



HAL
open science

Le "jour d'après" - Quel droit, quelles institutions après l'accord de Nouméa ?

Carine David

► **To cite this version:**

Carine David. Le "jour d'après" - Quel droit, quelles institutions après l'accord de Nouméa ?. Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie, 2017. hal-02541338

HAL Id: hal-02541338

<https://hal.science/hal-02541338v1>

Submitted on 18 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

DOSSIER

LE « JOUR D'APRÈS » Quel droit, quelles institutions après l'Accord de Nouméa ?



DOCTRINE

- Nouvelle-Calédonie et autodétermination
- L'année électorale 2017 en Nouvelle-Calédonie
- La gouvernance de l'économie et des finances publiques en Nouvelle-Calédonie avant la sortie de l'Accord de Nouméa
- La République circumterrestre et les vicissitudes du processus référendaire d'autodétermination calédonienne
- Les avatars du partenariat public-privé
- Construction d'une gouvernance pro-concurrentielle en Nouvelle-Calédonie
- Géopolitique des territoires kanak : de l'invisible au visible
- Une nouvelle catégorie d'agents publics non titulaires discrètement instituée

PORTRAIT

- Jean-Pierre Deteix



Revue Juridique

POLITIQUE ET ÉCONOMIQUE DE NOUVELLE-CALÉDONIE

COMITÉ D'HONNEUR

- **Jean-François Auby**, Professeur associé à l'institut d'études politiques de Bordeaux.
- **Bertrand Badie**, Professeur à l'Institut d'études politiques de Paris.
- **Gérard Bélorgey**[†], ancien Président de RFO.
- **François Garde**, Président de tribunal administratif, ancien administrateur supérieur des Terres australes et antarctiques françaises.
- **Olivier Gohin**, Professeur de droit public à l'Université de Paris II.
- **Antoine Leca**, Professeur d'histoire du droit, directeur du centre de droit de la santé à Aix-Marseille Université.
- **Eric de Mari**, Professeur d'histoire du droit à la Faculté de droit de Montpellier.
- **Jacques Mestre**, Professeur de droit privé à Aix-Marseille Université, ancien Président de la section de droit privé du Conseil national des universités, Doyen honoraire de la Faculté de droit.
- **Gilbert Orsoni**, Professeur de droit public, ancien Doyen de la Faculté de droit d'Aix-Marseille Université.
- **Marc Pena**, Professeur d'histoire du droit, Vice-Président d'Aix-Marseille Université.
- **Norbert Rouland**, Professeur d'anthropologie juridique à Aix-Marseille Université, membre de l'Institut universitaire de France.
- **Dominique Turpin**, Professeur de droit public, ancien Président de l'Université d'Auvergne.
- **Jacques Ziller**, Professeur de droit public à l'Université de Pavie.
- **Paul de Deckker**[†], Professeur d'anthropologie politique et sociale, ancien Président de l'Université de la Nouvelle-Calédonie.
- **François Luchaire**[†], ancien membre du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État.

Fondateur : Jean-Yves Faberon

Anciens directeurs : Jean-Yves Faberon, Patrice Jean, Jean-Florian Eschylle, Bernard Chérioux, Anne Gras.

ADMINISTRATION

Directeur de la publication : Robert Bertram

Secrétaire général : Édouard Léoni

Trésorier (finances, suivi des subventions) : Édouard Léoni

Communication et distribution : Nathalie Lepape

Conformité des contributions écrites et relations avec la mise en page : Robert Bertram

RÉDACTION

Directeur scientifique : Patrice Jean

Conseil de rédaction : Frédéric Angleviel, Marion Bastogi, Tarik Bélamiri, Robert Bertram, Séverine Blaise, Carine David, Victor David, Patrice Jean, Édouard Léoni, Nathalie Lepape, Céline Martini, Guy Solal, Luc Steinmetz, Léon Wamyntan.

Comité de lecture : le directeur et les anciens directeurs de la Revue, Florence Faberon-Tourette (*Maître de Conférences de Droit public HDR, Université d'Auvergne*), Antoine Leca (*Professeur d'Histoire du Droit Aix-Marseille Université, Directeur du Centre de Droit de la Santé*), René Teboul (*Maître de conférences de sciences économiques HDR, Aix-Marseille Université*), Laurent Tesoka (*Maître de conférences de Droit public HDR, Aix-Marseille Université, Directeur de l'Institut de droit d'outre-mer*).

SECTEURS ET RESPONSABLES DE SECTEURS

Doctrine, dossiers, portraits : Patrice Jean

Chronique institutionnelle : Robert Bertram

Chronique de jurisprudence : **de droit constitutionnel** : Anne Gras
de droit administratif : Jean-Luc Schnoering
de droit privé : Nathalie Lepape
de droit financier : Édouard Léoni

Chronique électorale : Anne Gras

Chronique de droit coutumier kanak : Antoine Leca

Illustration de couverture : coordination de Robert Bertram avec les responsables du dossier du numéro

Traductrice : Anne-Marie Calmy

Archives : Patrice Jean et Édouard Léoni

Mise en page : Totem Infographie – contact@totem.nc

Impression : Imprimerie Graphoprint – Tirage : 350 exemplaires

Site internet : www.rjpec.nc

Dépôt légal : Bibliothèque Bernheim, Nouméa.

Numéro d'ISSN : 1762 – 0368

Siège social : 234 Quartier Bernard - 98890 PAÏTA
BP 18735 • 98857 Nouméa cedex

Email : rjpec@rjpec.nc – **Site Internet** : www.rjpec.nc

ABONNEMENTS (Bulletin d'abonnement en page 1 ou via notre site www.rjpec.nc)

« VERSION PAPIER »

• Nouvelle-Calédonie : **1 an (2 numéros)** : 3 940^{FCFP*} / **2 ans (4 numéros)** : 7 880^{FCFP*}
* Les frais de port (avion économique) : 940 XPF / 1 880 XPF

• Métropole, DOM et UE : **1 an (2 numéros)** : 4 600^{FCFP*} / **2 ans (4 numéros)** : 9 200^{FCFP*}
* Les frais de port (avion économique) : 1 600 XPF / 3 200 XPF

Autres destinations : nous consulter par email : rjpec@rjpec.nc

« NUMÉRIQUE »

• Abonnements et téléchargements sur le site www.rjpec.nc

NOTE AUX AUTEURS

Les manuscrits proposés pour publication dans la *Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie* doivent être adressés au directeur scientifique ou au directeur de la publication de la Revue (adresse postale : RJPENC BP 18735 98857 NOUMÉA CEDEX) sur support papier ou informatique ou transmis par mail (adresse électronique : rjpec@rjpec.nc). Ces documents et supports restent la propriété de la Revue et ne sont pas retournés aux auteurs. Les auteurs dont le manuscrit est accepté s'engagent à ne pas le proposer à un autre support quel qu'il soit ; une reprise dans une autre publication est soumise à l'autorisation expresse de la direction de la Revue et ne pourrait, en toute hypothèse qu'être postérieure à la publication dans la RJPENC. Tout texte proposé pour publication ne doit pas dépasser 50 000 signes (notes incluses, espaces compris ainsi que les éventuelles illustrations ou figures, dont la publication est faite en noir à l'exclusion de couleurs). Il comporte les éléments suivants : le prénom et le nom de l'auteur, sa qualité (il peut aussi ne faire figurer aucune qualité, ou, au maximum, deux qualités), l'adresse postale et électronique de l'auteur, le titre de l'article ainsi que son sommaire, et un très bref résumé en vue de la proposition de l'article sur l'@boutique. Les textes proposés à la RJPENC doivent se conformer à la charte éthique et à la charte typographique de la Revue, inscrites dans le règlement intérieur de l'association de la Revue et communiquées aux auteurs. Les textes proposés sont contrôlés par le comité de lecture de la Revue. La présente note aux auteurs est adressée systématiquement par le secrétaire général de la revue à toute personne avec laquelle il a été convenu qu'elle y apporterait une contribution écrite. Lorsque les épreuves du nouveau numéro de la Revue sont prêtes, elles sont adressées par voie électronique aux auteurs pour correction. La réponse des auteurs doit parvenir à la Revue dans le délai impératif de huit jours, sans quoi il est convenu qu'il n'y a pas lieu d'opérer de corrections à ces épreuves.

Les opinions émises dans la *Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie* n'engagent que leurs auteurs.

Éditorial

Revue juridique politique et économique de Nouvelle-Calédonie n° 30

L'année 2017 se termine dans la confusion, peu importe qu'elle soit voulue ou subie... elle suscite néanmoins maintes interrogations auprès de la population. Depuis les dernières législatives où les équilibres politiques ont été chamboulés jusqu'à la vacance de la présidence du gouvernement, les Calédoniens subissent, après les conclusions équilibrées du dernier comité des signataires, les avatars d'une déliquescence du leadership de certains partis politiques qui disparaît au profit de la « masse ».

Dans un tel contexte socio-politique, la *Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie* s'efforce de coller à l'actualité en présentant des articles qui permettent la réflexion.

Pour ce numéro, la partie doctrine est très étoffée. Le premier sujet politique qui préoccupe les Calédoniens est celui de l'autodétermination, sujet particulièrement sensible puisque la Nouvelle-Calédonie va être confrontée d'ici moins d'un an à cette consultation cruciale. Depuis que la France a signé en 2007 la Déclaration des droits des peuples autochtones, le champ des possibilités s'élargit pour les Kanak. Ils ont maintenant le choix entre une indépendance politique et une indépendance sociétale.

L'année 2017 qui se termine a été une année d'élections, celle de la présidentielle, celles des législatives et enfin celles des sénatoriales. C'est à partir des législatives que nous pouvons relever une redistribution des rôles politiques à partir de la création de la « Plateforme loyaliste » qui a eu des conséquences jusqu'aux sénatoriales. Sur le plan économique, une nouvelle approche de la gouvernance de l'économie et des finances publiques s'avère nécessaire pour juguler au mieux l'endettement de la Nouvelle-Calédonie. L'institutionnel reprend ses droits avec un article sur la chronologie d'une procrastination du processus référendaire. Celui-ci est suivi d'un développement sur le fonctionnement des sociétés d'économie mixte locales, notamment la forme de partenariat public-privé. Le troisième et dernier volet sur la construction d'une gouvernance pro-concurrentielle aborde les vicissitudes de la mise en place d'une autorité de la concurrence en Nouvelle-Calédonie. Un développement concerne la géopolitique des territoires, où avec la mise en relief de l'omniprésence du peuple kanak, celui-ci passe de l'invisible au visible. Enfin pour clore cette rubrique doctrinale, un article est consacré aux agents des services publics non titulaires dans les îles de Wallis et Futuna.

Pour ce qui concerne le dossier, il est vraiment d'actualité puisqu'il appréhende l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie essentiellement avec une vision de la jeunesse du territoire. Sous quatre thèmes majeurs sont développés des axes de travail et de réflexion :

- la méthode transitionnelle,
- les regards sur les projets de société des partis politiques,
- quel droit dans une société multiculturelle ?
- Entre pluralisme et métissage et les outils institutionnels en société plurielle.

Pour le premier thème, la fin de l'Accord de Nouméa entraîne une réflexion sur le modèle de transition adéquat pour la Nouvelle-Calédonie ainsi que la détermination de la place du peuple dans un tel processus. En effet, même si les transitions constitutionnelles sont une réalité dans les sociétés plurielles, pour la Nouvelle-Calédonie, celles-ci doivent être « sur mesure », purement calédoniennes de façon à ce qu'à l'issue de l'application de l'Accord de Nouméa, l'éducation citoyenne et l'inclusivité soient les fils conducteurs de l'implication du peuple dans l'élaboration d'un nouveau contrat social calédonien.

Pour le deuxième thème, une question lancinante se pose au sujet du liant social nécessaire permettant de « faire société », de réunir les différentes composantes sociales calédoniennes avec le projet indépendantiste d'une Nouvelle-Calédonie souveraine ? Si le FLNKS communique sur son projet sociétal indépendantiste pour l'après 2018, le camp « loyaliste » pêche par son absence de proposition d'un futur statut pour cette même période.

Le troisième thème aborde la problématique de l'application d'un droit idoine pour une société pluriculturelle. Le choix cornélien entre pluralisme et métissage interroge plus qu'il ne résout les questions. Le pluralisme juridique en Nouvelle-Calédonie ou le métissage juridique seront-ils les leviers d'un projet de société différentialiste ? Il s'agit donc de réfléchir sur la construction d'un destin commun réaliste en Nouvelle-Calédonie en choisissant un modèle de société basé sur l'intégrationnisme ou le multiculturalisme.

Enfin, pour le quatrième thème, quels outils institutionnels mettre en place pour fédérer la société calédonienne toujours en proie à ses clivages habituels ? Travailler sur les systèmes électoraux, l'organisation verticale du pouvoir et la structure de l'exécutif et du parlement peut permettre une construction identitaire dans la société calédonienne divisée. Cependant, dans cette société calédonienne, ne faudrait-il pas mieux prendre la coutume en considération car si elle a maintenant une place dans le système juridique calédonien, ne devrait-elle pas permettre aux autorités coutumières de jouer un rôle à la fois dans l'organisation sociale kanak mais aussi dans l'organisation institutionnelle ?

Ce dossier se clôt avec une approche sur l'évolution de l'exercice de la justice à l'aune du référendum de 2018.

Les rubriques suivantes sont toutes aussi fournies avec un portrait de Jean-Pierre Deteix, notre chronique de jurisprudence très étoffée ainsi que la rubrique institutionnelle. Quant à la chronique de droit coutumier kanak, elle s'attache à démontrer l'impossibilité d'adapter telles quelles les catégories du droit civil français au droit coutumier kanak.

La bibliographie et les documents terminent ce numéro pour l'année 2017. Que la lecture de cette *Revue* permette aux Calédoniens une réflexion distanciée.

Robert Bertram,
Directeur de la RJPENC

- **Éditorial**
Robert Bertram 1

DOCTRINE

- **Cohésion et démocratie**
Jean-Yves Faberon 4
- **Nouvelle-Calédonie et autodétermination**
Robert Bertram 5
- **L'année électorale 2017 en Nouvelle-Calédonie : Présidentielle – Législatives – Sénatoriales**
Luc Steinmetz 15
- **La gouvernance de l'économie et des finances publiques en Nouvelle-Calédonie avant la sortie de l'Accord de Nouméa : un « pays d'outre-mer » où une gestion discutable génère une prise de contrôle des banques**
Édouard Léoni 25
- **La République circumterrestre et les vicissitudes du processus référendaire d'autodétermination calédonienne : chronologie d'une procrastination**
Vivien Hipeau 37
- **Les avatars d'une contractualisation de l'action publique**
Bernard Chérioux 44
- **Construction d'une gouvernance pro-concurrentielle en Nouvelle-Calédonie : La question en suspens du contrôle de l'application du droit**
Florent Venayre 57
- **Géopolitique des territoires kanak : de l'invisible au visible**
Pierre-Christophe Pantz 65
- **Une nouvelle catégorie d'agents publics non titulaires discrètement instituée : les agents permanents nommés par l'État dans les îles Wallis et Futuna**
Edwin Matutano 70

DOSSIER :

LE « JOUR D'APRÈS ». QUEL DROIT, QUELLES INSTITUTIONS APRÈS L'ACCORD DE NOUMÉA ?

- **Présentation du dossier : perspectives juridiques et institutionnelles pour le « jour d'après »**
Carine David 74

1. LA MÉTHODE TRANSITIONNELLE

- **2018 vers la fin de l'Accord de Nouméa : quel modèle de transition pour la Nouvelle-Calédonie ?**
Scarlett Mitran, Chloé Hérubel, Laetitia Voirin 75
- **Repenser la place du peuple**
Ruben Boume, Mathilde Brégeon 82

2. REGARDS SUR LES PROJETS DE SOCIÉTÉ DES PARTIS POLITIQUES

- **Comment « faire société » dans une « Kanaky-Nouvelle-Calédonie » souveraine ?**
Anthony Tutugoro 88
- **À la recherche du projet de société loyaliste**
Christine Colomina 94

3. QUEL DROIT DANS UNE SOCIÉTÉ MULTICULTURELLE ? ENTRE PLURALISME ET MÉTISSAGE

- **Questionner la trajectoire du pluralisme juridique calédonien**
Isabelle Dauriac 96
- **Le métissage de la norme par la co-construction du droit : l'exemple du Code de l'environnement de la province des Îles Loyauté**
Victor David 102
- **Intégrationnisme versus Multiculturalisme**
Gérard Fortez, Yoan Tavouvas, Gino Kalmpel 108

4. LES OUTILS INSTITUTIONNELS EN SOCIÉTÉ PLURIELLE

- Repenser les institutions calédoniennes par le prisme du modèle de démocratie consensuelle
Carine David 114
- Le pouvoir coutumier, un quatrième pouvoir
Thierry Xozame 120
- Une Justice à repenser pour la Nouvelle-Calédonie à l'aune du référendum de 2018
Vaimoé Albanese, Vy Vaunny Hallette, Florent Tavernier 123

PORTRAIT

- Jean-Pierre Deteix : un homme engagé (1943 - 2016)
Par Jean-Paul Caillard 127

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

- Droit administratif
Jean-Luc Schnoering 130
- Jurisprudence minière, financière et fiscale
Édouard Léoni 139

CHRONIQUE DE DROIT COUTUMIER KANAK

- De l'impossibilité d'adapter les catégories du droit civil français au droit coutumier kanak : « la preuve par 9 »
Antoine Leca 143

CHRONIQUE INSTITUTIONNELLE

- Chronologie : avril 2017 - octobre 2017
Robert Bertram 146

BIBLIOGRAPHIE

- Comptes-rendus de « La coutume kanak dans l'État. Perspectives coloniales et post-coloniales sur la Nouvelle-Calédonie », et de « L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie »
Antoine Leca 154
- Compte-rendu d'Antoine Leca : introduction historique au droit de la famille
Jean-Philippe Agresti 163
- Une ambition culturelle
Albert Sio 164

DOCUMENTS

- Discours de Monsieur le Premier ministre devant le congrès de la Nouvelle-Calédonie, 5 novembre 2017 165
- La participation australienne à l'établissement du pouvoir gaulliste en Nouvelle-Calédonie en septembre 1940 . . . 170
- Discours de Mme Annick Girardin, ministre des Outre-mer de la République française, pour l'ouverture de la Dixième Conférence de la Communauté du Pacifique (Nouméa, 27 juillet 2017) 172
- XVI^e Comité des signataires de l'Accord de Nouméa, jeudi 2 novembre 2017 174
- Conseil d'État par M. Pichon de Vendeuil 177

■ Présentation du dossier : Perspectives juridiques et institutionnelles pour le « jour d'après »

Carine David

Maître de conférences HDR en droit public

À un an de la date probable pour la tenue du 1^{er} referendum d'autodétermination prévu par l'Accord de Nouméa, il semble pertinent de participer à la réflexion et de s'interroger sur les perspectives juridiques et institutionnelles de l'après 2018 ou « le jour d'après ». Le fil conducteur de ce dossier est de porter *un regard prospectif sur le droit calédonien de demain et les institutions qu'il sous-tend*, que ce soit en cas d'une émancipation accrue ou de l'accession à la pleine souveraineté.

Qui dit regard prospectif, dit futur ; qui dit futur, dit générations à venir. C'est pourquoi nous avons souhaité laisser une place de choix, une fois n'est pas coutume, aux jeunes juristes de ce pays et plus particulièrement aux étudiants du Master 2 Droit et Management en Nouvelle-Calédonie de l'Université de la Nouvelle-Calédonie et aux doctorants. Certains articles de ce dossier ont donc été écrits par des jeunes (et parfois moins jeunes !) étudiants calédoniens, faisant la démonstration que les jeunes de ce pays sont tout à fait capables de produire une réflexion sur l'évolution juridique et institutionnelle de leur pays, documentée, décomplexée, pertinente, passionnée. Ils sont demain, ils connaissent leur pays, ils savent les aspirations de la jeunesse locale. Nous remercions donc les lecteurs de ce dossier de bien vouloir faire preuve d'indulgence à l'égard des productions de ces jeunes juristes qui ne sont pas (encore) complètement rompus à l'exercice. Leur enthousiasme, leur implication et leur vision donne un éclairage original, constructif et empreint d'un vouloir-vivre collectif qui porte à l'optimisme pour l'avenir de la Nouvelle-Calédonie.

Un autre point saillant de ce dossier est sa neutralité politique. Toutes les questions ont été abordées indépendamment du résultat du référendum, soit que les solutions proposées soient envisageables quelle que soit l'issue du référendum, soit que les deux hypothèses soient considérées pour émettre des propositions différenciées.

Le nouveau statut de la Nouvelle-Calédonie (territoire autonome ou État indépendant) sera l'occasion de fonder un nouveau contrat social entre les populations du pays, synonyme d'une nouvelle façon de construire la règle de droit pour la façonner à l'image des Calédoniens. Outre les questions liées à la méthode qui sera utilisée pour construire la nouvelle architecture institutionnelle/constitutionnelle de la Nouvelle-Calédonie dans une perspective comparatiste, seront explorées des pistes de réflexion sur l'appropriation du droit local par les Calédoniens et les institutions pertinentes pour construire le destin commun. En effet, dans les sociétés plurielles comme la Nouvelle-Calédonie, un soin tout particulier doit être porté à l'ingénierie institutionnelle dans la mesure où celle-ci est un vecteur incontestable de construction nationale, à condition que les populations concernées la considèrent comme légitime.

Il a donc été proposé aux contributeurs de ce dossier consacré à l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie de réfléchir et de débattre sur ces thématiques sous la forme de plusieurs interrogations.

Tout d'abord, Scartlett Mitran, Chloé Hérubel et Laetitia Voirin, d'une part et Mathilde Brégeon et Ruben Boume d'autre part, ont examiné la transition entre le statut issu de l'Accord de Nouméa et le prochain statut de la Nouvelle-Calédonie (statut de territoire (très) autonome ou État indépendant) sous l'angle de la méthode pour définir son contenu, avec comme point focal la place accordée à la participation citoyenne. Partant du constat que cette dernière est très peu présente dans le processus actuel en Nouvelle-Calédonie, Christine Colomina et Anthony Tutugoro abordent respectivement les projets de société loyalistes et indépendantistes, nous permettant de constater des stratégies différentes d'un côté à l'autre de l'échiquier politique calédonien.

Il s'agit ensuite de s'interroger sur le droit et les institutions les plus à même de garantir un corpus juridique correspondant aux caractéristiques socioculturelles, économiques et géographiques de la Nouvelle-Calédonie.

