumier ou les terres coutumières ».

largement, l'équilibre des rapports entre le gouvernement et le congrès s'inscrit dans la logique d'un régime d'assemblée. Il n'en reste pas moins que la structure étatique est plus manifeste sur d'autres questions : *la représentation internationale* (A), d'un côté, *la répartition des compétences et les lois du pays* (B), de l'autre.

#### *A – La représentation internationale*

L'inscription de la Nouvelle-Calédonie dans une perspective « nationale » est forte. Le statut l'autorise en effet à établir librement « *les signes identitaires permettant de marquer sa personnalité aux côtés de l'emblème national et des signes de la République* » (article 5). L'identité de la République française est encore là, mais elle peut être accompagnée de celle, spécifique, de la Nouvelle-Calédonie. Cette dernière peut également décider de changer de nom. L'intervention de l'Etat est inexistante. La Nouvelle-Calédonie est libre de déterminer les éléments de son identité. Une exigence procédurale lourde est toutefois posée par la loi organique : l'adoption d'une loi du pays à une majorité des trois cinquièmes des membres du congrès. A ce jour, et sans doute n'y-a-t-il pas de hasard, aucune loi du pays n'est encore intervenue pour mettre en application cette liberté identitaire conférée à la Nouvelle-Calédonie.

Les relations extérieures sont régies par la section 2 du chapitre I<sup>er</sup> du titre II du statut relatif aux compétences. Le gouvernement néocalédonien dispose, tout d'abord, d'une compétence pour négocier et pour signer des accords avec un ou plusieurs Etats, territoires ou organismes régionaux du Pacifique et avec les organismes régionaux dépendant des institutions spécialisées des Nations Unies. Cette compétence internationale peut intervenir soit dans les domaines de compétence de la Nouvelle-Calédonie, ce qui est « naturel » (article 29 du statut), mais également dans les domaines de compétences étatiques (article 28 du statut). Dans le premier cas, c'est le congrès qui autorise la négociation et valide l'accord, celui-ci devant être négocié dans le respect des engagements internationaux de la France<sup>32</sup> ; dans le second, le gouvernement néocalédonien intervient sur délégation des autorités de la République. Dans les deux cas, une fois la phase néocalédonienne achevée, la procédure nationale de droit commun de ratification ou d'approbation, prévue aux articles 52 et 53 de la Constitution, s'applique. L'exercice des compétences internationales de la Nouvelle-Calédonie implique une validation nationale.

Les autorités néocalédoniennes peuvent également être associées à des négociations internationales de l'Etat. Cette association est en principe facultative. Les autorités de la République peuvent en effet associer le président du gouvernement ou son représentant à la négociation et à la signature d'accords conclus par la France (article 29). Une telle association est en revanche obligatoire dans un cas particulier : le président du gouvernement, un président de province ou leur représentant sont associés ou participent aux négociations relatives aux relations entre la Communauté européenne et la Nouvelle-Calédonie (article 30).

---

<sup>32</sup> Les autorités de la République sont informées de cette autorisation du congrès et confient au président du gouvernement les instruments lui permettant de signer ces accords.

La Nouvelle-Calédonie peut être ensuite, après accord des autorités de la République, membre, membre associé d'organisations internationales ou observateur auprès de celles-ci (article 31 du statut). Elle y est représentée par le président du gouvernement ou son représentant. Elle peut encore disposer d'une représentation auprès de la Communauté européenne (article 31 du statut) ou des Etats ou territoires du Pacifique (article 32). Les autorités de la République doivent être informées de l'existence de ces représentations.

De manière plus classique enfin, le président du gouvernement dans les matières ressortissant à la compétence de la Nouvelle-Calédonie, ou le président de l'assemblée de province dans les matières ressortissant de la compétence de la province, négocie et signe, dans le respect des engagements internationaux de la République, des *conventions de coopération décentralisée* avec des collectivités locales françaises ou étrangères, leurs groupements ou établissements publics.

Au-delà de ces compétences internationales, la structure étatique de la Nouvelle-Calédonie se concrétise également par la répartition des compétences entre l'Etat et celle-ci et l'adoption des lois du pays.

#### *B – La répartition des compétences et les lois du pays*

La répartition des compétences entre l'Etat et la Nouvelle-Calédonie, prévue par le statut, est complexe. Elle est marquée par un transfert progressif des compétences de l'Etat vers la Nouvelle-Calédonie. La logique d'accession à l'indépendance conduit à ce que l'Etat ne garde plus, avant le référendum d'autodétermination, que ses compétences régaliennes.