Les choix qui peuvent être opérés quant au choix d'un droit pluriel ou métissé guideront nécessairement en partie les choix institutionnels. Isabelle Dauriac et Victor David évoquent ainsi les questions liées au pluralisme juridique, au métissage de la norme et à l'appréhension du multiculturalisme calédonien par le droit, avec notamment l'articulation entre coutume et droit formel. Gino Kalnpel, Gérard Fortez et Yoan Tavouvas se sont pour leur part interrogés sur la mobilisation des théories multiculturelles pour réfléchir à la philosophie globale des politiques publiques et du droit calédonien, en évoquant particulièrement la pertinence des modèles intégrationnistes et multiculturalistes dans le cadre spécifique de la Nouvelle-Calédonie.

Le dernier volet de ce dossier formule un certain nombre de propositions et de réflexions sur l'architecture institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie à proprement parler. Carine David examine ainsi les potentielles évolutions relatives à la forme de l'exécutif et du parlement calédoniens, mais également la question de la place des provinces et des communes dans le paysage institutionnel. Thierry Xozame s'interroge sur le rôle du pouvoir coutumier dans la société calédonienne et sa place comme 4^{ème} pouvoir, aux côtés des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. Enfin, Vaimoé Albanese, Vy-Vaunny Hallette et Florent Tavernier questionnent l'évolution de l'exercice de la compétence judiciaire vers un modèle plus contextualisé.

Au final, la construction de ce dossier n'aura pas été un long fleuve tranquille à bien des égards mais nous espérons qu'il apportera un éclairage différent aux réflexions actuelles sur l'avenir politique et juridique de la Nouvelle-Calédonie. Il suscitera, nous l'espérons également, réflexions et débats tant dans la classe politique que dans la société civile. Dans cette optique, et parce qu'il faut vivre avec son temps, il est proposé aux lecteurs de faire part de leurs remarques, compléments, idées, critiques (constructives) à l'adresse mail suivante : parolepartage2018@gmail.com

1. LA MÉTHODE TRANSITIONNELLE

■ 2018 vers la fin de l'Accord de Nouméa :
quel modèle de transition pour la Nouvelle-Calédonie ?

Scarlett Mitran
Chloé Hérubel
Laetitia Voirin
Étudiantes en M2 Droit

Résumé

Les transitions constitutionnelles dans les sociétés divisées sont, depuis quelques années, en vogue. Nombreux sont les exemples empiriques de tels processus, pourtant aucun ne se ressemble. Et pour cause, une transition constitutionnelle doit se faire « sur mesure » et ne peut être issue d'un modèle standard. C'est la raison pour laquelle il a semblé important d'imaginer les grandes lignes d'une transition constitutionnelle calédonienne. Des exemples transitionnels dans des sociétés divisées ont été utilisés et remaniés afin de correspondre au contexte calédonien dans sa singularité. Au travers de cette étude, il apparaît que les objectifs de la transition ont été visés depuis les Accords de Matignon-Oudinot de 1988. Pourtant, les outils de mise en œuvre ont manqué. C'est donc pour répondre à ces lacunes que cet article imagine des instruments qui pourraient enfin permettre une transition constitutionnelle calédonienne efficace. Il vise à mettre en lumière les moyens d'assurer la légitimité du futur texte fondateur de la société calédonienne, et ce quelle que soit l'issue du référendum.

Abstract

Constitutional transitions in divided societies have been in vogue for the past few years. Many examples of these processes exist around the world but none of them is similar. There is a good reason for this : a constitutional transition must be "tailor-made". There is no "one size fit all" model. This is the reason why it seemed important to imagine the key features of the Caledonian constitutional transition. In this article, examples of constitutional transitions that have been taking place in divided societies are employed and reorganized in order to fit the singular Caledonian context. Throughout this study, it appears that the objectives of the transition have been targeted since the Matignon-Oudinot Accords of 1988. However, the implementation instruments have been lacking. The goal of this paper is to fill this gap by imagining the instruments that could finally allow a Caledonian constitutional transition to take place. It aims at identifying the means to assure the legitimacy of the future founding text of the Caledonian society, whatever the outcome of the referendum is.

* * *

« La décolonisation est le moyen de refonder un lien social durable entre les communautés qui vivent aujourd'hui en Nouvelle-Calédonie [...] ».

Cet extrait du préambule de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998 regroupe en une phrase les grandes idées directrices des transitions constitutionnelles récentes.

Si le mot « décolonisation » peut sembler fort de nos jours, il traduit néanmoins sans équivoque la finalité du référendum de 2018 au sens du droit international¹ : l'émancipation envers l'ancien pouvoir colonial, ou dans un registre plus contemporain l'accession à la pleine souveraineté. Aujourd'hui, c'est dans le but de construire un nouvel espace de vie commun que le pays doit se saisir de la question de la transition constitutionnelle.

Les transitions que connaissent d'autres sociétés divisées ont aussi pour racine un passé colonial et pour fin l'indépendance. En effet, à l'instar de la Nouvelle-Calédonie, ce sont des « sociétés dites plurielles c'est-à-dire constituées de grands groupes sociaux, divisées sur une base ethnique, religieuse ou linguistique »². Considérant ces dernières, la méthode comparative apparaît comme la plus appropriée pour identifier les mécanismes à prendre comme exemples ou contre-exemples. C'est pourquoi, les transitions constitutionnelles des îles Salomon, de Fidji, et d'Afrique du Sud peuvent être utilisées comme références dans l'élaboration du processus *ad hoc* de transition constitutionnelle calédonienne.

On parle en Nouvelle-Calédonie de transition « constitutionnelle » plutôt qu'« institutionnelle » car cette collectivité *sui generis* jouit de l'exercice de compétences sans précédent au sein de la République française. Pour élaborer une constitution par le biais d'un processus consensuel et durable, il convient de déroger à la pratique habituelle qui s'avère problématique : au lieu de se pencher sur le « quoi » se concentrer davantage sur le « comment ». Par conséquent, la présente étude a pour ambition de proposer des méthodes et outils de transition constitutionnelle « sur mesure », basés sur les réalités calédoniennes. En ce sens, elle s'affranchit de la question de la forme – constitution ou nouvel accord – et du contenu du texte. Nous utiliserons donc le terme de « constitution » pour désigner le texte qui organise la société et en détermine les valeurs et principes fondamentaux, à défaut d'un autre qualificatif.

1. Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ou encore le droit à l'autodétermination sont des principes de droit international inscrits dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

2. Carine David, La prise en compte de la diversité culturelle lors des transitions constitutionnelles : analyse à partir du cas des États du Pacifique insulaire, 9^e congrès français de droit constitutionnel juin 2014.

Il s'agira ici de mettre en lumière les moyens d'assurer la légitimité du futur texte fondateur de la société calédonienne, et ce quelle que soit l'issue du référendum. C'est par un raisonnement à la fois théorique et casuistique qu'il convient de penser la transition constitutionnelle tant pour identifier les principaux enjeux de la transition constitutionnelle calédonienne (I) que pour distinguer les instruments indispensables à sa mise en œuvre (II).

I. Les principaux enjeux de la transition calédonienne

La transition constitutionnelle est la phase de mutation d'un texte constitutionnel à un autre qui se veut en principe plus équilibré, efficace et légitime. Avec les accords de Matignon-Oudinot de 1988 et l'Accord de Nouméa de 1998, la transition calédonienne s'est amorcée par la volonté de surmonter les Événements puis de mettre en place les réformes sociopolitiques nécessaires (A). La volonté de concrétiser le contrat social en vue de stabiliser le régime sur le long terme (B) a ensuite été manifeste. Ces aspirations sont les objectifs classiques de la transition constitutionnelle.

A. Les prémisses d'une transition avec les accords de Matignon-Oudinot

La résolution des conflits est l'un des objectifs centraux des constitutions issues de transitions. Aux Îles Salomon, le processus de transition constitutionnelle a été engagé après un conflit ethnique qui s'est déroulé entre 1999 et 2003. Ce conflit a pris place, entre autres, en raison des inégalités systémiques portées par le modèle anglais appliqué depuis l'indépendance de l'île en 1978, notamment vis-à-vis de l'accès au foncier.

Cet exemple, comme d'autres³ démontre que l'objectif d'une nouvelle constitution est de veiller à éliminer la violence systémique qui persiste et établir une nouvelle « règle du jeu »⁴. Lorsqu'une société a été marquée par des soulèvements civils et divisée en affinités ethniques, que la peur de l'autre et la dichotomie « Eux contre Nous » sont centrales, il est indispensable de rétablir la solidarité sociale à partir de concepts et de pratiques telles que la justice restauratrice, en atteste l'exemple de la Commission « vérité et réconciliation » mise en place aux Salomon en 2009⁵. En ce sens, les différentes formes de violences doivent être identifiées et éliminées, et lors de transitions constitutionnelles au sein de sociétés divisées la violence culturelle doit faire l'objet d'une attention particulière :

« Se traduisant notamment par la déshumanisation de l'autre et par la stigmatisation de la différence et du désaccord, perçus comme des motifs légitimant la ségrégation et l'usage de la violence, la violence culturelle fait en effet obstacle au dialogue entre les acteurs, qui constitue pourtant l'une des méthodes collaborant à sa disparition »⁶.

Les accords de Matignon-Oudinot sont avant tout des accords de paix. Leur essence même est de mettre un terme aux conflits existants. Ainsi, prévoir des mesures pour mettre fin à la violence culturelle, dépasser des divisions ethniques, instaurer une « nouvelle règle du jeu » et organiser une réconciliation comme précité s'intègrent aussi bien dans un accord de paix que dans une véritable constitution. Si ces accords n'ont pas de valeur constitutionnelle, pour autant ils en ont partiellement la vocation. En effet, la composition matérielle des accords traduit déjà la volonté de passer d'une société à une autre, et en l'espèce, d'une société déchirée à une société apaisée. Ils représentent ce que Carine David a qualifié de « constitutionnalisme alternatif »⁷.

Cependant, le constat actuel est plutôt celui de l'échec. Malgré l'amnistie accordée suite au drame d'Ouvéa, aucune commission « vérité et réconciliation », ou coutume de pardon nationale, n'ont eu lieu. Aujourd'hui encore les récits de ces affrontements et les traumatismes qui en ont découlé ponctuent les discours des Calédoniens. Si la quasi-guerre civile est bien terminée, elle a laissé des traces si profondes qu'il n'est pas possible d'affirmer que l'harmonie règne.

« Comment faciliter les négociations quand les uns gardent en mémoire la souffrance de leur domination ou quand les autres résistent à la compréhension de l'autre et de son problème ? »⁸.

Il y a donc dans les accords de Matignon-Oudinot une première avancée dans le processus constitutionnel, mais qui n'a finalement pas abouti puisque 30 plus tard les blessures ne sont toujours pas guéries. À la fin des années 1980, les inégalités économiques et sociales dont souffrait la Nouvelle-Calédonie avaient pour origine la marginalisation du peuple autochtone. Pour y remédier, les réformes sociopolitiques mises en place avaient pour objectif d'opérer un changement important dans l'organisation sociale et institutionnelle du pays. Ce revirement se concrétise avec la réforme dite du « rééquilibrage » visant à rétablir un équilibre dans des matières comme l'emploi ou l'éducation, entre les populations et particulièrement vis-à-vis du peuple kanak. Le rééquilibrage constitue une solution institutionnelle, politique et économique adaptée aux réalités complexes du territoire, pourtant les objectifs sont encore loin d'être atteints⁹.

3. Afrique du Sud, Fiji, Bénin, ex Yougoslavie...

4. Xavier Philippe, La démocratie constitutionnelle sud-africaine : un modèle ?, Pouvoirs, 2009, vol. 2, n° 129, p. 157-169.

5. Saïd Amir Arjomand, Law, Political Reconstruction and Constitutional Politics, International sociology, 2003, vol. 18, n° 1, p. 7-32.

6. Magalie Besse, L'écriture multilatérale des Constitutions, facteur de réussite des transitions démocratiques, Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, 2014, vol. 4, n° 45, p. 126.

7. Carine David, Les transitions politiques en Mélanésie, éléments de réflexion pour la préparation du « jour d'après » en Nouvelle-Calédonie, Revue française de droit constitutionnel, 2017, vol. 2, n° 110, p. 384.

8. Magalie Besse, L'écriture multilatérale des Constitutions, facteur de réussite des transitions démocratiques, *op. cit.*, p. 126.

9. Catherine Ris, Les inégalités ethniques dans l'accès à l'emploi en Nouvelle-Calédonie, Économie et statistiques, 2013, n° 464-466, p. 59-72 ; Jean-Christophe Gay, Les inégalités socio-spatiales : état des lieux, Peuple premier et cohésion sociale en Nouvelle-Calédonie - identités et rééquilibrage, / dir. Jean-Yves Faberon et Thierry Mennesson, Marseille, PUAM, p. 198-203 ; Laure Hadj, Gaël Lagadec, Gérard Lavigne, Catherine Ris, Vingt ans de politiques de rééquilibrage en Nouvelle-Calédonie : Démocratisation de l'école mais persistance des inégalités ethniques, Formation emploi, 2012, vol. 120, p. 101-125.

Finalement, les accords de Matignon-Oudinot jettent les bases propres à toutes les transitions constitutionnelles. En effet, à travers la recherche d'outils ayant vocation à faire basculer le pays dans un nouvel État de droit, ces accords l'inscrivent bien dans une transition. L'Accord de Nouméa, en plus de maintenir la paix et poursuivre les réformes sociopolitiques, introduit l'idée d'un nouveau contrat social : le destin commun.

B. Les objectifs partiellement atteints de la transition avec l'Accord de Nouméa

« *Le passé a été le temps de la colonisation. Le présent est le temps du partage, par le rééquilibrage. L'avenir doit être le temps de l'identité, dans un destin commun* ».

Le contrat social calédonien proposé dans l'Accord de Nouméa est très abstrait. Il n'a jamais été doté d'une définition claire, et ses manifestations empiriques peinent à voir le jour. Le drapeau commun n'est aujourd'hui érigé nulle part, et l'hymne calédonien toujours pas enseigné dans les écoles. Or, le contrat social est un outil pensé pour permettre aux individus de vivre en paix dans leur société. Dans la pensée moderne¹⁰, en raison du caractère central de la constitution dans les sociétés dites « développées », la fonction de contrat social lui a été attribuée. Ainsi, la constitution entendue comme pacte social incarne le lien qui unit les citoyens d'un même territoire entre eux et avec les institutions. Comme dans tout contrat, l'accord des volontés des parties est nécessaire à sa formation. Le peuple, en ce sens, peut être perçu comme résultat de la constitution, le contrat social qui la définit lui est donc imposé. Cette pensée « mécaniste » du peuple le perçoit comme *résultat* de la constitution et du contrat social qu'elle porte. À l'inverse, la pensée « relationnelle » identifie le *processus constituant* comme créateur du peuple. Dans ces deux visions opposées « l'identité constitutionnelle » est pour l'une imposée, pour l'autre choisie et déterminée par le peuple qui prend part au processus¹¹. Dans ce second cas de figure, le peuple en étant *acteur* permet la légitimité de la constitution et de ce fait du contrat social. Clairement, le contrat social calédonien actuel est issu d'une vision « mécaniste » du peuple auquel on a imposé un destin commun qu'il n'a, depuis, pas su faire vivre ni concrétiser sans doute car il n'a pas contribué à son élaboration.

Ainsi les objectifs de la transition entamée en Nouvelle-Calédonie en 1988, maintenus et enrichis en 1998, sont identifiés. Cependant, la résolution des conflits n'est pas aboutie, puisque les tensions interethniques sont toujours une réalité, les objectifs du rééquilibrage ne sont pas atteints et le destin commun peine à se concrétiser rendant la stabilité du régime impossible.

Ce constat d'échec que nous dressons est explicable par l'attention excessive portée sur le *résultat* plutôt que sur les *moyens* d'y parvenir. Par conséquent, le fait qu'une transition ait clairement eu lieu mais qu'elle n'ait pas été qualifiée ni concrètement organisée justifie cet échec. Il semble donc évident que ce sont les outils de mise en œuvre de la transition constitutionnelle qui ont manqué. En ce sens la manière dont les

acteurs politiques sont organisés et les différentes institutions qui émergent durant le processus transitionnel sont fondamentaux pour la viabilité à long terme de l'organisation de la société.

À la veille de la consultation de 2018, penser un cadre transitionnel « sur mesure » est impératif. Pour cela, il convient d'identifier les instruments essentiels de la transition constitutionnelle calédonienne, qui appuiera la légitimité et l'efficacité de la constitution et l'appropriation nationale de celle-ci ainsi que du processus constituant, pour qu'enfin un processus organisé et adapté voie le jour.

II. Les instruments indispensables de la transition constitutionnelle calédonienne

L'objectif de la transition constitutionnelle est clair : parvenir à l'élaboration d'un texte qui symbolise le nouveau contrat social et qui régulera la société. Pour y parvenir le droit international identifie les « bonnes pratiques » à respecter. La participation, l'inclusivité, l'appropriation nationale, le consensus et la transparence figurent parmi les outils incontournables des transitions constitutionnelles légitimes et durables. Pour autant, il n'existe pas de modèle standard de transition constitutionnelle, d'où le défi que représente sa mise en place. C'est pourquoi ici le projet calédonien est pensé sur des fondements théoriques étayés par la casuistique.

Les deux exemples régionaux souvent cités, Fidji et les Îles Salomon, ont connu une émancipation politique avant de s'émanciper institutionnellement. En Nouvelle-Calédonie au contraire, cette émancipation institutionnelle a commencé il y a 30 ans et n'a pas encore abouti sur une émancipation politique complète : l'indépendance. En ce sens le Caillou se démarque de ses homologues océaniques et bénéficie d'une certaine latitude pour penser son processus transitionnel. Au cœur de celui-ci doit se situer le citoyen (A). Des outils organisationnels doivent également être soigneusement établis (B).

A. Les citoyens au cœur du processus

1) La participation citoyenne ou l'éducation civique constitutionnelle

De manière générale, les transitions constitutionnelles sont de plus en plus exigeantes sur le plan démocratique. Alors que la Constitution française de 1789 fait émerger la capacité des citoyens à être des acteurs du processus constitutionnel, l'essor de la démocratie représentative qui a suivi a modifié la dynamique lancée par la transition qui s'est déroulée la même année. Au travers de la démocratie représentative, le citoyen est représenté par les gouvernants qu'il a lui-même élus.

Aujourd'hui pourtant, les processus de transitions constitutionnelles s'inscrivent dans une démarche que Raphaël Déchaux qualifie de « régressive »¹². Nonobstant une participation déjà active des citoyens au travers d'un droit électoral,

10. Issue des Lumières : Hobbes, Locke, Rousseau.

11. Dominique Rousseau, La construction constitutionnelle de l'identité des sociétés plurielles, Confluences Méditerranée, 2010, vol. 2, n° 73, p. 4.

12. Raphaël Déchaux, La légitimation des transitions constitutionnelles, dir. Xavier Philippe, Natasa Danelciuc-Colodrovschi, 2014, Monts, Présence Graphique, p. 165.

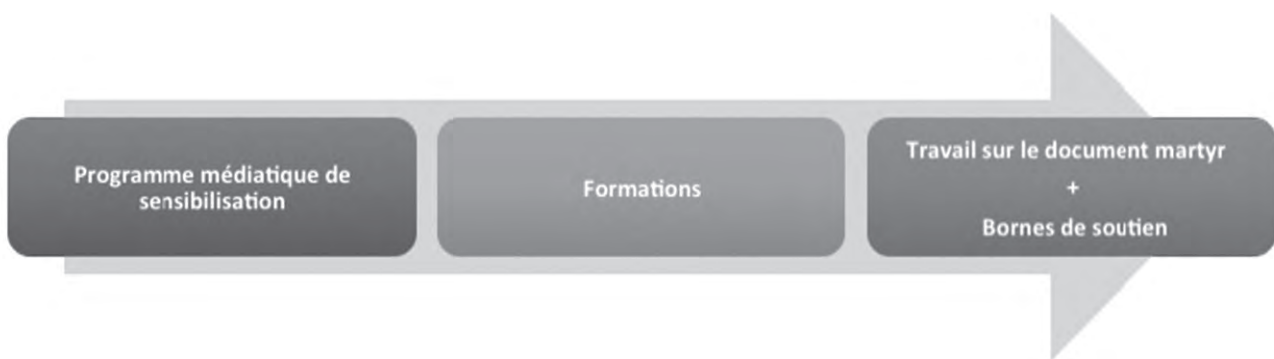
les transitions constitutionnelles vont au-delà avec une implication dynamique des citoyens dans le processus de l'écriture du texte constitutionnel. La « démocratisation du pouvoir constituant » qui semble trouver sa source dans la méfiance envers la représentativité et le parlementarisme est en effet manifeste dans plusieurs processus transitionnels. Par conséquent, la participation s'est (re)développée par opposition aux méthodes représentatives devenues déficitaires en termes de légitimité. La participation « effective » émergente implique donc la formation de la population aux enjeux du processus transitionnel pour pouvoir y participer activement. À cet égard, alors que la participation est vectrice de légitimité, l'inclusivité vise l'effectivité, nous y reviendrons. Carine David a qualifié cette phase « d'alphabétisation constitutionnelle »¹³, qualification assez explicite quant à la finalité de ce qui est entendu par « participation ».

Certains exemples contemporains en attestent, participation et légitimité vont de pair. Concrètement, cette participation peut prendre plusieurs formes et être soutenue au travers de plusieurs méthodes. En Afrique du Sud notamment, ce ne sont pas moins de 486 ateliers (pour une population d'un peu plus de 50 millions d'habitants) qui ont été organisés. Quatre millions et demi d'exemplaires du projet de constitution ont été distribués gratuitement à travers le pays, pour assurer cette participation effective¹⁴. Ainsi, trente millions de Sud-africains ont au moins entendu parler du projet. La richesse des mécanismes de participation sud-africains offre une base solide pour l'élaboration de tels instruments dans le cadre du modèle transitionnel calédonien.

Ces mécanismes pourraient se déployer en deux étapes : l'information et la formation. Dans la phase « Information » un programme de sensibilisation serait créé au travers de plusieurs instruments. En termes de supports papier, des prospectus seraient distribués gratuitement, des messages informatifs publiés dans les journaux, des affiches publicitaires placardées dans les trois provinces et des flyers informatifs envoyés dans les boîtes aux lettres. Les supports multimédias seraient également utilisés pour la diffusion de spots « publicitaires »

à la télévision et à la radio. Des émissions de courte durée seraient émises tous les jours pendant un mois de manière à ce que chacun, indépendamment de ses disponibilités, puisse entendre parler. Ces émissions seraient disponibles dans les langues les plus parlées. En parallèle, un site internet serait mis en ligne et un numéro vert créé afin de fournir un maximum d'informations sur le processus transitionnel. Tous les représentants de la société civile seraient sollicités pour transmettre l'information et organiser des ateliers en aval.

Dans un second temps la partie « Formation » pourrait être lancée. En plus de personnes ressources spécialement formées, les représentants de la société civile (religieux et associatifs) seraient sollicités pour participer à des formations pour former à leur tour le public. Par exemple, les enseignants d'histoire suivraient une formation de 2 jours sur la transition et imagineraient des ateliers à mettre en place dans leurs classes pendant une semaine pour sensibiliser leurs élèves. Les parents seraient invités à participer à ces ateliers sur une journée, idéalement offerte par les employeurs. Au niveau des zones enclavées, des citoyens volontaires pourraient suivre la formation avec les enseignants pour assister les personnes ressources lors des ateliers dans leur zone d'origine. Des ateliers et campagnes d'éducation civique seraient organisés et orientés sur des sujets tels que : le transfert de compétence, l'identité, le statut civil coutumier, le modèle économique, l'environnement, les relations internationales, etc.¹⁵. Un document martyr récapitulatif (qui synthétise les avancées et lacunes persistantes) associant l'Accord de Nouméa et la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 serait ensuite envoyé gratuitement à chaque citoyen pour qu'il en prenne connaissance et y apporte des commentaires via un bulletin-retour, un lien internet ou encore lors de groupes de travail. En parallèle des « bornes de soutien » seraient mises à disposition pour accompagner les citoyens. Le but est de toucher un maximum de personnes, quelle que soit leur situation (marginalisées, en situation de handicap, illettrées, etc.). Les citoyens doivent à l'issue de ces mécanismes participatifs avoir les clefs de compréhension et de participation au processus.



Synthèse de l'organisation du mécanisme participation.

13. Carine David, *Les transitions politiques en Mélanésie, éléments de réflexion pour la préparation du « jour d'après » en Nouvelle-Calédonie*, *op. cit.*, p. 374.

14. Michèle Brandt, Jill Cottrell, Yash Ghai, Anthony Regan, *Constitution Making Handbook*, 2015, Interpeace, p. 104.

15. Voir l'article de Mathilde Brégeon et Ruben Boume.

2) L'inclusivité, pilier de la transition multilatérale

L'inclusivité est l'étape qui découle de la participation réussie. Elle implique l'écoute et la mise en valeur des expériences de chacun pour faire état de la pluralité et représenter les communautés au cours du processus et à l'issue de celui-ci. On parle ainsi de processus multilatéral, « *qui engage toutes les parties* »¹⁶. En ce sens, veiller à l'inclusivité et à la multilatéralité du processus est un élément nodal de la phase d'organisation préliminaire de la transition. Sans inclusion, le processus risque d'être fortement compromis. Le rapport de force politique qui préexiste à la transition ne doit pas évincer une partie des participants au risque que le processus de transition ne devienne un enjeu politique, ce qui l'altérerait complètement¹⁷. La multilatéralité a également des répercussions majeures sur le centre décisionnel de la transition, nous y reviendrons.

Deux constats découlent des exemples de transitions employés : le premier est que l'inclusion est nécessaire car vectrice d'une légitimité autrement inatteignable. Pourtant souvent dans les sociétés divisées les autorités coutumières et la société civile ont été marginalisées¹⁸. Les cas où ces constituantes ont été victimes des équilibres politiques pré-transitionnels ne manquent pas. De Fidji à Tonga, sociétés pourtant marquées par un ordre coutumier établi, les autorités coutumières et la société civile n'ont pas siégé à la table des négociations lors des transitions. En excluant de la sorte une partie des acteurs, la légitimité du processus est impactée tout comme son inclusivité. Ces transitions ont donc pris une forme dite endogène¹⁹ puisque seule une partie des acteurs déjà politisés et présents dans les institutions y a participé. Aux Îles Salomon, au contraire, l'inclusivité a été telle que même la diaspora a été invitée à prendre part à la transition²⁰. Une transition exogène y a donc vu le jour : elle a impliqué des acteurs « en dehors du cadre », non politiques, et issus de l'opposition. Le deuxième constat est que malgré la légitimité permise par l'inclusivité, celle-ci n'est pas vectrice de stabilité sur le court terme²¹. En fait, plus le processus est multilatéral, plus il y aura de désaccords et d'antagonismes potentiels. Pour ces raisons, les sociétés divisées ont tendance à organiser des processus fermés, non transparents et non participatifs à des fins de « productivité ». La Nouvelle-Calédonie en est un exemple, puisque malgré l'arrivée des échéances référendaires, les décisions politiques et institutionnelles sont encore aujourd'hui confisquées

dans le sens où elles n'emploient ni inclusivité ni participation dans les affaires qui concernent la transition²².

La transition constitutionnelle envisageable pour la Nouvelle-Calédonie doit donc s'inspirer de ces exemples et contre-exemples et adopter une forme exogène plutôt qu'endogène pour en assurer l'inclusivité. Au vu de la multitude d'acteurs de la scène calédonienne et de l'histoire tragique qui a vu Jean-Marie Tjibaou et Yeiwéné Yeiwéné être assassinés par Djubeli Wéa, il est clair qu'une transition constitutionnelle calédonienne devrait suivre un modèle exogène pour qu'aucun groupe ne se sente lésé. À cet égard les factions minoritaires des deux bords politiques (Front national ou Parti travailliste par exemple) doivent faire partie du processus. Dans l'organisation d'une transition calédonienne, cette composante inclusive doit donc être très minutieusement respectée. En effet, aujourd'hui le représentant institutionnel du peuple kanak, le sénat coutumier, peine à gagner en légitimité et en influence. Par conséquent il ne peut pas être le seul représentant de la communauté kanak. De même les autres communautés présentes en Nouvelle-Calédonie (wallisienne, vietnamienne, indonésienne, polynésienne, etc.) ne sont à ce jour pas représentées. Une organisation par représentation communautaire serait donc inappropriée. Pour ces raisons, le mécanisme « inclusivité » de la transition constitutionnelle calédonienne pourrait procéder comme suit :

Des groupes de travail par thème appelés chacun Groupe de Travail Transitionnel (GTT), seraient constitués dans chaque commune pour se regrouper sur une base bi-mensuelle. Ils seraient composés des citoyens volontaires pour y prendre part. Chaque groupe de travail aurait ainsi la responsabilité d'élaborer des suggestions d'amélioration, en accord avec leurs aspirations. Chaque groupe thématique désignerait deux représentants. Ces derniers seraient amenés à se regrouper dans un « super » groupe de travail dudit thème appelé Comité Citoyen Transitionnel (CCT). Au sein du CCT serait mis en commun le travail de chaque GTT avec l'assistance d'un ou plusieurs experts. Ces derniers auraient pour vocation d'assister les représentants dans la réalisation d'un document commun de travail qui serait présenté à l'organe central décisionnel appelé Assemblée Centrale Transitionnelle (ACT). Ainsi, l'ACT²³, qui a eu connaissance des commentaires concernant le 1^{er} document martyr peut rédiger une première version du texte incluant les avis et commentaires des citoyens.

16. Larousse.

17. Magalie Besse, *L'écriture multilatérale des Constitutions, facteur de réussite des transitions démocratiques*, *op. cit.*, p. 116-117.

18. Kenneth Brown, *Customary Law in the Pacific : An Endangered Species ?*, *Journal of South Pacific Law*, 1999, vol. 3.

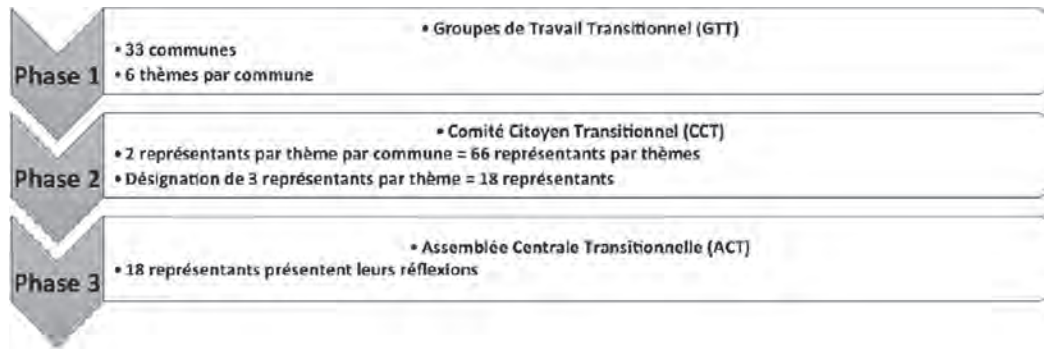
19. Magalie Besse (2014, 121-122) distingue les transitions endogènes des transitions exogènes. Les transitions endogènes sont le fruit du travail d'une faction d'acteurs seulement. Ces acteurs, déjà politiquement impliqués et plus ou moins reconnus ont à leur portée des moyens institutionnels similaires, ce qui engendre une situation plutôt symétrique. Dans ces cas, un centre unique de décision doit être établi pour éviter une compétition interinstitutionnelle. Une telle transition prendrait place en Nouvelle-Calédonie si le gouvernement et le sénat coutumier s'opposaient au cours du processus, par exemple.

20. Carine David, *Les transitions politiques en Mélanésie, éléments de réflexion pour la préparation du « jour d'après » en Nouvelle-Calédonie*, *op. cit.*, p. 378.

21. Jill Cottrell, Yash Ghai, *Constitutional engineering and impact : the case of Fiji*. *Constitutionalism and political reconstruction*, dir. Said Amir Arjomand, Brill, 2007, p. 159-192.

22. Les ateliers participatifs organisés pour le Code de l'environnement de la province des Îles, pour le Code de la santé de Nouvelle-Calédonie et pour le projet éducatif ne sont pas selon nous constitutifs de la transition entendue ici.

23. Dont la composition est discutée dans la partie suivante.



Organisation du mécanisme d'inclusivité.

La participation citoyenne et l'inclusivité impliquent un processus qui se veut *de facto* transparent. La transparence est également un vecteur de légitimité du processus transitionnel et doit donc en ponctuer chaque étape. C'est pourquoi il est nécessaire d'assurer une communication permanente sur les projets élaborés pendant les réunions des différents groupes de travail et sur les réunions elles-mêmes au travers de comptes-rendus. Les bornes d'assistance mises en place dans le cadre des mécanismes de participation sont des outils qui permettent de rendre l'information intelligible à tout moment.

Lorsque la participation et l'inclusivité sont mises en œuvre et que la transparence est un maître mot du processus, unification et appropriation nationale émergent. Pourtant, il est encore nécessaire d'établir un centre décisionnel central, lieu de consensus, et d'établir un échancier, éléments sans lesquels le processus reste inachevé.

B. Centre décisionnel et outils organisationnels

La participation et l'inclusion des citoyens permettent de légitimer le processus en le rendant accessible et lisible. Il reste néanmoins à établir les outils concrets de la transition : l'organisation de la structure décisionnelle, cœur du consensus, et de l'échancier.

« Le premier mécanisme constitutionnel pour faire vivre ensemble des communautés différentes se situe en amont de la constitution, dans la délibération constituante qui doit être patiente, qui peut être conflictuelle mais qui engage une logique de relations intersubjectives porteuse de consensus »²⁴.

1) Structure décisionnelle et désignation des représentants : les outils du consensus

La structure décisionnelle de la transition est centrale pour sa réussite, en particulier dans le contexte multilatéral calédonien. Du déroulement, de la participation et de l'inclusivité découlent le fond et la forme de la structure décisionnelle. Elle peut être une conférence nationale comme au Bénin, un congrès

constitutionnel associé à un organe de conseil comme aux Salomon ou une assemblée constituante comme en Afrique du Sud. Ces exemples – perçus comme des succès en termes de transition constitutionnelle – démontrent qu'un cercle unique et central qui regroupe tous les acteurs est nécessaire. C'est en son sein que les décisions principales sont prises et de ce fait, ce doit être un organe exclusivement politique sans attribution normative²⁵.

Pourtant, il ne faut pas considérer que la structure décisionnelle sera à elle seule un gage de l'effectivité et du maintien du multilatéralisme du processus²⁶. En effet, l'une des menaces au multilatéralisme est la tendance à vouloir adopter un mode de désignation démocratique au sein de ces instances décisionnelles. Le suffrage universel direct par exemple, aura tendance à exclure plutôt qu'à inclure certains acteurs du processus. La démocratie doit ainsi être comprise comme « un esprit qui n'est ni majoritaire, ni participatif et qui repose sur la tolérance plus que sur celle de la représentation mathématique des intérêts particuliers »²⁷.

Les modes de scrutins démocratiques ne doivent pas être particulièrement privilégiés dans la constitution du groupe qui siège au comité décisionnel central. En fait, l'élection a tendance à saper les tentatives de multilatéralisme, le choix des membres de l'organe décisionnel doit donc se baser sur leur représentativité²⁸. Comme l'explique Magalie Besse, « la crédibilité de la composition [de l'organe] ne repose pas sur la validation populaire mais sur l'accord des membres reconnus de l'opposition de l'intégrer »²⁹.

Le consensus est alors permis par la structure décisionnelle et le mode de désignation qui y est adopté. Il s'agit d'atteindre des solutions intégratives et des accords « gagnant-gagnant » : les différents acteurs de la négociation obtiennent une partie de leurs réclamations et acceptent d'en concéder d'autres pour que chacun y trouve son compte. Arriver au consensus implique une volonté affirmée des parties de parvenir à un accord, d'accepter de « gagner moins pour gagner avec les autres » et donc de dépasser la logique de domination ou d'affrontement³⁰.

24. Dominique Rousseau, La construction constitutionnelle de l'identité des sociétés plurielles, *op. cit.*, p. 3.

25. Magalie Besse, L'écriture multilatérale des Constitutions, facteur de réussite des transitions démocratiques, *op. cit.*, p. 376.

26. *Ibid.*, p. 129-131 ; Carine David, Les transitions politiques en Mélanésie, éléments de réflexion pour la préparation du « jour d'après » en Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*, p. 370.

27. Carine David, Les transitions politiques en Mélanésie, éléments de réflexion pour la préparation du « jour d'après » en Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*, p. 375.

28. *Ibid.*, p. 376.

29. Magalie Besse, L'écriture multilatérale des Constitutions, facteur de réussite des transitions démocratiques, *op. cit.*, p. 129-130.

30. *Ibid.*, p. 125-127.

Des éléments présentés et organisés en amont peut découler un sentiment d'interdépendance, de destin lié de la part des acteurs, ce qui est un terrain propice au consensus.

En Nouvelle-Calédonie, l'Assemblée Centrale Transitionnelle (ACT) serait donc notre structure centrale décisionnelle. Elle serait constituée du Comité Citoyen Transitionnel (CCT) présenté plus haut, des représentants de *tous* les partis politiques, d'experts de la transition constitutionnelle invités tels que Yash Ghai ou Xavier Philippe, ainsi que d'experts en libertés fondamentales tels que le président de la Ligue des droits de l'homme, des professeurs d'université, des experts de l'ONU par exemple et tout autre expert opportun, selon le thème abordé. L'ACT aurait un rôle décisionnel, elle arrêterait chaque projet de texte avant de le soumettre à nouveau aux GTT pour avis. Enfin, lorsque la navette transitionnelle arrive à son terme, c'est cette même assemblée qui trancherait et rédigerait le texte final.

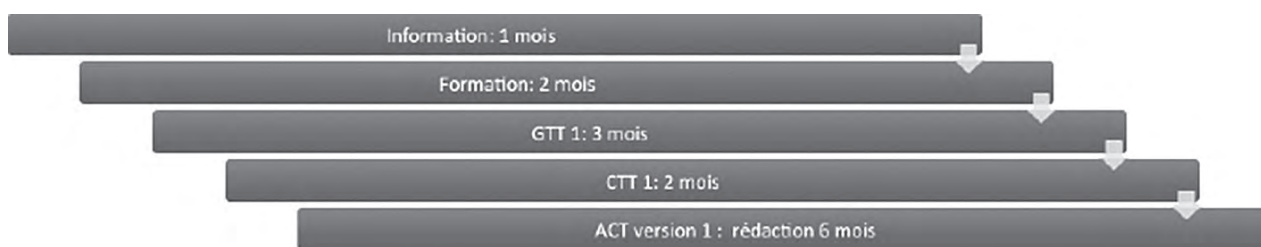
2) La nécessité d'un échéancier : entre rigueur et adaptabilité

Un dernier outil organisationnel central est l'échéancier³¹. Sans qu'il ne soit trop contraignant ou trop souple, il permet de poser les bases du processus et d'identifier les points difficiles à surmonter. Puisque l'échéancier représente l'encadrement de tout le processus présenté ci-avant, il prend souvent place sur une durée assez étendue. Les négociations, en particulier peuvent

être « *longues et chaotiques [...] hautement volatiles et sujettes, à des moments imprévisibles, de débordements émotionnels* »³². L'échéancier devra donc également être malléable et adaptable au processus transitionnel.

De plus, en raison du contexte dans lequel la présente transition est pensée³³, la spécificité de la temporalité mélanésienne doit impérativement faire l'objet d'une attention particulière. Comme l'illustre l'exemple salomonais échelonné sur 13 ans, cette temporalité confirme la place de la discussion et du consensus dans les valeurs fondamentales mélanésiennes.

L'échéancier imaginé pour la Nouvelle-Calédonie est constitué de plusieurs stades. L'information et la formation, phases décrites en II A 1 se dérouleraient sur 3 mois. Laisseraient place aux réunions du GTT puis du CTT pour mener à celle de l'ACT. Cette phase est décrite en II A 2 et se déroulerait sur 5 mois. Il est alors imaginé que l'ACT prendrait environ 6 mois pour rédiger la Version 2 du texte qui serait subséquemment soumis de nouveau aux GTT et CTT. La phase initiale serait ainsi de 14 mois. Les phases suivantes de commentaires sur les versions seraient de 11 mois d'après ce modèle. Le nombre de phases nécessaires pourrait être déterminé à l'issue des 2 premières phases, en fonction de leur déroulement. Ce modèle, qui ne se veut aucunement contraignant ni arrêté serait évidemment malléable en fonction des besoins et difficultés rencontrées aux différentes étapes du processus.



Structure type d'un « stade » de la transition constitutionnelle.

• • • • •

Conclusion

Pour atteindre le destin commun calédonien prôné par l'Accord de Nouméa, il est aujourd'hui nécessaire d'adopter une attitude proactive. Élaborer une méthode transitionnelle qui soit effective est un premier pas vers cette concrétisation. Le nouveau texte visant à régir la société calédonienne de demain ne saurait mettre à l'écart les principaux concernés pour être totalement légitime. Ainsi, les quelques outils présentés dans cette modeste étude constituent les gages d'une transition constitutionnelle acceptable par tous puisque construite par tous. Pour franchir le pas, il convient finalement de se demander s'il est plus important d'attendre l'issue du référendum pour penser la Calédonie de demain, ou s'il n'est pas préférable de travailler ensemble aujourd'hui pour une construction durable.

31. Michele Brandt, Jill Cottrell, Yash Ghai, Anthony Regan, *Constitution Making Handbook*, *op. cit.*, p. 277.

32. Magalie Besse, *L'écriture multilatérale des Constitutions, facteur de réussite des transitions démocratiques*, *op. cit.*, p. 125.

33. Carine David, *Les transitions politiques en Mélanésie, éléments de réflexion pour la préparation du « jour d'après » en Nouvelle-Calédonie*, *op. cit.*, p. 381.

■ Repenser la place du peuple

Ruben Boume
Mathilde Brégeon

Master Droit et Management en Nouvelle-Calédonie

Résumé

Quelle est la place du peuple dans le processus actuel de réflexion sur l'avenir institutionnel en Nouvelle-Calédonie ? Opposant le caractère exclusif de la citoyenneté calédonienne à la nécessaire inclusivité du processus transitionnel en cours, les auteurs de ce texte émettent des propositions afin de démocratiser le processus d'élaboration du prochain cadre institutionnel qui interviendra à l'issue de l'application de l'Accord de Nouméa. Éducation citoyenne et inclusivité sont les fils conducteurs de cette implication du peuple dans l'élaboration du contrat social calédonien.

Abstract

How do people fit into the present thinking process about the institutional future of New Caledonia ? Putting themselves between the exclusive right of Caledonian citizenship and the fundamental inclusive nature of the transitional process under way the authors of the article put forward proposals which would render more democratic the development of the future institutional framework deemed to take effect at the end of the Noumea Agreement. Citizen education and inclusiveness are the leads of the people role and involvement in the making of a Caledonian social contract.

* * *

« Une multitude d'hommes devient une seule personne quand ces hommes sont représentés par un seul homme ou une seule personne, de sorte que cela ne se fasse avec le consentement de chaque individu singulier de cette multitude. Car c'est l'unité de celui qui représente, non l'unité du représenté, qui rend une la personne »

Hobbes, Léviathan

Le sujet que nous souhaitons traiter est la place du peuple aujourd'hui dans le processus de transition constitutionnelle en Nouvelle-Calédonie.

C'est à deux mains que nous écrivons cet article. Deux mains qui symbolisent la parité : homme/femme ; citoyen/non-citoyen ; deux jeunes aux aspirations politiques différentes. Cet essai, écrit

sans prétention aucune, est avant tout l'aboutissement commun d'une vision partagée, construite dans le dialogue et l'échange, menée dans la réflexion de l'avenir que nous vivrons ensemble.

La transition constitutionnelle implique de faire des choix : en matière de conception de la transition, en matière de mise en œuvre, en matière d'organisation et de place du peuple dans la transition. Il nous faut rappeler qu'une transition constitutionnelle, c'est avant tout un épisode collectif au sein duquel « le droit est appelé à jouer un rôle reconstructif »¹. On notera qu'une transition dans un contexte apaisé ne s'opère pas de la même manière que dans un contexte de crise. Et que « la transition ne se satisfait pas du vide et de l'inaction. Il s'agit là de l'un de ses plus grands ennemis qui risquerait de la faire retomber dans la situation antérieure de crise »².

Aussi, une « transition démocratique s'inscrit dans un double environnement [celui] de l'accomplissement d'une logique de démocratisation propre à la transition, mais également la résultante d'une dynamique politique et sociale spécifique »³.

Jean-Marie Tjibaou insistait sur le fait que le jour le plus important pour la Nouvelle-Calédonie ne serait pas celui du jour du référendum, mais celui du jour d'après. Ce qui soulève la question de la place du peuple dans cette transition, de sa participation sur l'avenir du système juridique calédonien. Comment peut-on faire société ensemble et construire ensemble ?

Aujourd'hui, dans le système de la V^e République, la place du peuple est pensée selon le modèle de démocratie représentative. Or, cette démocratie est en crise : abstention massive, rejet de la politique, désengagement de la jeunesse...

En Nouvelle-Calédonie, nous sommes à l'aube d'échéance électorale (1 an) qui mérite d'interroger quelle démarche serait la plus pertinente pour rendre légitime et effective la solution issue des urnes. Aussi, se pose la question de repenser la place du peuple dans le processus de transition calédonienne.