En ce qui concerne les compétences de l'Etat, trois blocs sont distingués par la loi organique. Le premier concerne les compétences exclusives de l'Etat, le second les compétences auxquelles la Nouvelle-Calédonie est ou peut-être associée et le troisième enfin des compétences qui ont vocation à être transférées à la Nouvelle-Calédonie. Dans les compétences exclusives, on retrouve les compétences régaliennes de l'Etat : nationalité, armée, justice, défense, monnaie... (article 21 I). Dans les compétences partagées, ou susceptibles de l'être, des domaines d'une certaine importance sont concernés : les relations extérieures, l'entrée et le séjour des étrangers, le maintien de l'ordre, la communication audiovisuelle, l'enseignement supérieur et la recherche ou le droit pénal, sous certaines réserves (article 21 II). Les compétences qui ont vocation à être transférées concernent enfin : la police et la sécurité en matière de circulation aérienne intérieure et de circulation maritime dans les eaux territoriales ; l'enseignement du second degré public et privé, sauf la réalisation et l'entretien des collèges du premier cycle du second degré ; la santé scolaire ; enseignement primaire privé ; le droit civil, les règles concernant l'état civil et le droit commercial ; la sécurité civile (article 21 III).

Les modalités de transfert de cette dernière catégorie de compétences sont prévues par l'article 26 du statut. Le transfert a lieu au cours de la période correspondant aux mandats du congrès commençant en 2004 et en 2009. La loi organique prévoit qu'un échéancier des transferts fait l'objet d'une loi du pays, adoptée à la majorité des trois cinquièmes des membres du congrès, et, au plus tard, le dernier jour du sixième mois suivant le début de chaque mandat.

La question du transfert de cette dernière catégorie de compétences à la Nouvelle-Calédonie fait l'objet d'un débat doctrinal d'autant plus dérisoire, comme le sont souvent, et heureusement d'ailleurs, les débats doctrinaux, qu'aucune loi du pays n'est encore intervenue pour prévoir l'échéancier du transfert et qu'aucune proposition ou projet de loi du pays n'a été déposé pour mettre en œuvre ces compétences. Pour une partie de la doctrine<sup>33</sup>, et conformément à l'article 77 de la Constitution<sup>34</sup>, il existerait une obligation constitutionnelle de transfert des compétences. Pour d'autres, « l'obligation de transfert n'est pas inconditionnelle, mais mise en œuvre par le congrès de la Nouvelle-Calédonie auquel il appartient, en définitive, de définir les compétences transférées et l'échéancier de ce transfert » ; « dès lors que ce qui est obligatoire n'est pas automatique, l'obligation peut être méconnue par défaut d'action dans les conditions prévues »<sup>35</sup>.

A côté des trois blocs de compétences reconnus à l'Etat, les compétences transférées à la Nouvelle-Calédonie par le statut sont considérables, et concernent parfois des domaines qui relèvent traditionnellement de l'Etat et/ou des compétences législatives au sens de l'article 34 de la Constitution : en matière fiscale<sup>36</sup>, de droit du travail et de droit syndical, d'accès au travail des étrangers, de protection sociale, de statut civil coutumier des terres et palabres coutumiers, de commerce extérieur, de fonction publique de la Nouvelle-Calédonie et des communes, de réglementation des marchés publics et des délégations de services publics, de procédure civile, des établissements hospitaliers, de l'organisation des services et des établissements publics, de l'enseignement primaire<sup>37</sup>... (article 22).

Les actes les plus solennels adoptés par le congrès de la Nouvelle-Calédonie sont les lois du pays. Celles-ci interviennent dans les domaines de compétence qui leur sont conférés de manière expresse et spéciale par le statut. La définition des lois de pays ne se réfère donc pas explicitement au domaine législatif national<sup>38</sup>. Les lois du pays ne sont pas des actes intervenant dans le

---

<sup>33</sup> M. CHAUCHAT, « Transfert de compétences et avenir de la Nouvelle-Calédonie », *A.J.D.A.*, 2007, p. 2244.

<sup>34</sup> Qui mentionne « les compétences de l'Etat qui seront transférées, de façon définitive ».

<sup>35</sup> O. GOHIN, « Comment dépanner l'accord de Nouméa ? Réflexions sur les nouveaux transferts de compétences », *A.J.D.A.*, 2008, p. 294.