I. Le peuple et ses représentants

Les élus, qualifiés de représentants du peuple, sont l'expression de la démocratie. Ils sont pour cela issus du peuple, désignés par le peuple, afin de le représenter. Néanmoins, il est important

1. Xavier Philippe, Tours et contours des transitions constitutionnelles, essai de typologie des transitions, in « Transitions constitutionnelles et constitutions transitionnelles – quelles solutions pour une meilleure gestion des fins de conflit ? », Institut Universitaire Varenne, 2014, Coll. Transition et Justice, p. 15.

2. *Ibid.*

3. J.-P. Massias, Les incidences du processus de pacification sur l'écriture constitutionnelle, in « Transitions constitutionnelles et constitutions transitionnelles – quelles solutions pour une meilleure gestion des fins de conflit ? » Coll. Transition et Justice, *op. cit.*, p. 27.

de souligner que la notion de peuple est un concept aléatoire voire non défini.

Toutefois, la place du peuple revêt un caractère constitutionnel fort, d'un cadre juridique ancré dans « la citoyenneté » et dotée d'un outil puissant : le vote.

A. Le « peuple », un concept aléatoire

On notera que la transition en Nouvelle-Calédonie s'effectue sur un concept de peuple, inscrit dans l'Accord politique cadre de la Nouvelle-Calédonie et à valeur constitutionnelle au sein de la République française. Cependant, le terme de peuple n'a pas réellement de définition claire et précise. Il faut donc parvenir, même si l'on s'accorde sur l'idée que ces imperfections existent et subsistent, à entreprendre un travail important, sur des bases juridiques claires car constitutionnelles mais ne répondant pas forcément à la réalité du terrain.

1) Une notion complexe

Le peuple est inscrit dans la Constitution de 1958, il détient la souveraineté nationale, ce qui nous oppose aux régimes despotiques où la souveraineté n'est détenue que par un seul homme. En ce sens, la Constitution de la V^e République ne s'est pas voulue énigmatique vis-à-vis de la place dont bénéficie le peuple au sein de la République et société française.

Le principe (issu de la révolution française) est donc que la souveraineté de la Nation réside dans le peuple qui « l'exerce par la voix de ses représentants et du référendum » (art. 3). Ainsi, la définition bien connue « le gouvernement du peuple... reste vraie » : « le gouvernement du peuple, par le peuple, pour le peuple ».

De plus, l'article 4 revient sur l'organisation de la démocratie représentative, en indiquant que « les partis et les groupements politiques concourent à l'expression du suffrage », et en affirmant que « la loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation ».

Cette relation entre les partis et groupements politiques et le peuple doit se faire dans le respect des principes liés à la souveraineté nationale et à la démocratie. Toutefois, nous verrons que sa mise en pratique est en crise.

Cependant, la notion de peuple est encore aujourd'hui une notion abstraite. Bien qu'elle ne soit pas dénuée de sens, et qu'elle soit utilisée fréquemment juridiquement, son contenu souffre d'un manque de clarté dans la délimitation de son périmètre, et ce en raison de l'absence de définition claire et précise.

Étymologiquement, du latin « *populus* », le « peuple » fait référence soit au peuple en tant que communauté vivant sur un même territoire, ou par extension une communauté unie par des caractéristiques communes (comme la culture, les mœurs, les us et coutumes, la langue...). Soit, le peuple peut être associé à celle des citoyens d'un État qui constitue une nation. En ce sens, le concept de « peuple » ou de « citoyen » apparaît complexe.

En définitive, il ressort que la notion de « peuple » semble davantage correspondre à la volonté de vivre ensemble, de construire et de participer à un présent et futur commun, qu'à une

définition juridique. En d'autres termes, le peuple ne s'explique pas par la théorie, il répond à une réalité concrète. Cette notion doit se vivre, et créer un sentiment d'appartenance à un groupe. De la même manière que la coutume se pratique et participe à l'identité kanak.

Ainsi, la notion de « peuple » apparaît comme étant davantage subjective. C'est en cela qu'elle est livrée à l'interprétation de tout un chacun et notamment de la sphère politique. Sur le territoire calédonien, le fossé entre l'interprétation populaire et l'interprétation politique se creuse.

Pour autant, la question qui se pose est de savoir comment construire quelque chose qui n'est pas clairement défini. Pourrait-on réellement l'assimiler à l'*affectio societatis*⁴ en droit des sociétés qui renvoie à la volonté de l'ensemble des associés de créer en commun une entreprise commune ? Faut-il se sentir peuple pour construire un contrat social et participer à la construction du bien-être de la société ? On notera que la diversité du territoire calédonien est encore aujourd'hui un chantier colossal pour constituer une unité nationale.

2) Un peuple en manque d'unité nationale

Ainsi, lorsque le Préambule de l'Accord de Nouméa pose comme base l'existence en Nouvelle-Calédonie d'un peuple autochtone qui est identifié comme étant le peuple kanak, accompagné « d'autres communautés » ayant participé en tant que victimes de l'Histoire à la construction de la Nouvelle-Calédonie, il présente la société comme plurielle, en identifiant le peuple kanak, et les autres communautés.

Ainsi, lorsque l'on parle de peuple calédonien, il est évident que l'on ne parle pas d'une partie du peuple mais de l'ensemble des individus durablement installés sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie. L'interprétation politique qui aurait dû être inclusive s'est transformée par les débats politiques en un partage, une scission, une opposition. Il en est de même avec le terme kanak. Pierre Declercq déclarait : « Le terme kanak ne désigne pas une ethnie, ni une race. L'objectif d'une société kanak signifie la construction d'un peuple multiracial, solidaire et fraternel. Cela ne veut pas dire que la future société sera entièrement mélanésienne »⁵. Aujourd'hui, le terme « kanak » est appréhendé de manière exclusive, en le réservant aux Mélanésiens.

Rappelons ici que la dimension politique a une place prépondérante en Nouvelle-Calédonie puisqu'elle impacte fortement le contexte actuel de la préparation des échéances à venir, mais également dans l'élaboration des projets de société qui interviendront plus tard.

Cependant, dans le contexte calédonien, il est important de revenir sur une notion qui est au cœur du débat, à savoir la liberté des peuples à disposer d'eux-mêmes. En ce sens, la résolution onusienne 2625 énonce que « Tout État a le droit inaliénable de choisir son système politique, économique, social et culturel sans aucune forme d'ingérence de la part d'un autre État ». Ce qui se confirme avec l'article 218 de la loi organique de 1999 en ce qu'une partie de la population sera consultée et devra s'exprimer, sans que les autres composantes de la société ne puissent le faire.

4. Article 1832 du Code civil : L'affectio societatis est un critère fondamental de la création et de l'existence d'une société.

5. Pierre Declercq, cité in : <http://madoy-nakupress.blogspot.com/2011/07/un-rendez-vous-avec-lhistoire-le.html>.

Ce qu'il nous faut comprendre ici est que la place du peuple, telle qu'elle a été pensée au départ faisait écho à la qualité de citoyen calédonien. Citoyen légitime par son vote dans l'avenir commun du pays et qui participera dès lors à rendre effective la décision prise.

On s'est retrouvé d'accord politique en accord politique face à des concessions, des interrogations, notamment, sur la citoyenneté qui semble « *cadénasser* » l'avenir de tout un chacun et qui donne surtout l'impression de laisser à une seule partie de la population le droit de choisir son avenir, en méconnaissant l'opinion de ceux qui ne pourront prendre part aux débats, parce qu'ils ne remplissent pas les conditions nécessaires pour voter.

B. Une démarche exclusive

Pour autant, d'un point de vue niveau juridique, il est complexe de dire que le peuple kanak est forcément citoyen de la Nouvelle-Calédonie. Cela s'est vérifié lorsqu'il a fallu constituer la liste électorale référendaire⁶. Ce qui a eu pour conséquence, d'alimenter sur les dix dernières années les clivages, et ce malgré la richesse culturelle singulière du pays.

Dès lors citoyenneté calédonienne rime avec responsabilité.

Pour rappel, si le contexte post-événements de 1988 ayant vu se succéder les accords de Matignon-Oudinot ou encore l'Accord de Nouméa relève d'un pari sur l'avenir, il apparaît que la population calédonienne voit l'ombre de la poignée de main historique entre Jacques Lafleur et Jean-Marie Tjibaou planer au-dessus de sa tête, obligeant d'une certaine manière une génération entière à faire un nouveau pari, celui sur elle-même.

1) Une citoyenneté exclusive

En effet, aujourd'hui encore si la citoyenneté et le droit de vote continuent de poser questions et polémiques, c'est parce qu'une partie de la population calédonienne n'est pas conviée à s'exprimer sur l'avenir du Territoire.

Pour être clair et concis, le droit de s'exprimer par le vote est une liberté fondamentale, le fait qu'elle fasse défaut à une partie de la population, ce qui est compréhensible pour certains d'un point de vue historique et d'un point de vue juridique, et ce en raison du statut « *sui generis* » de la Nouvelle-Calédonie, ne l'est pas pour tout le monde.

L'exercice de la citoyenneté et la question de la composition du corps électoral apparaissent comme étant exclusifs. Il convient de souligner que ce point de vue pourrait être l'objet d'un « ping-pong » empêchant d'atteindre le consensus. Ou *a contrario* c'est le point ultime de consensus dans le processus que nous vivons. Les difficultés qui apparaissent à l'aube de la première échéance référendaire ont entraîné des interventions politiques pour essayer de les régler. Des efforts politiques ont tenté par un consensus politique de recréer de l'unité. La question des inscriptions automatiques des natifs sur la liste électorale référendaire a ainsi

fait l'objet d'un accord politique lors du comité des signataires du 2 novembre 2017.

À l'heure actuelle, il apparaît que la question de la citoyenneté inclusive n'est toujours pas réglée à quelques mois de la première échéance référendaire. Ce qui démontre qu'il n'est pas chose aisée de faire converger les opinions.

L'idée n'étant pas de tirer la sonnette d'alarme et d'utiliser la politique de la peur. Mais plutôt de constater la multitude de modèles de citoyenneté qui existent dans le monde et qui devraient nourrir nos réflexions pour satisfaire l'ensemble des parties.

Par exemple, il est intéressant de constater que nos voisins Fidjiens qui ont longtemps été en proie à une segmentation de leur société, avaient souhaité en finir avec ces distorsions, en mettant en avant l'idée d'opérer une refonte de la Constitution fidjienne dans un but, celui de faire changer leur société, en changeant par exemple le mode de scrutin ou les règles relatives à la citoyenneté. On notera, qu'il fût un temps à Fidji où le vote et les listes électorales se faisaient par ethnies, et qu'aujourd'hui il existe une nationalité fidjienne au sein de laquelle les *I Tauke* représentent la partie mélanésienne de Fidji au même titre que les autres, ce qui rend une unité.

Cependant, si l'on s'évertue à vouloir repenser la société calédonienne, il faudra nécessairement que les citoyens fassent entendre leurs voix pour consolider leur identité.

La citoyenneté et l'identité sont deux notions essentielles qui permettent de mettre l'accent sur l'importance de créer une unité nationale sur les bases posées par l'Accord de Nouméa, à savoir la prise en compte du caractère pluriculturel de la société.

2) Le vote, outil de légitimation

Force est de constater que le vote apparaît dans la démocratie et au sein de la Constitution comme l'une des manifestations les plus pures du citoyen. Notre propos ici ne sera pas de réaliser une critique-analyse du bien-fondé ou non de laisser une majorité décider pour une minorité, mais plutôt d'insister sur le fait que le droit français laisse une place prépondérante au vote.

Le vote est un droit avant d'être un devoir⁷. « *Cette lutte pour l'accès aux droits civils et politiques fait du suffrage, conçu comme un droit individuel, le symbole de la citoyenneté. Un véritable cérémonial s'y attache : on vote le dimanche, dans un lieu public transformé en bureau de vote pour l'occasion, grâce à des instruments : l'isoloir et l'urne qui revêtent eux aussi une dimension symbolique* »⁸.

La conception traditionnelle de la participation politique tient dans ces quelques mots : elle se résume et s'épuise avec la participation du citoyen au vote. Pour Pierre Rosenvallon, « *le vote est la forme la plus visible et la plus institutionnelle de la citoyenneté* »⁹.

Aussi la montée de l'abstention est perçue comme un signe de l'affaiblissement de la vie démocratique française et de ses institutions. Mais « *l'abstention ne témoigne pas nécessairement d'un rejet en bloc du système politique* »¹⁰.

6. http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/document/document/2017/11/xvie_comite_des_signataires_de_laccord_de_noumea_-_releve_des_conclusions.pdf.

7. Claude Bartelone, Michel Winock, « Rapport du groupe de travail sur l'avenir des institutions - Refaire la démocratie », Assemblée nationale, n° 3100, 2015, p. 61.

8. Claude Bartelone, Michel Winock, *ibid.*

9. Pierre Rosenvallon, « Le mythe du citoyen passif », *Le Monde*, 19 juin 2004.

10. Claude Bartelone, Michel Winock, *ibid.* p. 64.

L'analyse que l'on retire du contexte calédonien, mise en lumière avec nos précédents propos, apparaît alors problématique. D'autant plus que les dernières élections sur le « Caillou » ont vu se succéder des taux d'abstention de plus en plus élevés. Pour reprendre la formulation d'Anthony Tutugoro : « *En cette période électorale présidentielle et législative 2017, les taux d'abstention ont encore rivalisé avec les hauteurs du Mont Panié en Nouvelle-Calédonie (entre 60 et 68 %)*¹¹ ».

De ce fait, aujourd'hui si la citoyenneté et le droit de vote sont reconnus à l'ensemble de la population, il faut comprendre qu'il a fallu du temps, et qu'il en faudra encore plus pour construire une unité nationale.

Ce qu'il faut comprendre ici, et en lien avec ce que l'on vient d'énoncer, la Nouvelle-Calédonie est face à de nombreux défis qu'elle devra surmonter, et ce à la veille d'une échéance électorale importante pour le devenir de la société. L'un de ces défis que nous allons traiter ici est la question de la participation inclusive qui vise à pallier les problèmes posés par une citoyenneté exclusive.

II. La participation citoyenne, une démarche inclusive nécessaire à la paix

Aujourd'hui, dans le cadre des transitions constitutionnelles ou institutionnelles, la tendance s'est bien développée dans l'intégration de mécanismes à large participation « *afin d'éviter que la constitution ne se borne en fin de compte qu'à répartir le butin entre factions concurrentes et afin qu'une nouvelle constitution ait davantage de chance de jouir d'une grande légitimité populaire* »¹².

Le processus en Nouvelle-Calédonie est le fruit d'intenses négociations dominées par la classe politique et menées en grande partie à huis-clos et non le résultat structuré d'une démarche participative. On notera qu'une participation large et représentative est susceptible de conduire à l'implication de nouveaux acteurs et de rendre l'issue de ces négociations encore moins prévisibles.

A. Nécessité d'une participation inclusive et éducative

Cette démarche participative, citoyenne, se doit d'être inclusive pour que la transition opérée et son résultat soit effectif car empreint d'une forte légitimité. Sans la participation de l'ensemble de la société à la construction du projet de société se pose la question de comment faire société ensemble ? Et sans la formation et l'éducation des participants aux tenants et aboutissants du processus, comment concrétiser le projet de société ?

1) Enjeux et impacts d'une participation inclusive

Il faut, comme expliqué précédemment, aller au-delà des contingents électoraux, cesser d'opposer ceux ayant le droit de vote de ceux ne l'ayant pas et élargir la notion de citoyenneté à tout

être participant à la vie en société, à la vie de la société, à l'avenir de la société calédonienne. Pour cela, il s'agit bien de penser aux populations, à la manière de les faire participer, de recueillir leur avis, et non de compter uniquement sur les groupes préétablis.

La démarche participative inclusive dans le processus calédonien, c'est permettre à l'ensemble des groupes, sous-groupes, individualités, qui composent cette société plurielle et divisée de s'impliquer et de s'engager dans la construction du jour d'après. Interroger cette diversité, c'est également donner des indications aux politiques sur les questions qui vont dominer le processus, et son après.

Cependant, il n'est pas aisé d'évaluer l'impact de la participation citoyenne. De fait, les opinions individuelles sont traduites lors du vote dans l'isoloir. « *Cet acte à la fois public et secret est artificiellement institué par l'isoloir dont le rideau protecteur, dissimulant aux regards, donc au contrôle d'autrui, le choix effectué, crée, avec l'urne où sera glissé le bulletin choisi, les conditions matérielles de l'expression invisible, incontrôlable, invérifiable d'une opinion dite personnelle* »¹³. En effet, aucun lien ne peut être fait entre la personne votant et sa participation dans le processus.

Toutefois, on notera des impacts dans la procédure, on pourra mesurer certains effets induits par une démarche participative inclusive. Ainsi, les impacts qu'offre la participation citoyenne, et qui demeurent évaluables, sont :

- de mesurer l'unité ou la désunion face à un projet de société commun ;
- de rendre légitime ce projet par son aptitude à répondre aux questions sociétales ;
- de comprendre les rouages des institutions en donnant la possibilité au peuple d'évaluer les politiques et les propositions des politiques ce qui revient à considérer ses effets sur la conscience des populations (collective et individuelle).

Par exemple, lors de la révision constitutionnelle de l'Afrique du Sud en 1996, 30 millions de personnes (soit les $\frac{3}{4}$ de la population de l'époque) avait entendu parler de la révision en cours, et ce grâce à une démarche hautement participative. Sur cette masse totale de personnes environ 20 millions avaient intégré qu'ils pouvaient faire une proposition de modification et que leur avis pouvait être pris en compte.

On notera que l'impact dépendra de l'approche qu'adoptera l'organe décisionnel dans le cadre de la transition. Il se peut qu'il ne tienne pas compte de l'analyse et du point de vue des citoyens. Tout dépendra de l'importance qu'il y accordera. Ce point est d'ailleurs souvent mis en lumière par les citoyens eux-mêmes dans le processus. Il est lié avec celui de transparence¹⁴. On pourra prendre en exemple le cas du Kenya où les organes de décision, qui étaient des organes indépendants des pouvoirs publics, se sont engagés dans une large consultation publique et ont ensuite analysé les opinions émises par les citoyens pour les prendre en compte dans la rédaction finale de la Constitution.

11. Anthony Tutugoro, « Politiser la jeunesse kanak », *Multitudes* 2017/3 (n° 68), p. 185-195.

12. Michele Brandt, Jill Cottrell, Yash Ghai, Anthony Regan, « Le processus constitutionnel : élaboration et réforme - Quelles options ? », éd. Interpeace, 2015, p. 10.

13. Pierre Bourdieu, « Le mystère du ministère [des volontés particulières à la « volonté générale »] », *Le seuil, actes de la recherche en sciences sociales* 2001/5 n° 140 p. 8.

14. À ce sujet, voir Scarlett Mitran, Chloé Herubel, Laetitia Voirin, « 2018 ou la fin de l'Accord de Nouméa : quel modèle de transition pour la Nouvelle-Calédonie ? », dans ce dossier spécial.

Au contraire, en Afghanistan, les décideurs étaient pour l'essentiel des dirigeants politiques et les opinions recueillies n'ont globalement pas été prises en considération dans le texte final.

On notera qu'un large processus de consultation, de participation, permet certaines fois de « réduire le risque ». En effet, en associant la population au processus et ce dès le début, on permet d'éviter à cette dernière de « découvrir malencontreusement » qu'un accord devient caduc, ou *a contrario* qu'un nouvel accord vient d'être conclu. La large participation permet ainsi d'éviter ces mauvaises surprises qui peuvent avoir dès lors comme conséquence de miner le processus en cours.

« La participation de la population au processus permet de contrer rapidement ces coups bas »¹⁵.

Ainsi, on s'accorde aujourd'hui à reconnaître que la plupart des objectifs d'un processus de transition constitutionnelle et institutionnelle, tels que la promotion de la réconciliation, le renforcement de l'unité nationale, l'élargissement du programme social et économique ne peuvent être atteints en l'absence de participation citoyenne.

Il faut dès lors brosser le tableau de la société avec toutes ses divisions, ses sous-groupes et ses institutions afin d'en faire un vrai/réel/concret événement national où chacun a voix au chapitre. Il y a une réelle nécessité d'être inclusif dans la démarche. Aussi devraient être consultés/associés dans le processus :

- Les organisations formelles et informelles ;
- Les instances décisionnelles et non décisionnelles ;
- Les groupes, sous-groupes, minorités (ethniques, religieuses, linguistiques, culturelles...) ;
- Des espaces de dialogues pour individualités (pour rappel, les femmes sont souvent exclues des démarches participatives si elles n'intègrent que les groupes ethniques, car il leur est difficile de lier rôle traditionnel et participation de la même façon que les hommes) ;
- Les non-ressortissants ou/et ceux n'ayant pas le droit de vote ;
- Les personnes âgées, les personnes handicapées, les personnes hospitalisées, les personnes emprisonnées...

Cela consiste en éducation civique, campagne dans les médias, consultation publique, transparence des décisions politiques tenues et sur le processus en cours.

Une fois que l'on a dressé le tableau de qui doit participer, il faut ensuite définir *comment*.

2) Nécessité d'éducation à la constitutionnalité/citoyenneté

L'éducation civique ou éducation à la citoyenneté est un outil et une des conditions *sine qua non* de l'effectivité d'une démarche citoyenne inclusive. Pour se prononcer, donner son avis, encore

faut-il comprendre les multiples choix, possibilités, enjeux et conséquences qui se présentent à l'issue du processus.

Or la création d'un projet de constitution, d'un projet de société, d'une nouvelle norme supra-législative, n'emporte pas la compréhension instinctive pour qui n'est pas constitutionnaliste, juriste, politique... De fait, « sans accès à des informations sur le processus, ou des connaissances sur les choix constitutionnels envisagés, ou de simples connaissances de base, la plupart des citoyens auront peu de possibilités de participer de manière significative au processus »¹⁶.

Par conséquent, l'éducation civique est au cœur du processus participatif. En effet, pour permettre à l'Ensemble de participer encore faut-il former cet ensemble. On considèrera comme éducation civique non seulement l'aspect éducatif-formation, mais également l'ensemble des activités permettant de préparer la transition et d'y participer.

Pour ce faire, cette éducation civique se doit d'être dépolitisée, ouverte, crédible et, comme expliqué précédemment, inclusive. Puisqu'un processus de transition constitutionnelle touche toutes les classes de la société, tous les âges de la société, cette éducation doit viser en priorité ceux qui sont les plus éloignés de la société (les minorités, les groupes exclus, ceux qui sont marginalisés).

Il faut bien comprendre que cette éducation ne réside pas dans un meeting, une manifestation ponctuelle, mais dans un cheminement continu, collaboratif permettant d'entretenir « une culture de la participation citoyenne, des valeurs et pratiques démocratiques, ainsi que du constitutionnalisme »¹⁷.

Au Rwanda, par exemple, en 2003, le référendum de révision constitutionnelle a été précédé de 2 ans d'éducation civique au cours desquelles des projets de constitution ont été distribués. Une démarche de terrain a été effectuée à l'attention de la population illettrée, afin de lui permettre d'accéder au contenu et à l'information nécessaire.

Cette éducation citoyenne nécessite :

1. Des moyens humains mis à disposition de cette tâche (cela peut par exemple être dédié par une commission de l'assemblée délibérante, comme ce fut le cas en Afrique du Sud qui créa un département de la liaison communautaire dédié à la planification de la consultation). L'ensemble des personnes dédiées à cette tâche doivent suivre un code de bonne conduite puisqu'à travers elles sont garantis les principes d'impartialité, de neutralité, sans recevoir de pression, ni d'influence de la part de groupe ou d'individu.
2. Un plan de financement. Même si le coût de cette éducation à destination de tout public est souvent évoqué comme étant un frein. On notera, à titre indicatif, que l'élaboration d'une constitution sur un modèle hyper-participatif comme en Afrique du Sud a coûté 30 millions de dollars US, soit à peu près à 0,5 \$ par habitant¹⁸.

15. Michele Brandt, Jill Cottrell, Yash Ghai, Anthony Regan, « Le processus constitutionnel : élaboration et réforme - Quelles options ? », éd. Interpeace, 2015, p. 97.

16. Michele Brandt, Jill Cottrell, Yash Ghai, Anthony Regan, *op. cit.*, p. 101.

17. *Ibid.*, p. 102.

18. À savoir que le coût total comprend 486 ateliers présentiels de 3 h chacun, la distribution gratuite de 4 millions et demi de projet traduit en 15 langues, et en braille, une version en bande dessinée de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, un bulletin d'information bihebdomadaire distribués à hauteur de 160 000 exemplaires à chaque fois, une émission de télévision dédiée, un programme radio en 15 langues (touchant 10 millions de personnes/semaines).

3. Un programme de partenariat avec les médias : la télévision et la radio sont des outils de communication qui dans le cadre d'une démarche participative offrent un nombre illimité de moyens créatifs, pour informer et sensibiliser la population. Il est possible par exemple de diffuser en direct des ateliers d'éducation à la citoyenneté. L'usage de la rediffusion permet d'augmenter le nombre de personnes touchées. Il peut être directement lié avec l'organe en charge de l'éducation civique. Au Brésil, l'organe en charge de la révision constitutionnelle a créé son propre organe médiatique. 716 programmes de télévisions, et 700 programmes de radios ont été diffusés sur le thème de la révision en cours¹⁹.

L'enjeu de cette éducation n'est pas de vendre un message politique plus qu'un autre, mais bien d'éclairer la personne qui ira voter et de permettre à l'ensemble de participer concrètement à la suite.

Les effets de cette éducation permettent un apaisement de la situation. Car quelle que soit l'issue, pour qu'il n'y ait pas ni perdant ni gagnant, il faut que chacun sache accueillir la décision prise, celle qui ressortira du vote. En effet, accueillir la décision issue des urnes est bien l'enjeu majeur d'une démarche participative. Apaiser et éduquer les consciences pour que lorsque la décision du vote sera révélée, chacun soit en capacité de l'accueillir et de l'accepter. Il s'agit ici, non plus de rendre légitime et effective la décision, mais bien qu'individuellement, et à plus grande échelle la société toute entière accepte le choix issu des urnes. Victor Hugo déclarait, alors que le projet de loi auquel il s'opposait fut adopté « *quand le vote a parlé, la souveraineté a prononcé. Il n'appartient pas à une fraction de défaire, ni de refaire l'œuvre collective* »²⁰.

C. Modélisation et prospective sur la transition en Nouvelle-Calédonie

Il n'est pas question ici de s'acharner à mettre en place un modèle qui ne corresponde pas à l'environnement calédonien mais bien de construire au sein de cet environnement. De telle sorte que celui-ci soit une véritable pierre angulaire grâce à laquelle, et en s'inspirant de ce qui se fait au-delà du récif, l'on puisse construire sur des bases « solides » notre identité.

À un an du référendum, nous proposerons donc, avec humilité et respect pour ce qui a déjà été entrepris, la méthodologie suivante.

La question du référendum sera énoncée au mois d'avril 2018. Dès lors, il serait salutaire qu'elle soit transmise à l'ensemble de la population :

- par voie postale et qu'elle soit accompagnée d'un document explicatif. Il faudrait que la question comme le document soient traduits *a minima* en 5 langues : païci, drehu, aijié, nengone, iaai. Le document pourrait également être transmis en braille auprès des associations de personnes malvoyantes ;
- en complément de l'envoi postal, un déplacement physique dans les tribus, sur le mode de porte à porte (tel qu'il est pratiqué pour le recensement) serait un atout non négligeable ;
- une transmission à l'ensemble des établissements publics, privés et semi-publics ou semi-privés qui ont en leurs seins des patients, usagers etc. de type le CHS, le Camp-Est, la maison Gabriel Poedi, les foyers socio-éducatifs, les centres éducatifs, le médipôle et les dispensaires, les hôtels, gîtes, maisons d'hôtes...

À l'instar de ce qui s'est pratiqué à Nauru, nous conseillerions de « placarder » la question sur des grandes affiches sur des points stratégiques (les panneaux d'entrée des villes, les places fréquentées, les marchés, bus...).

Cela ne suffisant pas, il nous semble pertinent que cette phase d'information soit accompagnée d'une campagne médiatique éducative de masse, pouvant toucher l'ensemble des minorités. Une émission télévisuelle hebdomadaire, accompagnée d'une retransmission et rediffusion radiophonique.

Pour conclure, l'éducation à la citoyenneté participe concrètement à la construction de l'identité calédonienne. Cette éducation permet avant tout de se rencontrer les uns les autres, d'échanger sur les valeurs, et surtout d'acquérir des prérequis essentiels dans le vivre ensemble.

Enfin, ce travail conjoint n'aura pas eu la prétention de mettre en avant un modèle type d'actions. Ce que nous retiendrons ici, c'est qu'au-delà des clivages politiques et idéologiques, le but à atteindre est le bien-être de l'Homme et rien de moins. C'est dans cette optique, que la création d'un schéma de société faite par le peuple et pour le peuple est importante. Tout comme l'est la question de l'identité et de la souveraineté nationale. Dans ce sens, il y a une grande différence entre croire et savoir, c'est pourquoi l'Histoire doit être connue et comprise par tous, afin d'éviter les faux débats.

Ce qui compte réellement, ce sont nos valeurs communes car si une mangue peut être belle de l'extérieur, sa graine peut être pourrie à l'intérieur. Ce qui démontre que le sentiment d'appartenance, d'unité, a de l'importance face aux défis qui nous attendent.

19. Rosenn, Keith S. 2010. *Conflict Resolution and Constitutionalism: The Making of the Brazilian Constitution*, in Laurel Miller, ed., with Louis Aucoin, *Framing the State in Times of Transition: Case Studies in Constitution Making*, 435-66. Washington D.C., United States Institute of Peace Press.

20. Discours du 21 mai 1850 prononcé à la tribune de l'Assemblée nationale.

2. REGARDS SUR LES PROJETS DE SOCIÉTÉ DES PARTIS POLITIQUES

■ Comment « faire société » dans une « Kanaky-Nouvelle-Calédonie » souveraine ?

Anthony Tutugoro

Doctorant en sciences politiques, Université de Polynésie française

Résumé

Le FLNKS a récemment produit un document « *Le projet du FLNKS pour une Kanaky-Nouvelle-Calédonie souveraine* » qui pose les bases de son idéologie politique pour l'après-référendum en cas d'une réponse favorable de la population à ses aspirations. Le document tout en reprenant des bases du projet de la « Constitution de Kanaky » de 1987¹ innove pourtant sur certains aspects qu'il convient d'examiner. Cette étude s'intéresse à la partie I de ce projet intitulée « Les fondements de l'État » en réunissant aussi bien des grilles d'analyse de pensée politique que de sociologie politique. Comment à travers son projet politique, le FLNKS entend-il réunir les composantes sociales de la Nouvelle-Calédonie dans une perspective de libération nationale ?

Abstract

The FLNKS recently produced a document "The FLNKS project for a sovereign Kanaky-New Caledonia" which lays the foundations of its political ideology for the post-referendum in case of a favorable response of the population to its aspirations. The document, while resuming the bases of the project of the « Kanak Constitution », presented in 1987, nevertheless innovates on certain aspects that should be reviewed. This study focuses on the Part I of this project entitled « The Foundations of the State » by bringing together grids of analysis of political thought as well as political sociology. How through its political project, the FLNKS intends to bring together the social components of New Caledonia in a perspective of national liberation ?

* * *

À la question posée par un journaliste sur un plateau télévisé le 27 juin 1988², soit le lendemain de la signature de l'accord de Matignon : « *À votre avis, en l'an 2000, la Calédonie*

est indépendante ? », Jean Marie Tjibaou, représentant du Front de Libération Nationale Kanak et Socialiste (FLNKS) affirma : « *pour moi oui mais avec tout le monde !* ». Et Jacques Lafleur, leader du Rassemblement Pour la Calédonie dans la République (RPCR) de répondre au journaliste l'interpellant avec la même question par une boutade : « *pour moi non mais avec tout le monde !* ». Trente ans plus tard, si la même question était posée par un journaliste dans un contexte pré-référendum, on pourrait se confronter à une dichotomie identique dans la réponse formulée par d'éventuels représentants des deux tendances politiques antagonistes.

Il faut rappeler que quelques mois avant cette interview, soit le 18 octobre 1987, une délégation du FLNKS allait déposer le projet d'une « Constitution de Kanaky » à l'Organisation des Nations Unies. Son assemblée générale par une résolution 41/41A venait en effet de réinscrire la Nouvelle-Calédonie sur la liste des pays à décoloniser. Dotée d'un gouvernement provisoire et de ministres attitrés, la « République de Kanaky » bien que non reconnue par la République Française existait pourtant dans le cœur des militants indépendantistes de l'époque. À son article 1^{er}, ladite « Constitution de Kanaky » stipule que :

« *Le peuple kanak constitue une communauté nationale et pluriethnique, libre, une et souveraine, fondée sur la solidarité de ses divers éléments. La République Kanak est une république démocratique, laïque et socialiste* »³.

Lors du 34^e Congrès du FLNKS qui s'est tenu à Ko We Kara (Nouméa) en 2016, il a été décidé de constituer des groupes de travail sur différentes thématiques intéressant le Front dont une concernant le projet de société du FLNKS. En effet, l'Union Calédonienne avec son projet « *Après 2018 : notre vision de la Nation* »⁴ était le seul parti politique membre du FLNKS à avoir présenté jusqu'alors un projet officiel⁵. Le Palika et l'Union Progressiste en Mélanésie (UPM) travaillent actuellement sur un projet écrit sous la bannière Union Nationale pour l'Indépendance

1. Dans le projet de Constitution que Jean-Marie Tjibaou dépose à l'ONU en janvier 1987 il emploie le terme de « *République Kanak* » et non Kanaky.

2. Séquence présentée dans deux documentaires audiovisuels :

– « *Tjibaou : la parole assassinée ?* » réalisé par Gilles Dagneau, Double édition dvd et cd, aaa production, 1998. Lien : <https://www.youtube.com/watch?v=feSnIVQ0qFo&t=103s>.

– « *Naissance d'une nation* », réalisé par Ben Salama et Thomas Marie, Culture infos, documentaire, 2013, 50 min. Lien : <http://www.dailymotion.com/video/x2adds>.

3. Disponible sur le lien suivant : <https://www.fichier-pdf.fr/2017/03/16/constitution-de-kanaky-1987>.

4. Ce projet a été acté par un « Congrès extraordinaire de l'UC » qui s'est tenu à la vallée de Nimbayes (Ponérihouen) le 13 juin 2015. Il est disponible sur le site internet officiel de l'Union Calédonienne via le lien suivant : http://unioncaledonienne.com/?page_id=2568.

5. Le projet est composé de 16 pages.

(UNI) qui n'est pas encore finalisé⁶. L'idée de cette commande était de permettre à l'ensemble des forces politiques du FLNKS de réunir les différentes propositions afin de proposer un projet de société propre au Front. Au 35^e congrès du FLNKS qui s'est tenu les 4 et 5 mars 2017 à la vallée de Nimbayes (Ponérihouen), Louis Mapou⁷ restituait les travaux du groupe de travail s'attendant à définir un « projet de société » du FLNKS. Il faisait état d'un certain nombre de réunions et de discussions ayant lieu entre les membres du groupe constitué de membres de chaque parti politique composant le Front. En tant que porte-parole attitré pour l'évènement des conclusions du groupe de travail, il introduisait sa restitution par la phrase suivante et sur un ton qui n'était pas anodin : « *La Constitution de Kanaky conserve une actualité qui devient effrayante !* »⁸.

Les travaux présentés par ce groupe ont été validés par ce 35^e congrès, et un petit livret de 15 pages intitulé « *Le projet de FLNKS pour une Kanaky-Nouvelle-Calédonie souveraine* » est actuellement distribué sur l'ensemble du territoire pour en informer le grand public. Depuis, le FLNKS s'est lancé dans une tournée sur l'ensemble du pays afin d'en présenter les contours. L'appellation choisie pour ces meetings politiques n'est pas sans équivoque et mérite une explication. En effet, le Front a pris le pari de les désigner de la manière suivante : « *Consultation populaire sur le projet d'indépendance* »⁹. Cette appellation est ambivalente, surtout au vu du contexte politique calédonien actuel. Une « consultation populaire » dans le jargon juridique consisterait plutôt à soumettre à un vote une proposition. L'intention ici était de mettre le public au cœur du projet afin qu'il puisse faire remonter des imperfections ou tout simplement donner ses impressions sur les résultats du groupe de travail. Cependant, il n'est à aucun moment prévu un mécanisme de démocratie directe manifestée par un vote en faveur ou non du projet. C'est en ce sens que cette appellation est ambiguë. Plutôt que d'une consultation, il faudrait surtout y voir une forme d'espace de suggestion où les représentants du Front expliquent à leur base et à un public élargi l'étendue d'un projet, dont les contours ont été déjà bien édifiés, dans l'attente d'éventuels retours, de conseils, ou d'avis de leur part. La version finale du projet relèvera du FLNKS seul. C'est donc en ce sens que l'appellation dite de « consultation populaire » peut porter à confusion. Cette précision sémantique faite, il est intéressant désormais de s'attarder sur le contenu au regard du projet initial de la « Constitution de Kanaky » de 1987, après avoir néanmoins exposé un certain nombre de précisions sur la manière dont cette étude sera traitée.

Deux précisions méthodologiques doivent d'ores et déjà être apportées avant d'aller plus loin dans ce raisonnement.

Tout d'abord, il faut noter que le livret proposé par le FLNKS n'est pas exhaustif et demeure très concis dans les concepts. Il n'entre pas dans les détails. Sa prétention est de transcrire succinctement les conclusions émanant du groupe de travail sur le projet de société afin de permettre au grand public d'en constater les résultats. Cependant, ce document est le seul document écrit actuellement disponible et rendu public par le FLNKS concernant ses propositions pour la société de l'« après-référendum(s) » dans le cas où la Nouvelle-Calédonie deviendrait souveraine. Ainsi, ce livret servira de base à cette étude mais celle-ci sera nourrie par des retranscriptions personnelles faites au cours d'une conférence¹⁰, de ces fameuses « consultations populaires »¹¹ et du 35^e Congrès du FLNKS. Cet article traitera uniquement de la première partie du projet intitulée « *Les fondements du nouvel État* ». L'intérêt est d'y décrypter la conception idéologique du projet. Autour de quelle pensée politique le projet gravite-t-il ? Ne seront donc pas traitées ici¹² les parties II et III intitulées respectivement : « *Le système institutionnel et l'organisation des pouvoirs* »¹³ ainsi que « *Les compétences régaliennes* ».

Une deuxième précision à apporter concerne le choix du corpus mobilisé. Le lecteur l'aura compris, il ne sera question dans cette étude que du projet de société proposé par le FLNKS. Bien entendu, le FLNKS n'a pas le monopole du projet indépendantiste. Il ne faut d'ailleurs pas, lorsque qu'il est fait référence à un mouvement indépendantiste, réduire l'analyse aux seules organisations politiques. Ce serait en effet bien réducteur. Il comprend également des représentants de la société civile par le biais d'associations comme le « Comité 150 ans » pour ne citer qu'un exemple, et des travailleurs par le biais de divers syndicats comme l'Union Syndicale des Travailleurs Kanak Exploités (USTKE), le Front de Luttes Sociales (FLS) ou encore le Comité National des Travailleurs du Pacifique (CNTP) pour ne citer qu'eux. Cette étude¹⁴ ne traitera également pas des propositions faites par le Rassemblement Indépendantiste Nationaliste (RIN) qui rassemble également des forces politiques, associatives et syndicales ne faisant pas partie du FLNKS. On pourrait presque, à cet égard, le considérer comme le « *shadow cabinet* », l'antichambre du FLNKS. En effet, au vu de ses prises de positions souvent très critiques concernant les différentes orientations du Front, il semble désormais adopter la posture d'une quasi-opposition au sein même de la mouvance indépendantiste. Lorsque l'on étudie un tel mouvement, ce constat est intéressant dans le sens où il permet de laisser apparaître une certaine forme de dialectique dans le rendu final

6. La version actuelle en 58 pages du projet de l'UNI « *Le projet politique d'accession à l'indépendance* » est confidentielle et n'est à ce jour pas encore divulguée.

7. Membre du Palika et de l'UNI, son nom sera régulièrement cité dans cet article car c'est en quelque sorte le porte-parole de ce groupe de travail.

8. Notes personnelles collectées à l'occasion du 35^e congrès de Nimbayes (Ponérihouen) des 4 et 5 mars 2017.

9. Affiche de la « *Consultation populaire sur le projet d'indépendance* » pour la commune d'Ouvéa publiée notamment sur la page Facebook officielle du RDO disponible sur le lien suivant : <https://www.facebook.com/844189709084255/photos/a.844431919060034.1073741828.844189709084255/850566295113263/?type=3&theater>.

10. Conférence « *Quel projet de société pour Kanaky – Nouvelle-Calédonie* » du 31 août 2017 à l'amphi 400 de l'UNC organisée par l'association « Ngere K ».

11. « *Consultation populaire pour le projet d'indépendance* » à l'Hôtel du centre à Ducos (Nouméa) du 11 septembre 2017 organisée par le FLNKS.

12. Ce qui fera l'objet d'une prochaine étude dans une thèse de science politique en préparation.

13. De même que ne sera pas traité dans cet article la prise en compte de la question coutumière du projet.

14. Cela pourra néanmoins faire l'objet d'une prochaine publication.

que peut proposer la mouvance indépendantiste à l'ensemble du corps social calédonien. Le RIN a joué un rôle de groupe de pression certain en ce qui concerne les avancées sur les inscriptions des listes électorales. Ainsi, il peut, dans certains espaces de lutte, et c'est un point qu'il faut toujours avoir en tête, exercer une complémentarité avec le FLNKS.

Comment et qu'est-ce que « faire société » ?

La partie dite « *Les fondements du nouvel État* » s'introduit dans le livret avec l'affirmation suivante : « *Kanaky-Nouvelle-Calédonie sera une République pluriculturelle, démocratique, laïque et solidaire* »¹⁵ qui « *s'identifie à la terre* »¹⁶. Au regard de l'article 1^{er} de la « Constitution de Kanaky » précédemment cité, il est intéressant de se demander quelles sont les grandes évolutions des fondements de la « République de Kanaky » ? Comment le FLNKS conceptualise la société du nouvel État en cas d'une accession de la Nouvelle-Calédonie à sa « pleine souveraineté », pour reprendre un vocable politique largement mobilisé ces derniers temps ? Derrière cette question se décèle une des problématiques centrales de la science politique à savoir tout simplement : comment « faire société » ? Sur quelle pensée politique donc « Kanaky-Nouvelle-Calédonie » s'édifie-t-elle ?

La réponse à cette question, inhérente à l'existence même du politique¹⁷, sera présentée en trois points. Les concepts seront analysés, plus ou moins dans le détail, les uns après les autres.

I. Une « Kanaky-Nouvelle-Calédonie » pluriculturelle

Au regard de l'article 1^{er} du projet d'une « Constitution de Kanaky », le premier constat qui peut être fait est qu'en l'espace de trente ans, peu d'éléments ont changé. Il faut en effet voir ce projet comme un idéal de société que le FLNKS, composé à l'époque de sept groupes de pression, tendait à mettre en place. Constaté que peu d'éléments changent, c'est en quelque sorte observer aussi une forme de continuité dans la vision que le Front peut se faire du pays. Cependant certains concepts ont muté et méritent que l'on s'y attarde car cette transformation sémantique ne sera pas sans conséquence pour la suite du raisonnement.

Il l'a été sous-entendu précédemment, faire société, c'est entre autres penser une constitution la plus englobante possible où l'ensemble des composantes du corps social pourront trouver leur place. Ainsi, et c'est peut-être l'évolution la plus notable du projet actuel du FLNKS, il ne sera plus question, en cas d'une réponse favorable au mouvement indépendantiste à la question posée par le référendum d'autodétermination, d'une

« République de Kanaky » mais d'une « République de Kanaky-Nouvelle-Calédonie ». Pour certains, ce basculement sémantique est un détail. Pour d'autres, c'est une concession considérable. En témoigne par exemple la remarque faite par un militant s'étant défini lui-même comme sympathisant du mouvement qui exprimait son mécontentement face à ce basculement langagier lors de la conférence du FLNKS à l'« amphi 400 » de l'Université de Nouvelle-Calédonie qui s'est tenue à Nouville le 31 août 2017. Pour lui, la base n'a jamais été consultée sur ce changement et il voyait ce revirement comme une trahison à l'esprit du projet dessiné dans les années quatre-vingt. Les 4 et 5 mars 2017 à la vallée de Nimbayes (Ponérihouen), lors du 35^e congrès du FLNKS, Louis Mapou, présentant les avancées du groupe de travail sur le projet de société du Front devant environ 400 militants, en expliquait les raisons. Elles ne sont au final pas éloignées de celle avancées par Paul Néaoutyine qui, à travers son ouvrage paru il y a plus de dix ans, expliquait notamment la stratégie d'ouverture opérée à l'UNI, son groupe politique :

« *La stratégie d'ouverture UNI s'adresse, au-delà des Kanak, aux citoyens d'origine européenne, océanienne, asiatique ou autres, présents en Nouvelle-Calédonie, et cherche à les mobiliser sur des obligations citoyennes relevant du destin commun, tout en leur laissant le choix de s'organiser comme ils l'entendent. Le choix d'adhérer reste personnel. Chacun doit trouver ses marques, contribuer avec sa différence à forger cette interdépendance solidaire qui peut donner son essence du destin commun. C'est sur cette base que la citoyenneté peut s'enraciner et qu'une majorité peut faire le choix d'assumer son indépendance en tant que peuple et nation* »¹⁸.