<sup>36</sup> Selon l'article 22 du statut, la Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes : 1°) Impôts, droits et taxes perçus au bénéfice de la Nouvelle-Calédonie; création et affectation d'impôts et taxes au profit de fonds destinés à des collectivités territoriales, d'établissements publics ou d'organismes chargés d'une mission de service public ; création d'impôts, droits et taxes provinciaux ou communaux; réglementation relative aux modalités de recouvrement, au contrôle et aux sanctions ».

<sup>37</sup> Tel est le cas, selon l'article 22 28° des « programmes, sous réserve de la compétence des provinces pour leur adaptation en fonction des réalités culturelles et linguistiques » de la formation des maîtres et du contrôle pédagogique.

<sup>38</sup> Comme c'est le cas par exemple des « lois du pays » de la Polynésie française (voir article 140 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut de la Polynésie française, *JORF*, 2 mars 2004, p. 4183).

domaine du Parlement national tel qu'il est établi par l'article 34 de la Constitution. Toutefois, si l'on examine la liste des compétences concernées, mentionnées par l'article 99 du statut, on retrouve des compétences législatives nationales : règles relatives à l'assiette et au recouvrement des impôts, droits et taxes de toute nature, principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et du droit de la sécurité sociale ou règles concernant l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités. Plus largement, c'est une loi du pays qui doit intervenir pour tous les éléments qui se rattachent à l'identité de la Nouvelle-Calédonie : nom et signes identitaires, règles relatives à l'accès à l'emploi et statut civil coutumier, régime des terres coutumières et des palabres coutumiers, limites des aires coutumières, modalités de désignation au sénat coutumier et aux conseils coutumiers.

Les règles d'adoption sont marquées par une solennité certaine. Un avis du Conseil d'Etat est ainsi émis sur tous les projets ou propositions de loi du pays. Les lois du pays sont adoptées à la majorité des membres du congrès, sauf disposition spéciale exigeant une majorité renforcée. Ces lois, ou certaines de leurs dispositions, peuvent faire l'objet d'une seconde délibération à la demande du haut-commissaire, du gouvernement, du président du congrès, du président d'une assemblée de province ou de onze membres du congrès. Ces mêmes autorités, il faudra toutefois dix-huit membres du congrès et non plus onze, peuvent, après une nouvelle délibération, saisir le Conseil constitutionnel de la constitutionnalité des lois du pays<sup>39</sup>.

Depuis l'adoption du statut, trente-sept lois du pays ont été adoptées par le congrès de Nouvelle-Calédonie en neuf ans<sup>40</sup>, dans six domaines de compétences (droit coutumier, droit de la protection sociale, droit douanier, droit domanial, droit du travail et droit fiscal), soit une moyenne de près de quatre lois du pays par an. Le Conseil constitutionnel n'a rendu que deux décisions sur des lois du pays, étant précisé que l'une des saisines était irrecevable car elle était signée par quinze et non pas dix-huit membres du congrès<sup>41</sup>.

Le statut de la Nouvelle-Calédonie prévu par la Constitution s'inscrit dans le provisoire. Le terme de ce statut est fixé à la consultation d'auto-détermination qui doit intervenir au cours du mandat du congrès débutant en 2014. Cette consultation peut d'ailleurs intervenir dans les six derniers mois du mandat<sup>42</sup>. La date doit être fixée par le congrès à la majorité des trois cinquièmes. Cependant, si à l'expiration de l'avant dernière année du mandat du congrès de 2014, cette date n'est toujours pas fixée, c'est le gouvernement de la République qui organise la consultation au cours de la dernière année du mandat. Tel est en tout cas l'échéancier prévu en 1999. Si l'on se

---

<sup>39</sup> Sur l'ambiguïté de la nature juridique des lois du pays, voir en particulier : L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Grands arrêts, 14<sup>ème</sup> édition, 2007, pp. 797-798.

<sup>40</sup> Voir : // [www.juridoc.gouv.nc/applications/legislation/Legis.nsf/Juristart?openpage](http://www.juridoc.gouv.nc/applications/legislation/Legis.nsf/Juristart?openpage).

<sup>41</sup> C.C., n° 2000-1 LP, 18 janvier 2000, *Loi du pays relative à l'institution d'une taxe générale sur les services*, Rec., p. 53 ; n° 2006-2 LP, 5 avril 2006, *Loi du pays relative à la représentativité des organisations syndicales de salariés*, Rec., p. 6.

<sup>42</sup> Qui est d'une durée de cinq ans.

souvent que le précédent statut de 1988 prévoyait un référendum d'autodétermination en 1998, qui n'a jamais eu lieu, tous les scénarii restent possibles en 2014.

Xavier MAGNON

Professeur à l'Université *Via Domitia*