Faire société, c'est aussi créer ou recréer du lien social. Dans sa stratégie politique, le FLNKS semble finalement opter pour la carte de l'ouverture afin d'élargir le cercle des sympathisants à son projet. En effet, l'intérêt est que l'ensemble des ressortissants se reconnaisse dans l'appellation de son pays d'appartenance. L'idée d'un patriotisme sous-jacent apparaît et sera développée plus loin dans l'analyse.

Un autre basculement sémantique du projet du FLNKS concerne le caractère « pluriethnique » de l'État qui devient désormais « pluriculturel ». Pourquoi ce changement ? Louis Mapou, au même congrès, expliquait que ce terme langagier était désormais devenu ambigu. Parler d'ethnicité, selon ses mots, est forcément clivant. Cette volonté est aussi peut-être l'ultime appel fait aux populations non-kanak habitant la Nouvelle-Calédonie pour donner une garantie à la pluralité dans le « nouvel État ». L'analyse sur l'identification à la terre viendra, plus tard dans le raisonnement, compléter cette idée.

15. « *Le projet du FLNKS pour une Kanaky-Nouvelle-Calédonie souveraine* », page 5.

16. *Ibid.*, page 6.

17. La science politique s'accorde à donner trois déclinaisons à ce concept. « Le politique » concerne la manière dont est pensée une société donnée, de quelle manière elle est orchestrée par exemple. Cette conception se rapproche, s'il fallait éventuellement compartimenter la pensée, de la pensée politique. « La politique » concerne la pratique politique à savoir le jeu institutionnel, électoral, etc. « Les politiques » représentent les politiques publiques mises en place par le personnel politique et administratif pour concrétiser sur le terrain une pensée politique. Dans cette étude, c'est au prisme de la première déclinaison du politique que l'analyse sera produite.

18. Paul Néaoutyine, *L'indépendance au présent. Identité kanak et destin commun*, Éditions Syllepse, 2006, p. 188-189.

II. Une « Kanaky-Nouvelle-Calédonie » démocratique, républicaine et laïque

Lors des présentations publiques du projet et sur le livret rédigé par le FLNKS, il est fait référence à une « démocratie participative »¹⁹ qui devra animer la sphère publique de la « Kanaky-Nouvelle-Calédonie ». Cependant, il apparaît que le concept est affirmé mais que son contenu n'a pas encore été explicité par le FLNKS. Louis Mapou posait lui-même les interrogations qui doivent encadrer ce concept lors de la présentation du projet faite à Ducos (Nouméa) en se demandant en quoi la démocratie pouvait être reproductible et en quoi elle devait être aménagée. Ce sont en effet de vraies questions auxquelles le projet devra répondre. Le danger serait de faire une interprétation minimaliste de la démocratie participative. Elle demeure en effet bien souvent un outil de communication comme un autre qui permet aux élus d'essayer de consolider leur légitimité. Un auteur comme Jürgen Habermas par exemple a été assez critique vis à vis de ce concept. Pour lui, l'utilisation que peut en faire le personnel politique n'est qu'une illusion adressée aux yeux des administrés pour leur faire croire que leur participation est permise dans l'espace public. En réalité, selon lui, soit les décisions qui en découlent sont mineures, soit les voix sont certes entendues mais jamais écoutées. Il semble inutile de préciser la nuance entre les deux termes. Au FLNKS de définir donc le type de démocratie participative qu'il souhaite mettre en place et de ne pas en faire uniquement une stratégie électoraliste, car, au vu de la démographie calédonienne, ce concept mérite certainement d'être développé et exploité dans l'espace public.

Dans sa conception d'instaurer une véritable démocratie participative, le FLNKS préconise également de rendre le vote obligatoire. Il faut s'y arrêter un instant. Il est en effet évident que dans un contexte où les taux d'abstention ont atteint cette année en Nouvelle-Calédonie des taux record, une telle disposition est une réponse, mais est-elle pour autant une « bonne » réponse ? Notre position de chercheur ici n'a bien entendu pas pour objet de convenir de ce qui est « bon » ou « mauvais », mais plutôt de rendre compte de ce qui fonctionne et de ce qui ne fonctionne pas lorsque l'on fait le choix de sélectionner tel ou tel dispositif politique. Les arguments généralement avancés pour militer en faveur de l'instauration du vote obligatoire sont nombreux. Il permettrait effectivement de redonner à l'électeur le goût pour la politique. Ce serait, de plus, un moyen de réintéresser les citoyens au politique, de contourner les réflexes du « cens caché »²⁰. Pour qu'il fonctionne, ce dispositif doit respecter un certain nombre de critères. Il faut en effet qu'une amende ou une pénalité suffisamment importante soit prévue pour être véritablement discriminante envers l'électeur qui ne se rendrait pas aux urnes. Il faut de plus que le dispositif soit accompagné d'une reconnaissance du vote blanc. Les abstentionnistes actuels, s'ils ne se reconnaissent dans aucun des partis en présence, ou ne souhaitent tout simplement pas répondre

par l'affirmative ou par la négative à un éventuel référendum, doivent nécessairement disposer de la solution alternative du vote blanc. Ceci leur permettra de voter sans se prononcer en faveur de telle ou telle tendance. Il faut enfin évidemment que le vote blanc soit comptabilisé dans les suffrages exprimés pour lui permettre une éventuelle incidence. En France, la théorie du vote obligatoire, mis à part pour les sénatoriales engageant un cortège de « grands électeurs » qu'il n'est nul besoin de convaincre d'aller voter, n'a pas encore trouvé preneur. Elle peine à éclore car, pour le personnel politique, une abstention est plus pesante électoralement qu'un vote blanc. Pour Christine Guionnet²¹, une solution pourrait résider par exemple dans l'idée d'obliger l'électeur à se rendre au bureau de vote sans pour autant qu'il ne soit contraint de voter. Cela permettrait ainsi de différencier l'abstention, selon l'expression de la chercheuse, du « pêcheur à la ligne » à celle de l'électeur s'abstenant par volonté et réflexion.

Pour continuer l'analyse, le FLNKS fait état d'une future nation incarnée par le biais d'une république. Pour apporter une définition concise au concept républicain, un auteur comme Machiavel peut dès lors être mobilisé. Selon lui, la république n'est autre qu'une garantie permettant la liberté par la loi. Elle permet ainsi d'empêcher que certains groupes sociaux prennent le pouvoir et soumettent le reste de la société à ses prérogatives. L'essentiel est d'empêcher l'arbitraire, la contrainte exercée par un homme ou un groupe sur les autres. Il faut en fait, selon lui, absolument endiguer le penchant à la domination. En confirmant la forme républicaine de son « futur État », c'est aussi un moyen pour le FLNKS d'affirmer, d'entrée de jeu, sa volonté de constitutionnaliser sa forme d'État de droit. C'est donc en ce sens que le FLNKS a cherché à préciser que le futur État sera une République.

Dans la pensée de Machiavel, il est pour une république nécessaire d'instaurer une religion civile, une sorte de religion imposée par la république. Pourtant, la question d'imposer une religion d'État au sein du projet de société s'est posée dans les débats internes au Front. En effet lors du 35^e Congrès du FLNKS à Nimbayes, le Rassemblement Démocratique Océanien (RDO) par l'intermédiaire d'Aloïsio Sako demandait aux autres groupes de pression à ce que soit apposé à la formule citée précédemment une référence au christianisme. S'en est suivi un débat où Louis Mapou interrogeait cette requête vis-à-vis de la prise en compte des religions autres que la religion catholique ou protestante. L'islam par exemple est une religion déjà bien implantée en « Kanaky-Nouvelle-Calédonie ». Il concluait assez subtilement que finalement, les religions pouvaient s'inclure dans la dimension pluriculturelle du projet de société. Reste-t-il encore pour le FLNKS à démontrer dans quel cadre religion et cultures peuvent se confondre. Indirectement, en choisissant d'écarter cette demande, le FLNKS renonce finalement à instaurer toute religion d'État, ce qui n'est pas le cas de tous les pays voisins de la région Pacifique.

19. « Le projet du FLNKS pour une Kanaky-Nouvelle-Calédonie souveraine », page 7.

20. Ce concept est développé par Daniel Gaxie. Il existerait un « cens caché » empêchant l'électeur de se rendre aux urnes, celui-ci ne s'estimant pas assez « compétent » politiquement pour se faire un avis sur l'orientation politique de son choix, in Daniel Gaxie, *Le Cens caché. Inégalités culturelles et ségrégation politique*, Seuil, 1993.

21. Théorie développée dans un cours de sociologie politique de Master 2 mention « Études politiques » à l'Université de Rennes 1. Christine Guionnet est enseignante-chercheur à l'Université de Rennes 1 et à l'Institut d'études politiques de Rennes.

Ceci amène désormais le raisonnement au concept de laïcité présent dans le projet. En excluant le choix d'instaurer une religion d'État, le FLNKS semble se diriger vers la conception qu'a pu établir un Jürgen Habermas²², en fin de carrière, en ce qui concerne la prise en compte du religieux. Dans sa manière d'aborder la question religieuse, le FLNKS semble ne pas vouloir l'exclure de sa dimension publique. Certes, une séparation est faite entre l'Église et l'État mais celle-ci est déjà, selon le Front, particulière en Nouvelle-Calédonie puisque par exemple, des écoles privées, de confession religieuse, sont financées entre autres par des institutions calédoniennes. Pour Habermas, les démocraties ont en effet beaucoup à apprendre des traditions religieuses. Il ne faut pas selon lui assujettir le religieux mais plutôt écouter ce que le religieux a à dire au reste de la société. Quand on connaît la place qu'occupe la religion en Nouvelle-Calédonie, il serait difficile de proposer quelconque projet de société qui ne prenne pas cette dimension en compte. Et le FLNKS, dans ses propositions semble y être attentif. Plus que de répondre à une requête sociale, le religieux a, selon l'auteur, une utilité sociale ce qui n'est pas à négliger lorsque l'on cherche à faire, à composer au mieux une société nouvelle.

III. Une « Kanaky-Nouvelle-Calédonie » solidaire et s'identifiant à la terre

On constate d'entrée que le socialisme, présent dans l'article 1^{er} du projet de « Constitution de Kanaky » disparaît de la formule proposée dans le livret du FLNKS. Lors de sa présentation à Nimbayes, Louis Mapou expliquait les raisons conduisant le groupe de travail à écarter ce terme. Il faisait en effet référence aux connotations que peut avoir le terme « socialiste » désormais, ou, pour parler plus crûment, de ce que le Parti socialiste sous l'ère François Hollande en a fait. C'est finalement un choix stratégique en matière de communication politique qui conduit donc le Front à écarter le « socialisme » de son slogan politique. Pour autant, a-t-il disparu du projet pour laisser place à une doctrine désormais ultralibérale comme le laissait entendre une personne du public lors de la conférence du FLNKS à l'UNC ? Est-il désormais absent du projet ? Interrogeons le texte :

« Le socialisme se retrouve aujourd'hui dans les politiques publiques menées au nom du mouvement indépendantiste suivant les orientations telles que le rééquilibrage, le contrôle des ressources stratégiques comme patrimoine commun, la répartition équitable des richesses. Il est au cœur de la promotion d'outils de régulation ou de développement comme les schémas d'aménagement, les sociétés d'économie mixte pour contrôler des secteurs clés comme le transport aérien, maritime et terrestre ; les outils de financements tels que les banques et d'autres instituts financiers ; l'énergie, les sociétés de développement. Ce « socialisme en action » ancré dans le réel, constitue la vision de la société que le FLNKS se propose de promouvoir et de valoriser dans l'État indépendant »²³.

22. Jürgen Habermas et Joseph Ratzinger, *Raison et Religion, La dialectique de la sécularisation*, Éditions Salvator, 2010, 96 p.

23. « Le projet du FLNKS pour une Kanaky-Nouvelle-Calédonie souveraine », page 7.

24. Propos tenus lors de la « Consultation populaire pour le projet d'indépendance » à l'Hôtel du centre à Ducos (Nouméa) du 11 septembre 2017 organisée par le FLNKS.

25. « Le projet du FLNKS pour une Kanaky-Nouvelle-Calédonie souveraine », page 6.

26. Propos tenus lors de la « Consultation populaire pour le projet d'indépendance » à l'Hôtel du centre à Ducos (Nouméa) du 11 septembre 2017 organisée par le FLNKS.

À la lecture du livret, il est clair que le terme disparaît par une stratégie de communication politique mais il n'est pour autant pas écarté du projet, bien au contraire. Le terme est d'ailleurs associé, comme c'était le cas lors du projet de « Constitution de Kanaky » de 1987 au terme de solidarité. Pour Louis Mapou, ce principe doit être « au cœur des principes de la vie sociale kanak [...]. Aujourd'hui, il existe une certaine forme d'excès où il faut faire attention »²⁴. Comment traduire dès lors pour le FLNKS la solidarité, sur un plan concret ? Cette solidarité se manifestera notamment par la poursuite d'une politique de rééquilibrage, entreprise en Nouvelle-Calédonie depuis la signature des accords de Matignon.

La dernière notion qui sera abordée dans ce raisonnement est celle qui préconise que « Kanaky-Nouvelle-Calédonie s'identifie à la terre »²⁵. Selon le FLNKS, cela pourrait devenir la nouvelle devise du « pays souverain ». L'on connaît l'importance du foncier en Nouvelle-Calédonie, mais le FLNKS semble, au cours des différentes « consultations » qu'il mène autour du territoire, aller plus loin dans cette analyse en renversant même l'assertion. Il est fait état ici d'une conception nationale de l'État. C'est la nation toute entière qui devra s'identifier à la terre. Pour qu'il y ait une nation, on le sait depuis les travaux d'Ernest Renan, il faut qu'il y ait un peuple qui se reconnaisse en tant que peuple et qui se sente uni par une forme de transcendance. Quoi de plus fédérateur en Nouvelle-Calédonie que l'amour du Kanak et du calédonien en général pour sa terre natale ? Le FLNKS, à travers cette nouvelle devise, semble donc utiliser un concept cher à une conception de l'identité kanak de la terre, à savoir que chaque clan s'identifie à un foncier déterminé, pour l'élargir à l'ensemble des citoyens calédoniens. Cela engendrera selon lui ce sentiment d'appartenance commune et cette dimension nationale nouvelle. Et c'est peut-être ici que pourraient s'entrevoir les fondements d'une religion civile, qui était traitée précédemment, propres au nouvel État, que Machiavel conceptualise pour garantir le fonctionnement d'une République.

Conclusion : Comment aborder l'enjeu référendaire de l'année 2018 pour la mouvance indépendantiste ?

« Le projet du FLNKS pour une Kanaky-Nouvelle-Calédonie souveraine » continue actuellement de se structurer grâce aux différents retours effectués par le public lors des « consultations » menées sur le terrain et par la poursuite des travaux menés par les groupes de travail des différents partis politiques membres du Front. Sa version actuelle ne sera donc pas la version définitive. Il conviendra donc de poursuivre les analyses du projet au fur et à mesure de son édification. Comme l'a rappelé Louis Mapou à Ducos : « Construire une nation nouvelle, c'est faire en sorte que tout le monde s'approprie les fondements du nouvel État »²⁶. Reste à savoir si ces fondements auront été justement assez élargis pour permettre au FLNKS de voir son souhait exaucé.

Cette étude commençait par une citation de Jean Marie Tjibaou au lendemain de la signature des accords de Matignon lorsqu'il se situait encore à Paris. Dès son retour sur le sol calédonien, il a dû entamer un long travail auprès de sa base pour expliquer les raisons conduisant à un tel accord. Le raisonnement se terminera sur une autre citation du leader indépendantiste :

« S'engager pour gagner, ça veut dire que nous nous engageons à être de plus en plus crédibles, c'est pas les gens qui sont dans le fossé ou sur le bord des trottoirs. Ça veut dire des gens sérieux, qui travaillent, qui ont des choses à faire, qui montrent que le pays pour lequel on se bat est un pays qui en vaut la peine et auquel on peut croire, parce qu'on peut croire aux gens qui défendent ce pays. Il ne faut pas partir, puis dormir, traîner la savate ... c'est chacun de nous qui est porteur de cette parole ... on doit gagner ! »²⁷.

Cette citation trouve, encore aujourd'hui, un écho retentissant vis-à-vis des enjeux politiques et surtout électoraux actuels pour la mouvance indépendantiste. Le Front opte entre autres pour une démarche volontariste des électeurs qui doivent devenir acteurs et donc, notamment, entreprendre les démarches pour s'inscrire sur la liste spéciale permettant de voter à l'occasion du référendum d'autodétermination. Le RIN quant à lui a récemment émis des reproches concernant cette attitude car selon lui un tel slogan politique « devient inopérant voire même

culpabilisant et accusateur »²⁸. Un élément demeure central à savoir l'épineux sujet de l'inscription sur les listes électorales. Lors de la dernière marche effectuée par le RIN, Louis Kotra Uregeï, représentant l'USTKE et le Parti travailliste, a émis l'hypothèse d'un boycott²⁹ du référendum d'autodétermination si la sincérité du scrutin n'était pas assurée et si l'ensemble des Kanak n'était pas inscrit automatiquement sur le corps électoral prévu à cet effet.

Semblent donc, au sein de la branche politique du mouvement indépendantiste, se dessiner deux stratégies distinctes. D'un côté le FLNKS donne de l'énergie à communiquer et à peaufiner un projet de société destiné à régir les ressortissants d'un éventuel nouvel État. D'un autre côté, le RIN s'attelle à exercer une pression constante sur l'État central pour que le référendum soit effectué dans le cadre d'une sincérité la plus totale. Comme il l'a été dit précédemment, ce sont des choix qui relèvent de la stratégie politique. Plutôt que d'y voir un antagonisme, peut-être faut-il y déceler aussi une forme de complémentarité. Une chose demeure cependant certaine pour le mouvement indépendantiste. S'il souhaite, à l'occasion du référendum d'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie, obtenir satisfaction à ses prétentions, il lui faudra réunir toutes ses composantes³⁰ et trouver les ressources pour proposer un projet de société unitaire afin qu'une majorité du corps social s'y reconnaisse.

27. Jean-Marie Tjibaou, *La présence kanak*, Éditions Odile Jacob, mai 1996.

28. Propos recueillis sur la page « Espace de parole sur l'avenir de notre Kanaky » qui relaie les actualités du RIN et disponible sur le lien suivant : <https://www.facebook.com/notes/espaces-de-parole-pour-lavenir-de-notre-kanaky/le-cahier-de-revendication-du-rin-d%C3%A9pos-%C3%A9-le-mercredi-19-juillet-2017/1933671633326417>.

29. « Aujourd'hui ce qu'on a amené là, ce qui n'a pas été dit dans la discussion là-haut, c'est le risque d'un boycott du référendum. C'est ça le risque ! C'est pour ça que c'est sensible ! Et c'est devenu incontournable ! Nous on a dit quoi et nous on redit quoi ? Inscription automatique des Kanak et sincérité des listes. S'il n'y a pas la sincérité, on ne peut pas aller au référendum. ». Propos tenus lors d'une marche organisée par le RIN le 25 octobre 2017 en faveur du dépôt d'un cahier des charges adressé au Président de la République Emmanuel Macron militant pour l'inscription automatique de tous les Kanak sur les listes référendaires. La vidéo est disponible sur le lien suivant : <https://www.youtube.com/watch?v=J7Plg4aUq7U>.

30. Et notamment l'aval des responsables coutumiers. Domaine qui n'a, par choix de cadrage du sujet, pas été traité dans cette étude.

■ À la recherche du projet de société loyaliste

Christine Colomina

M2 Droit et Management en Nouvelle-Calédonie

Résumé

C'est en novembre 2018, soit trente ans après les accords de Matignon-Oudinot et vingt ans après celui de Nouméa, qu'un référendum d'autodétermination doit être organisé en Nouvelle-Calédonie pour que les populations concernées se prononcent sur l'accession « à la pleine souveraineté », c'est-à-dire à l'indépendance. Si le FLNKS a de son côté déjà commencé à communiquer sur le projet sociétal indépendantiste pour l'après 2018, aucun document équivalent récapitulant les contours d'un futur statut n'a été émis et présenté par les partis politiques loyalistes.

Abstract

In November 2018, thirty years after the Matignon-Oudinot Accords and twenty years after the Noumea Agreement, a referendum of self-determination will be conducted in New Caledonia to enable persons concerned to decide whether or not the country should assume full sovereignty and independence. While the FLNKS has already started to provide information on the project of an independent post-2018 social policy, no equivalent provision summarizing the broad outlines of a future status has yet been presented by loyalist political parties.

* * *

Nous sommes en novembre 2017. Dans un an, les Calédoniens seront amenés à se prononcer pour ou contre l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie.

Alors que les indépendantistes, par la voix du FLNKS, ont commencé leurs consultations populaires pour préparer et présenter leurs projets de sociétés pour l'après 2018¹, aucun parti non-indépendantiste, défendant le maintien dans la France, n'a encore présenté ou diffusé un document équivalent.

Au cœur de la campagne pour les élections législatives, l'avenir politique de la Nouvelle-Calédonie a pourtant dominé les programmes électoraux des partis loyalistes. L'objet de cet article est de s'interroger sur le projet sociétal des partis loyalistes.

1. Depuis plusieurs mois, les formations indépendantistes ont commencé des démarches populaires pour préparer « l'accession à la pleine souveraineté » et pour présenter respectivement leurs projets de société.

2. En janvier 2017, l'Union Calédonienne propose son projet de société « Après 2018 : notre vision de la Nation »² lors de son congrès tenu à Pouébo. Dans un document d'une vingtaine de pages, l'Union Calédonienne fixe un cap et les principes sur lesquels reposerait une indépendance, mais n'explique pas comment atteindre ces objectifs.

3. Depuis le début du mois d'août 2017, le bureau politique du FLNKS présente son projet de société d'une « Kanaky-Nouvelle Calédonie souveraine ». Ce document provisoire d'une quinzaine de pages traite essentiellement de l'organisation institutionnelle du futur État et du transfert des compétences régaliennes détenues aujourd'hui par la France. Mais les financements de ce projet et la politique économique n'ont pas été expliqués³.

4. Dans le même temps, du côté des partis non-indépendantistes, aucune proposition concrète n'est exprimée à l'intention de la population calédonienne. Quelles sont les positions de ces partis politiques : Maintien du statut actuel ? Recherche d'une possibilité d'un nouvel accord dans la France ? Association avec la France ?

5. Paradoxalement, si la lutte contre la délinquance et la relance de l'économie, rudement touchée par la chute des cours du nickel, ont été largement évoquées dans les programmes des législatives de 2017, c'est l'avenir politique du territoire qui domine celles-ci. En effet, le référendum d'auto-détermination est au cœur des législatives.

6. Dès lors, en l'absence de document synthétique et dédié à l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie, l'analyse des positions des partis loyalistes a été réalisée à travers les programmes électoraux diffusés lors de la campagne pour les élections législatives et les prises de position des candidats lors des meetings politiques.

1. Pour une analyse de ce projet, voir A. Tutugoro, « Comment 'faire société' dans une 'Kanakya-Nouvelle Calédonie' souveraine ? », dans ce dossier spécial.

2. « Après 2018 : notre vision de la Nation » est disponible sur le site internet de l'Union Calédonienne : www.unioncaledonienne.com.

3. Des consultations populaires se sont tenues durant le mois d'août dans la zone Voh-Koné-Pouembout, Lifou et lors d'une conférence à l'Université de Nouvelle-Calédonie.

4. Le programme électoral de Calédonie Ensemble durant les législatives 2017. Source www.caledonie-ensemble.com.

7. Le projet de pays⁴ présenté dans le programme électoral de Philippe Gomès de **Calédonie Ensemble**, défend « une déclaration commune » avec les indépendantistes autour des convergences :

- Sur les valeurs de la République, chrétiennes, kanak, océaniques ;
- Sur la gouvernance de l'organisation institutionnelle ;
- Sur le développement économique : un consensus sur la mine et le foncier.

Cette « déclaration commune » définit « le socle de notre communauté de destin » ou d'un destin commun permettant ainsi aux Calédoniens de se rassembler sur l'essentiel, avant de se prononcer sur ce qui les divise (l'indépendance). Ce destin commun serait construit avec les indépendantistes, les non-indépendantistes et... la France.

8. Bernard Deladrière, investi par **Le Rassemblement – Les Républicains** dans la 1^{ère} circonscription, souligne une arrivée du référendum dans « un état de grande impréparation et on ne sait absolument pas ce qui se passera après ». Il préconise des états généraux de l'avenir pour discuter de projet de société avant le vote et « rechercher la possibilité d'un nouvel accord dans la France »⁵.

9. Le **Mouvement Populaire Calédonien** défend le maintien de la Nouvelle-Calédonie dans la France⁶ et est convaincu que ce n'est qu'à l'issue de ce référendum, donc une fois que les Calédoniens se seront exprimés, que de nouvelles négociations pourront s'engager, en toute transparence avec la population.

10. Pascal Vittori, **Tous Calédoniens**, souligne qu'une fois le référendum remporté par les loyalistes, « il faudra bien que l'on décide de quelle manière nous allons continuer, sous quel statut, et il faudra se mettre autour d'une table avec les indépendantistes pour négocier et pour que les choses se fassent dans le dialogue, la construction, et dans l'intérêt des Calédoniens »⁷.

11. Pour **Les Républicains Calédoniens**, Sonia Backès maintient « son engagement politique pour le maintien de la Nouvelle-Calédonie dans la République Française »⁸.

12. La création de la plateforme loyaliste⁹ en juin dernier entre les deux tours des législatives a réuni les quatre groupes loyalistes Calédonie Ensemble, le Rassemblement-Les Républicains, le Mouvement Populaire Calédonien et Tous Calédoniens, signataires d'une déclaration commune « pour une Nouvelle-Calédonie dans la France et dans la paix » et constitués en intergroupe de 23 élus au congrès de la Nouvelle-Calédonie.

13. Lors d'un entretien avec la ministre des Outre-mer en juillet 2017, Philippe Gomès, Pierre Frogier, Gaël Yanno et Wilfried Weiss ont rappelé « leur détermination à préparer la sortie de l'Accord de Nouméa dans le cadre d'une concertation indispensable et constructive entre non-indépendantistes et d'un dialogue approfondi avec les indépendantistes » pour « éviter que le référendum de 2018 ne conduise à des surenchères, à des tensions, voire à des violences au risque d'anéantir tout ce que nous avons patiemment construit depuis près de 30 ans ». Ils ont également réitéré leur volonté d'organiser des « débats associant nos populations, au travers d'états généraux sur l'avenir, afin de donner la parole à la société civile et d'ériger avec elle un socle de la communauté de destin pour tous les calédoniens »¹⁰.

14. Force est de constater que la plateforme loyaliste n'a sorti aucun document encadrant un futur statut commun dans la France. Et aucune consultation populaire n'a été planifiée. Le dialogue avec les indépendantistes ne devrait-il pas commencer avant le référendum ? L'attente de l'issue du référendum explique-t-elle l'absence d'information sur l'avenir institutionnel du Caillou et de concertation chez les loyalistes ? De quoi entretenir l'inquiétude de la population.

15. Est-ce que pour les loyalistes, rester dans la France constitue en soi un projet de société ? Est-ce que le statut actuel de la Nouvelle-Calédonie suffirait à un futur statut ? En effet la Nouvelle-Calédonie bénéficie déjà d'une autonomie importante avec les transferts de compétences opérés depuis la mise en place de l'Accord de Nouméa. Et le maintien des compétences régaliennes à la France conforte une Nouvelle-Calédonie dans la République.

Aujourd'hui, l'expression locale 'Fin mal barrés' pourrait bien traduire l'état d'esprit de nombre de Calédoniens à l'approche du scrutin !

5. Source NC 1^{ère} : 22 mai 2017 – Bernard Deladrière déroule son programme.

6. <https://www.mouvement-republicain-caledonien.com/enjeux-du-referendum>.

7. Source *Les Nouvelles Calédoniennes*.

8. Des positions qu'elle a publiées dans un livre « Libre : Ma passion Calédonienne ».

9. Juin 2017, une plateforme loyaliste regroupant les mouvements loyalistes : Calédonie Ensemble, Le Rassemblement, Mouvement Républicain Calédonien et Tous Calédoniens, a été créée suite aux constats de « l'extrême division d'abord, un nombre jamais atteint dans l'histoire de candidatures non-indépendantistes dans les deux circonscriptions. L'extrême abstention ensuite (...) l'extrême confusion enfin, quand des personnalités politiques non-indépendantistes en appellent à s'abstenir ou à voter, à l'occasion du second tour des élections législatives, pour le candidat indépendantiste (Déclaration commune des partis loyalistes, 15/06/17) ».

10. Déclaration commune du 15 juin 2017 pour « une Nouvelle-Calédonie dans la France et la Paix », signée par Pierre Frogier, Gaël Yanno, Philippe Gomès et Pascal Vittori. Le texte complet de la déclaration est disponible notamment à : <https://www.facebook.com/NouvelleCalédonieInfo/videos/753883954796250>.

3. QUEL DROIT DANS UNE SOCIÉTÉ MULTICULTURELLE ? ENTRE PLURALISME ET MÉTISSAGE

■ Questionner la trajectoire du pluralisme juridique calédonien

Isabelle Dauriac

Professeur agrégé de droit privé
Université Paris Descartes

Résumé

L'analyse du pluralisme juridique tel que pratiqué en Nouvelle-Calédonie pose un certain nombre de questions. L'angle pris par l'auteur est évolutif. S'il est indéniable que l'intégration de « la coutume », prise comme marqueur de l'identité culturelle kanak dans le corpus normatif calédonien, progresse, cela est le fruit d'une évolution. Après une phase de « décolonisation juridique » de la coutume, la Nouvelle-Calédonie connaît aujourd'hui un pluralisme juridique de défense de l'identité autochtone dans une société multiculturelle. Reste à s'interroger sur l'avenir du pluralisme juridique en Nouvelle-Calédonie : sera-t-il le levier d'un projet de société différencialiste ?

Abstract

Analysing legal pluralism as it is practised in New Caledonia raises a number of questions. The author envisages an evolving set of parameters. One cannot deny that the "custom", understood as a marker of Kanak cultural identity in the Caledonian body of rules, is being progressively integrated and is the result of a process of development. After undergoing a phase of "legal decolonisation" of Kanak custom, New Caledonia today experiences a legal pluralism meant to vindicate native people's identity in a multicultural society.

Remains to be addressed the future of legal pluralism in New Caledonia and ask oneself the question : could it have a leverage effect for affirmative action policies?

* * *

1. Sans mentir, l'ambition démesurée de l'invitation dont nous honore Carine David se rapporte à son extrême pertinence¹. Envisager « *Le jour d'après* » implique de questionner la trajectoire promise au pluralisme juridique en Nouvelle-Calédonie. Si nécessité fait loi, point cependant de propos légitimes sans humilité².

2. Quand le pluralisme culturel innerve le pluralisme juridique, le passage du « fait coutumier » au « droit coutumier » emporte une mutation du système normatif dont les enjeux sociétaux peuvent être aussi divers qu'essentiels. Le référendum d'autodétermination engage la (re)formulation du contrat social calédonien. Or le choix du pluralisme juridique est aussi un choix identitaire qui n'est pas sans conséquences sur l'édification des liens d'appartenance à une communauté de destin, sur le développement économique, l'aménagement du territoire, l'égalité sociale, la sécurité ou encore la détermination des lieux d'exercice du pouvoir et l'organisation institutionnelle.

Sur un thème aussi vaste qu'il mobilise depuis 2014 la réflexion collective d'équipes scientifiques pluridisciplinaires³, ces quelques lignes ne prétendent pas à l'exhaustivité. Expression d'un point de vue – parmi d'autres possibles⁴ –, elles tirent seulement quelques hypothèses de l'observation récente des forces créatrices du droit privé à l'œuvre en Nouvelle-Calédonie. L'Accord de Nouméa marque le point de départ de la période observée et séquence la réflexion.

3. « *Le passé a été le temps de la colonisation. Le présent est le temps du partage, par le rééquilibrage. L'avenir doit être le temps de l'identité, dans un destin commun* »⁵. C'est moins pour leur mystère, qui livre l'interprète à toutes les conjectures, que pour le génie programmatique qu'ils exercent sur un projet politique – restant lui à définir – que les mots du préambule résonnent.

1. La déformation du propos de Renard ne doit rien à la ruse (Jean De Lafontaine « *Le Corbeau et le Renard* »). Point de fromage que par orgueil le Corbeau aurait échappé, dans cette libre appropriation de la fable ne s'exprime que l'éthique de notre hôte. Car il n'est pas de question qui ne doive pas être débattue par chacun en vue de penser l'avenir.
2. Professeur de droit privé né en métropole, l'auteur de ses lignes ne connaît de la Nouvelle-Calédonie et des gens de l'endroit que ce qu'ils ont bien voulu dévoiler d'eux-mêmes, durant 4 années au sein du département droit de l'UNC 2012-2016.
3. *Faire de la coutume Kanak un droit – Enjeux, histoire, questionnements*, Rapport de recherche pour le compte de la Mission de recherche Droit et Justice, 2016, sous la coordination scientifique de C. Demmer, gip-recherche-justice.fr; *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie* - Rapport de recherche pour le compte de la Mission de recherche Droit et Justice 2016, sous la direction scientifique de E. Cornut et P. Deumier, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01592950v1>.
4. Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, CNCDH, Avis « *La place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : la situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des amérindiens de Guyane* », 23 février 2017. Cet avis mentionne que « *quelle que soit l'issue du référendum les acquis positifs de l'Accord de Nouméa doivent être préservés à l'avenir.* »
5. Point 4 du préambule, Accord de Nouméa.

Par étapes successives, l'intégration dans le corpus normatif de « la coutume », prise comme marqueur de l'identité culturelle kanak, progresse. Les ombres du passé ont nécessité une rupture : le rééquilibrage est passé par une « décolonisation juridique » de la coutume (I). Le territoire éprouve, au présent, les frontières et les jeux d'influence engendrés par un pluralisme juridique de défense de l'identité autochtone dans une société multiculturelle (II). En fera-t-il, à l'avenir, le levier d'un projet de société différencialiste ? (III).

I. Rééquilibrage : la « décolonisation⁶ juridique » des coutumes kanak

4. « Accord de décolonisation progressive », l'Accord de Nouméa fixait les orientations : il engageait l'État à démontrer sa capacité à réparer les ignorances ou dénis du passé. Rompre avec les confiscations impliquait de rendre au peuple kanak terres et identité. Pour traduire cet objectif au plan juridique, l'affirmation de la compétence des coutumes pour régir tout à la fois terres coutumières et statut particulier s'imposait⁷. La force symbolique des mots ayant été convoquée : le statut particulier devait se muer en statut coutumier appelé à côtoyer, sans hiérarchie déclarée, un statut civil déchu de son rang de droit commun. Il faut reconnaître à l'État d'avoir tenu cette promesse politique. Par touches successives sur le plan constitutionnel, légal comme judiciaire, il en a fait une réalité juridique incontournable du système juridique calédonien.

5. L'égalité statutaire et la différenciation des personnes par l'état civil sont des acquis constitutionnels⁸. Outre le fait que le titre XIII de la Constitution soit dédié à cette collectivité

territoriale *sui generis*, par la constitutionnalisation⁹ du préambule de l'Accord le Conseil constitutionnel¹⁰ a assis, au sommet d'une hiérarchie des normes partagée, un principe de non-régression de l'identité Kanak, dans ses dimensions statutaires et foncières¹¹.

6. Requête pour la mise en œuvre de l'accord¹², on doit à la loi organique¹³ d'avoir consacré la compétence normative des coutumes. Ses articles 7 et 18 invitent au dépassement du « fait coutumier » et permettent l'émergence et l'émancipation d'un « droit coutumier ». La coutume seule gouverne le statut personnel, la terre coutumière et, plus encore, toute la matière civile dans les rapports entre personnes de statut coutumier. Au-delà de la lettre de l'Accord, la loi organique pose les fondations d'un droit civil coutumier autonome des lois civiles de la République. Inscrite dans les textes, la décolonisation juridique de la coutume pouvait encore rester lettre morte. Elle ne gagne pleine effectivité qu'au terme d'un combat judiciaire pour la loi, engagé par trois magistrats¹⁴.

7. Fait saillant de l'histoire du droit de l'archipel : dans le cadre de leur fonction juridictionnelle, des magistrats ont été les artisans de la « coutume judiciaire¹⁵ ». C'est en donnant vie aux juridictions coutumières, pourtant déjà dans les textes depuis 1982¹⁶, et pour avoir pris l'initiative de solliciter pour avis¹⁷ la Cour de cassation en 2005¹⁸ et 2007¹⁹ que s'est imposée avec force sur le territoire la pleine compétence normative en droit civil des coutumes sur les citoyens de statuts coutumiers. « *Les personnes de statut civil coutumier Kanak sont régies, pour l'ensemble du droit civil par leurs coutumes.* » Les coutumes kanak débordent le lit des questions strictement familiales, personnelles, successorales et foncières. Grâce à la « jurisprudence coutumière » et sous la vigilance bienveillante de la Cour de cassation et du Conseil constitutionnel²⁰, elles investissent les autres espaces du droit

6. « *La décolonisation est le moyen de refonder un lien social durable entre les communautés qui vivent aujourd'hui en Nouvelle-Calédonie, en permettant au peuple kanak d'établir avec la France des relations nouvelles correspondant aux réalités de notre temps* », préambule point 4.

7. Article 75 de la Constitution.

8. I. Dauriac, « *La loi du pays fera-t-elle la « constitution civile de la Nouvelle-Calédonie* » ? in *15 ans de lois du pays en Nouvelle-Calédonie – Sur les chemins de la maturité-*, dir.sc. C. David, PUAM 2016, p. 255 et spec. p. 271.

9. Art. 77 de la Constitution. M. Chauchat, *La citoyenneté calédonienne*, Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 23, février 2008, spéc. note 6.

10. Cons. const. DC n° 99-410 du 15 mars 1999 ; DC n° 2013-678 DC du 14 nov. 2013 ; DC LP, n° 2016-6 du 16 juin 2016.

11. I. Dauriac, *op. cit.* p. 275.

12. Art. 77 de la Constitution.

13. LO n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

14. R. Lafargue, P. Frezet, D. Rodriguez. Dans le cadre de leur fonction juridictionnelle, leur engagement a été déterminant pour la vitalité de la justice coutumière. Par là sont assurés l'accès à la justice civile des Kanak de statut coutumier et une normativité effective de la coutume judiciaire, en matière civile. Par leurs écrits et prises de paroles, ils ont su alimenter la réflexion consacrée au pluralisme juridique sur le territoire. Tout à la fois acteurs et penseurs de la justice coutumière et du pluralisme juridique, leurs contributions ont été décisives dans la construction du système normatif actuellement à l'œuvre en Nouvelle-Calédonie.

15. D. Rodriguez, *Les juridictions coutumières à l'ouvrage*, in *Peuple premier et cohésion sociale en Nouvelle-Calédonie – Identités et rééquilibrages*, PUAM 2012, p. 63 et s., et surtout R. Lafargue, *La coutume face à son destin – Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra étatiques*. LGDJ, 2010, 348 p.

16. Ordonnance, n° 82-877, du 15 octobre 1982, JORF 17 octobre 1982, p. 3106.

17. Alors que les Kanak hésitaient à saisir la justice de la République, la procédure d'avis a permis, sans attendre le pourvoi en cassation d'un justiciable, que la Cour de cassation formule son interprétation de l'article 7 de la LO.

18. Avis C. Cass. 16 décembre 2005, *BICC* n° 637 du 1^{er} avril 2006, RTD civ. 2006. 516, obs. P. Deumier ; P. Frezet, *Justice française en Nouvelle-Calédonie : la fin du rêve tropical*, *RJPENC* n° 7 2006/1, p. 40.

19. Avis C. Cass. 15 janvier 2007, *BICC*, 1^{er} avril 2007, rapport de Mme Guilal, conseiller rapporteur.

20. À propos de l'art. 19 modifié de la loi organique, la réserve d'interprétation suivante est formulée : « (...) ; l'instauration de la faculté pour la juridiction pénale de droit commun de statuer sur les intérêts civils dans des instances concernant exclusivement des personnes de statut civil coutumier kanak, lorsqu'aucune de ces personnes ne s'y oppose, n'a pas pour objet et ne saurait avoir pour effet de permettre à la juridiction pénale de droit commun de ne pas faire application de la coutume lorsqu'elle statue sur les intérêts civils ; (...) ; que, sous cette réserve, l'article 25 est conforme à la Constitution », Cons. Const., DC., n° 2013-678 du 14 novembre 2013.

civil. Ainsi et quelle que soit la juridiction – civile coutumière²¹ ou pénale –, la question des intérêts civils entre personnes de statut coutumier ne peut se résoudre que conformément à la coutume. Tirer prétexte du caractère d'ordre public d'une loi civile pour l'imposer dans l'ordre coutumier qui n'en connaîtrait pas l'équivalent est également voué à l'échec²². L'émancipation civile de la coutume scelle le sort du Code civil, il n'est plus le Code civil de tous les français²³.

Deux peuples, deux terres, deux droits : la partition civile de la Nouvelle-Calédonie est une réalité dont le territoire éprouve au présent les frontières et jeux d'influence.

II. Frontières et jeux d'influences : un pluralisme juridique de défense de l'identité autochtone

8. Que le pluralisme juridique soit une réalité du système juridique de la Nouvelle-Calédonie ne dispense pas d'en questionner l'équilibre.

Alors que les frontières de la partition civile évoluent en jurisprudence, la *Charte du Peuple Kanak*²⁴ pour « *un socle commun des valeurs et principes fondamentaux de la civilisation Kanak* », invite à leur dépassement en faveur d'un « *projet de pluralisme juridique équilibré et coopératif* », autrement plus ambitieux que celui existant, qualifié d'« *hégémonique* ». Le silence, voire l'attentisme, des autres institutions du territoire contrastent avec ces initiatives. L'autonomie normative acquise au territoire voudrait pourtant que le centre de gravité politique et institutionnel du débat se soit déplacé de sorte que les arbitrages à opérer soient attendus du jeu de la démocratie locale²⁵.

9. Lieu d'expression de la « coutume judiciaire », la justice civile coutumière orchestre une ambition singulière à bien des égards.

Elle n'est plus le simple porte-parole de la loi organique. De la lettre de cette loi elle s'émancipe et lui préfère l'esprit de l'Accord. Produisant une jurisprudence évolutive et constructive, assumée comme source créatrice du droit, les juridictions coutumières – en particulier la cour d'appel de Nouméa – revisitent la sphère d'influence des coutumes.

Les sujets de la coutume sont désignés au prétoire.

Quand la loi organique ferme le retour au statut coutumier, la découverte d'une action prétorienne fondée sur la possession d'état fait sauter les verrous. La réécriture de la loi par le juge obtient quitus du quai de l'Horloge²⁶ car relayer l'ambition de l'Accord de Nouméa peut encore servir d'alibi décisif. Cependant, lorsque la justice donne à la coutume des sujets d'un genre nouveau : les personnes morales de droit coutumier, cet ancrage s'évapore.

Concept strictement juridique, la personnalité morale s'implante dans la coutume pour donner au clan le moyen de se faire entendre sur la question foncière, jusque devant les tribunaux. La réalité de la personne morale bénéficie d'une nouvelle jeunesse pour lui octroyer la qualité de sujet du droit coutumier²⁷. Puis, un revirement²⁸ replace la personnalité morale-fiction des GDPL²⁹ dans le giron des normes coutumières. Seule la coutume et donc la justice coutumière sont ainsi habilitées à démêler et arbitrer les intérêts respectifs de ces collectifs en situation de concurrence³⁰. Si la loi civile n'est plus la loi commune venant s'immiscer, au prétexte de les combler, dans les silences de la coutume, la justice, elle, ne craint pas d'expérimenter la transplantation de techniques et concepts de droit privé pour promouvoir son programme : le déploiement normatif de coutumes enrichies au services de la reconnaissance de droits collectifs autochtones.

10. Juridiction de l'ordre judiciaire, c'est par devant elle que doit se dénouer la question de la garantie des droits fondamentaux des Kanak. La juridicité des coutumes renouvelle les enjeux démocratiques de leur conformité aux droits de l'homme. Aucune immunité structurelle relative aux exigences européennes et internationales en cette matière ne leur est acquise du seul fait³¹ qu'elles soient la substance opérationnelle du statut coutumier constitutionnalisés³². Certes, l'oralité exclut qu'elles aient à surmonter un quelconque contrôle de constitutionnalité, mais leur conventionalité reste une question épineuse³³, sous arbitrage de la justice coutumière. Parce que les décisions de justice coutumière sont aujourd'hui rendues au nom du droit à la différence culturelle, elles échappent au reproche d'une uniformisation rampante des coutumes et normes civiles au prétexte d'universalisme des droits fondamentaux. C'est aussi à tort qu'on les accuserait d'ignorer les droits fondamentaux des Kanak, puisqu'elles invoquent l'article 8

21. E. Cornut, *La réparation du préjudice civil en vertu de la coutume Kanak*, *RJPENC* 2013/2, p. 138. CA de Nouméa 12 juin 2013 RG/ 12/00387. CA Nouméa 20 mars 2014 RG/ 13/0068.

22. Civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 2010, n° 08-20.843 ; D. 2010. 2911.

23. P. Frezet *Du statut à l'identité*, in *Peuple premier et cohésion sociale en Nouvelle-Calédonie – Identités et rééquilibres*, PUAM 2012, p. 80.

24. Charte du peuple kanak, proclamée le 26 avril 2014, p. 49. Comp. L. Sermet, « *Le pluralisme juridique : une approche française ?* », *RJPENC*, 2013, n° 22, p. 4.

25. Avis CE n° 387.519 du 23 mai 2013, *sur la répartition des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie pour définir le champ d'application des normes et fixer les règles de conflits de lois en matière d'état et de la capacité des personnes*. Sur l'interprétation de cet avis en ce qu'il confère au territoire la maîtrise effective du périmètre de son pluralisme juridique voir I. Dauriac, *La loi du pays fera-t-elle la « constitution civile de la Nouvelle-Calédonie » ?* *op. cit. spéc.* p. 273.

26. Civ. 1^{re} 26 juin 2013, I. Dauriac, « *La différenciation des personnes par l'État civil : expérience calédonienne.* » D. 2013, p. 2092.

27. Nouméa 22 août 2011, RG/10/0531 et RG/10/0532. Encore par incidente Nouméa 20 mars 2014 RG/ 13/0068.

28. Nouméa 13 août 2012 RG/12/242. Nouméa 22 août 2011, RG n° 10/00531 et RG n° 10/00532 – Nouméa 11 octobre 2012 RG/ 11/00425. *Contra* Nouméa 21 août 2008 RG 07/476 le GDPL est une personne morale de droit privé.

29. Ordonnance 15 octobre 1982 ; art. 99, loi n° 88-1028 du 9 nov. 1988 ; décret du 16 août 1989.

30. Délibération n° 15-2017/SC du 25 juillet 2017 portant approbation de la « *Parole introductive du Sénat coutumier relative aux terres coutumières et au groupement de droit particulier local : de la revendication foncière au développement économique* », *JONC* 19 septembre 2017, p. 12229.

31. Sauf réserves exprimées de l'État s'agissant de la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme en Nouvelle-Calédonie.

32. Art 8.2 de la Convention de l'Organisation internationale du travail relative aux peuples indigènes et tribaux de 1989.

33. I. Dauriac, « *Exigences démocratiques et droit privé calédonien* », in *Diversité de la démocratie*, dir. sc. Fl. Faberon, LGDJ 2016, p. 265 et spec. p. 270 et s.

de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) au soutien du retour au statut coutumier³⁴ et que le sort coutumier de l'enfant se décide en considération de son intérêt supérieur, conformément à l'article 3.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant³⁵. La justice coutumière ne décline donc pas sa compétence : elle assure la défense des droits fondamentaux. Mais il reste que pour concilier coutumes et droits de l'homme elle s'est engagée dans une relecture de ces droits. Elle les réinvente dans une dimension collective autochtone qui neutralise en partie leur individualisme. C'est donc cette voie empruntée qu'il faut éprouver à l'aune de ses vertus démocratiques. Sera-t-elle suffisante pour assurer la protection des plus faibles : femmes et enfants de la coutume³⁶ ?

11. Juridiction au service de la coutume ; elle lui confère la juridicité. Le délibéré se veut dialogue des assesseurs coutumiers et du magistrat. Il contraint à un exercice inédit d'anthropologie juridique. Découvrir la parole coutumière est à ce prix. En retour, le sens et les orientations de la jurisprudence coutumière s'exposent à l'analyse critique des anthropologues³⁷. Surtout cette jurisprudence incarne une dispersion de la parole coutumière. Quand la coutume se dit au tribunal, elle échappe à la maîtrise naturelle et jusque-là exclusive des autorités coutumières. Au baromètre de son effectivité, la réception de la jurisprudence civile coutumière en monde kanak préoccupe. À celui de sa légitimité, c'est sa fidélité aux coutumes des justiciables qui interpelle : le « droit civil coutumier jurisprudentiel » est-il encore la coutume ?

Parce que l'identité du peuple autochtone n'est ni univoque ni figée, le risque de divorce de ces sources normatives évolutives – jurisprudence et coutume – n'a rien d'hypothétique. Pour l'éviter, deux équations diaboliques doivent être affrontées.

La désignation des assesseurs coutumiers subit l'emprise de deux impératifs contradictoires. L'impartialité de la juridiction voudrait que tout lien d'intérêt entre justiciables et assesseurs soit exclu mais fonder la justice rendue sur les coutumes des justiciables implique au contraire leur proximité. En amont, prévenir toute contrariété de décision judiciaire à la coutume est illusoire. En aval les voies d'un contrôle disciplinaire semblent sans issue. En effet, si la violation de la loi par le juge se résout

par la censure d'un « tribunal » de cassation, l'organisation d'un tel contrôle pour violation de la coutume paraît inimaginable. En cas de dénaturation ou de toute autre trahison de la coutume par le pouvoir judiciaire, l'issue ne peut sans doute pas être trouvée ailleurs que dans une « loi du pays coutumière ». De quoi suggérer, y compris en cette matière, que lorsque des principes coutumiers s'évincent de la judiciarisation de la coutume³⁸, la dialectique des sources écrites et non écrites du droit ramène à la loi plus sûrement qu'à la coutume³⁹.

12. Le statut civil coutumier, le régime des terres coutumières et des palabres coutumiers, les limites des aires coutumières sont une compétence de la Nouvelle-Calédonie, exercée par voie de loi du pays⁴⁰. Sans avoir délaissé cette compétence, le gouvernement et le congrès témoignent peu d'empressement à l'investir. La production législative se résume à ce jour à une loi du pays unique, consacrée aux actes authentiques coutumiers⁴¹. Intervenant dans des domaines d'« intérêt pays », le législateur local se tient en retrait de la sphère coutumière. Ainsi, le code agricole et pastoral de Nouvelle-Calédonie⁴² dote le droit local de pas moins de cinq formules de bail rural⁴³, sans que la valorisation des terres coutumières à des fins agricoles ait même été envisagée. Il est vrai que depuis le conseil économique social et environnemental de la Nouvelle-Calédonie a été saisi⁴⁴ d'une proposition de loi du pays portant création de baux ruraux sur terres coutumières. Au moins, si elle devait aboutir, cette session de rattrapage marquera-t-elle les prémices d'une prise de conscience collective de ce que les questions coutumières ne doivent pas systématiquement être marginalisées et laissées à la traîne ni de la production législative ni des codes destinés au territoire. Cette illustration révèle des freins psychologiques à penser des politiques publiques d'aménagement du territoire inclusives et globales dans les domaines d'intérêt général. Pour ne pas être isolée⁴⁵, elle montre aussi une frilosité à mettre dans le débat démocratique des thèmes qui, pour se concentrer sur des problématiques coutumières, ne sont pas pour cela étrangers aux conditions du développement économique et social du territoire.

13. La pusillanimité des politiques locales contraste en effet avec l'audace du sénat coutumier. Lui élabore et formalise des propositions de lois du pays multiples en matière coutumière.

34. Nouméa, 29 septembre 2011, RG n° 2011/46 ; Nouméa, 11 mars 2013, n° RG 12/00211.

35. Nouméa, 16 septembre 2013, RG 12/339.

36. CNCDH, Avis « La place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : la situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des amérindiens de Guyane », 23 février 2017, recommandation n° 2 : « La CNCDH recommande aux autorités françaises, dans le respect de la diversité culturelle des peuples autochtones, de porter une attention particulière et accrue à la situation des femmes et filles autochtones, pour qu'en droit comme en fait, elles n'aient plus à subir de discriminations ».

37. *Faire de la coutume Kanak un droit – Enjeux, histoire, questionnements*, Rapport de recherche pour le compte de la Mission de recherche Droit et Justice, 2016, sous la coordination scientifique de C. Demmer, gip-recherche-justice.fr

38. Pour un principe coutumier de réparation intégrale des préjudices civils et coutumiers : CA de Nouméa.

39. Ce retour à la loi n'aurait cependant rien de comparable à une entreprise de codification des coutumes, il s'en distinguerait par ses méthodes comme ses ambitions.

40. Articles 22- 5° et 99 5° LO.

41. Lp n° 2006-15 du 15 janvier 2007, relative aux actes coutumiers.

42. Lp n° 2016-16 du 14 janvier 2016, portant code agricole et pastoral de la Nouvelle-Calédonie et relative aux baux ruraux.

43. Reproductions plus ou moins parfaites et pertinentes du code rural métropolitain.

44. CESE, rapport & avis n° 09/2017, *JONC* 4 mai 2017, p. 5013.

45. Lp 111-1 du code de l'urbanisme issu de la loi du pays n° 2015-1 du 15 février 2015 : « Les prévisions d'aménagement et les règles d'urbanisme (...) ne s'appliquent pas sur les terres coutumières qui demeurent régies par la coutume conformément à l'article 18 de la loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999 ».

Outre la Charte du peuple kanak, il compte à son actif au moins quatre projets de lois publiées sur des sujets variés – successions⁴⁶, savoir-faire traditionnels⁴⁷, réforme des actes publics coutumiers⁴⁸, congés pour responsabilités coutumières⁴⁹ –, sans qu'aucune de ses initiatives n'ait eu l'honneur d'une ouverture de débat au congrès⁵⁰. À vouloir décrypter les raisons de cette intense activité sénatoriale de fabrication de la norme coutumière, quelques explications s'imposent.

14. On peut y voir une volonté de reprise en main des questions coutumières. La démarche est judicieuse car il appartient à cette institution issue de la loi organique de construire en interne au monde coutumier sa légitimité et en externe de s'imposer comme interlocuteur incontournable de la production normative consacrée aux intérêts autochtones sur le territoire.

Poursuivre de concert ces deux objectifs explique que le sénat établisse sa capacité à être le porte-parole du monde coutumier dans sa diversité. À ce titre, la Charte du peuple kanak est une démonstration de force en ce qu'elle fait œuvre de synthèse. Le socle commun des valeurs kanak incarne une aspiration à l'énoncé d'un « droit commun coutumier ». En devenant l'autorité coutumière qui dit les valeurs coutumières, le sénat assoit sa superposition sur les autorités coutumières, alors qu'il inscrit déjà son empreinte sur leur restructuration et leur mise en ordre.

Par sa force de proposition législative et légistique, il préempte la réponse de cette question déterminante : qui fait le droit pour les Kanak de statut coutumier ? On ne peut pas feindre d'ignorer que des ambitions institutionnelles pour la conquête du pouvoir normatif se jouent aussi à couvert d'une « identité collective autochtone » à défendre⁵¹. Si la représentation sur le territoire de cette haute autorité coutumière consultative est acquise, le pouvoir de délibérer la norme coutumière reste à conquérir. La lecture que fait le sénat coutumier de l'article 18 de la loi organique ne laisse pas place au doute. Parce que les terres coutumières sont régies par la coutume en application de ce texte, et que la même loi dispose en son article 6 que le « *droit de propriété garanti par la Constitution s'exerce en matière foncière sous la forme de la propriété privée, de la propriété publique et des terres coutumières dont le statut est défini à l'article 18* », il en conclut que « *l'élaboration d'un droit*

commun de l'environnement » par la province des Îles « *est contraire tant aux dispositions de la loi organique qu'à l'Accord de Nouméa reconnaissant le lien à la terre*⁵² ». Régies par la coutume, les terres coutumières deviennent des espaces de souveraineté coutumière, sur lesquelles aucune délibération provinciale ni loi du pays ne pourrait venir concurrencer le pouvoir normatif de la coutume. Juridiquement discutable, la conclusion n'en révèle pas moins la dimension politique du projet que le sénat porte : rendre à la coutume autochtone dont il est porte-parole sa souveraineté au sein de la collectivité calédonienne.

15. Le projet politique est une chose, dans laquelle la pertinence des chantiers entrepris et propositions de lois formulées par le sénat ne se dissout pas. Alors que la délibération de 1980⁵³ fait chaque jour la preuve tant de son utilité⁵⁴ et que de son obsolescence, tarder davantage à inscrire sa réforme et la mise en débat de la proposition sénatoriale relative aux successions coutumières à l'ordre du jour du congrès est assurément regrettable. Ne pas percevoir par exemple que le droit des successions est tout autant un droit familial et culturel qu'un droit patrimonial dont l'efficacité économique est un enjeu pour tous est socialement et économiquement dommageable à l'échelle du territoire. La défense des intérêts autochtones, la concurrence des institutions pour la production normative peuvent-elles à ce point masquer les enjeux du pluralisme culturel et juridique pour le territoire⁵⁵ ?

III. Le pluralisme juridique un levier pour quelle société ?

16. Cultivant un véritable droit à la différence, le peuple premier de Nouvelle-Calédonie s'identifie comme distinct des autres communautés du territoire. Pour autant les droits à l'identité et à l'autodétermination renvoient à deux stratégies politiques différentes qui ne se recoupent pas forcément : celle d'une indépendance à conquérir sur l'État français, et/ou, celle d'une souveraineté autochtone à édifier au sein de cet État ou/et du territoire prenant ou non son indépendance. Ces deux

46. Délibération sénat coutumier 2 juillet 2015, proposition de loi du pays *relative aux successions coutumières*, n° 01/2013/SC du 22 août 2013, JONC le 3 décembre 2013.

47. Délibération n° 14-2014/SC du 13 novembre 2014 adoptant projet de loi du pays *relative à la sauvegarde des savoirs traditionnels liés aux expressions de la culture kanak et associés à la biodiversité ainsi qu'au régime d'accès et de partage des avantages*, JONC 3 février 2015, p. 1043.

48. Délibération du sénat coutumier du 30 juin 2015 d'une proposition de loi du pays portant modification de la loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007, *relative aux actes coutumiers*.

49. Délibération du sénat coutumier n° 02-2017/SC du 24 janvier 2017 portant « *projet de loi du pays instituant un congé pour responsabilités coutumières* », JONC 8 août 2017, p. 10352.

50. Délibération n° 09-2016/SC du 16 août 2016, *relative à l'ouverture de discussions et négociations portant sur les propositions des institutions coutumières concernant les politiques publiques de l'identité kanak*, JONC 22 septembre 2016, p. 10196.

51. Délibération n° 08-2016/SC du 16 août 2016 relative aux politiques publiques de l'identité kanak, JONC 22 septembre 2016 p. 10180.

52. Sénat avis, « *portant sur les premières propositions de textes réglementaires relatifs au code de l'environnement de la Province des îles* », n° 2290-/PR/SG. Rapprocher délibération n° 04-2016/SC du 24 mars 2016, portant avis relatif aux projets de délibération de la province Sud relatives à des dispositions en matières d'urbanisme et d'aménagement, JONC, p. 10324.

53. Délibération de l'Assemblée territoriale de Nouvelle-Calédonie et Dépendances n° 148 du 8 septembre 1980 *portant organisation de la succession des biens immobiliers appartenant aux citoyens de statut civil particulier et acquis sous le régime du droit civil*.

54. Illustration d'une instrumentalisation pour régler au-delà de son champ d'application la question de l'obligation passive conjugale : Civ. 1^{re}, 10 juin 2015, n° 14-14599.

55. I. Dauriac, *Pluralisme juridique et développement économique*, in *Droit économique en Nouvelle-Calédonie*, dir. sc. N. Tagliarino-Vignal, à paraître.

revendications se retrouvent dans l'archipel. Le courant de l'autochtonie se conjugue voire concurrence le discours jusque-là dominant de l'indépendance⁵⁶. À n'en pas douter, le pluralisme juridique demeurera un élément déterminant du contrat social calédonien, quelle que soit l'issue du référendum d'autodétermination. La question est, pour l'avenir, d'en déterminer la portée et le rayonnement.

17. Comment ne pas s'enquérir du modèle de société dont le pluralisme juridique peut assurer la promotion ? Quelques observations doivent être mises en perspective des choix sur lesquels sont appelés à se déterminer l'ensemble des citoyens calédoniens⁵⁷.

Identitaire, le pluralisme juridique préempte – avec plus ou moins d'acuité selon son périmètre matériel – l'édification des liens d'appartenance à une communauté de destin. L'équation « à chacun son peuple à chacun son droit » ne vaut que tant qu'elle ne confisque pas l'égalité des droits économiques, sociaux et culturels et des libertés individuelles fondamentales. Instrument pertinent de restauration et de préservation de l'identité autochtone, le pluralisme engendre aussi une mosaïque des Droits complexe à mettre en œuvre⁵⁸. En conséquence, déterminer jusqu'où le pluriel des Droits doit ou non servir de levier à une société différentialiste au risque d'être moins immédiatement inclusive est essentiel. Le juste équilibre à définir ne s'évincera d'aucune dogmatique. Car l'universalité réelle des droits de chacun passe aussi par la reconnaissance d'identités multiples et d'éventuelles singularités territoriales ; elle implique une habile reconnaissance de droits individuels autant que collectifs.

Décliner le Droit au pluriel suppose aussi l'adéquation de cette déclinaison aux réalités contemporaines de tous, y compris celles des Kanak⁵⁹ dont la complexité des liens d'appartenance est d'autant plus vive que leurs affiliations se multiplient et s'enchevêtrent au gré de leurs mobilités géographiques, professionnelles, culturelles et de leurs aspirations sociales, économiques et

environnementales. La coexistence de Droits catégoriels dans une communauté de destin politique, économique et social favorisant les échanges et communications inter-communautaires ne tarde jamais ni à raviver la concurrence inégalitaire des Droits quand l'un des systèmes normatifs décroche, ni à réveiller les ambitions uniformisatrices.

18. L'ensemble de ces considérations pèsera demain sur la délimitation du pluralisme juridique en Nouvelle-Calédonie. Dès à présent, elles invitent à la plus grande prudence lorsqu'il s'agit d'envisager un droit pénal coutumier au risque de fragiliser les droits fondamentaux des justiciables⁶⁰. Et plus encore quand dans la volonté d'en finir avec les inégalités du passé entre coutumes et lois civiles, dénoncer l'obsolescence de l'article 9 de la loi organique devient une tentation logique. Le renvoi systématique au droit civil pour régler les rapports mixtes noués entre citoyens calédoniens de statuts différents s'affiche, telle une séquelle archaïque de la domination du droit légiféré. Il est pourtant le seul principe opératoire ouvrant un possible commerce juridique entre citoyens de statuts différents⁶¹ dans l'archipel. Quand la matière civile est écartelée entre deux droits catégoriels – l'un écrit et l'autre coutumier –, c'est l'égal accès de tous les citoyens, et par conséquent celui des sujets de la coutume, au contrat et à la propriété privée de biens non coutumiers, au crédit à l'assurance qu'il faut garantir. Cette nécessité doit s'imposer d'autant plus fortement que rien ne peut justifier d'exclure les Kanak d'un Code civil qui depuis 2013 s'écrit au congrès de la Nouvelle-Calédonie. Démêler les héritages parfois symboliquement lourds de la colonisation et les enjeux postcoloniaux inhérents à la communauté de destin des citoyens calédoniens est assurément périlleux. Si l'Identité retrouvée est un préalable sans laquelle rien n'est possible, cela ne fait pas d'elle la fin qui doit préempter le prochain contrat social de la Nouvelle-Calédonie.

56. S. Guyon et B. Trepied, « *Les autochtones de la République : Amérindiens, Tahitiens et Kanak face au legs colonial français* », direction d'I. Bellier, *Peuples autochtones dans le monde, les enjeux de la reconnaissance*, Collection L'Harmattan, 2013, Horizons autochtones, p. 97.

57. Soit tous les électeurs kanak et non kanak du territoire.

58. Les méthodes et évolutions du droit international privé de ce point de vue préfigurent l'évaluation des performances d'un système normatif calédonien qui s'engagerait dans la construction d'un droit privé à l'échelle des appartenances communautaires plutôt qu'à celle d'une citoyenneté partagée de tous.

59. J.-M. Tjibaou « *Le retour à la tradition est un mythe. Aucun peuple ne l'a jamais vécu. La recherche d'identité, le modèle, pour moi, il est devant soi, jamais en arrière. C'est une reformulation permanente. L'identité elle est devant nous* ».

60. I. Dauriac & N. Tagliarino « *Présentation de la question de la répartition des compétences de droit pénal en Nouvelle-Calédonie* », *RJPENC* 2017, p. 119.

61. I. Dauriac, « *Pluralisme juridique et développement économique* », *op. cit.*

■ Le métissage de la norme par la co-construction du droit : l'exemple du Code de l'environnement de la province des Îles Loyauté

Victor David

Chargé d'Études à l'IRD UMR GRED
Centre IRD de Nouméa

Résumé

Dans le cadre de réflexions sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie après le référendum de 2018 et indifféremment du résultat, la gestion du pluralisme juridique qui s'y est développé nous paraît centrale. Nous suggérons dans cet article que pour parvenir à l'objectif de destin commun fixé pour les Calédoniens par l'Accord de Nouméa de 1998, le métissage juridique est une piste sérieuse. L'expérience conduite en province des Îles Loyauté avec la co-construction participative d'un droit de l'environnement indiscutablement métissé nous encourage fortement à explorer la généralisation de cette voie.

Abstract

Within the current reflection on the institutional future of New Caledonia following the 2018 referendum and regardless of the outcome, dealing with legal pluralism which has developed would seem to be the focal point. In this article, we suggest that, in order to reach the objective of common destiny as set out for all Caledonians in the 1998 Noumea Agreement, legal hybridisation is a serious option to be pursued. The experiment conducted in the Loyalty Islands Province which led to the participatory co-construction of a definitely legally and culturally mixed environmental law strongly encourages us to explore further in this direction.

* * *

« Je me permets en effet de faire le rêve qu'en l'an 2000, le profil culturel du Calédonien comportera aussi bien des éléments de la culture européenne que de la culture mélanésienne. Mais pour que cette

symbiose se réalise, un préalable est nécessaire, c'est la reconnaissance (re-naître avec) réciproque des deux cultures dans ce qu'elles ont de spécifique. Sans cette base, nous continuerons dos à dos notre dialogue de sourds. »¹

« *I have a dream...* » disait de l'autre côté du Pacifique un illustre prédécesseur au tragique destin commun avec Jean-Marie Tjibaou, à peu près sur la même chose, à propos de la reconnaissance mutuelle.

Lorsque l'on réfléchit à l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie, quelle que soit l'issue du référendum d'autodétermination qui aura lieu au plus tard en novembre 2018, pour peu que l'on ait l'objectif de destin commun fixé par l'Accord de Nouméa, on cherche inévitablement comment ordonner le pluralisme juridique qui prévaut. Si les conceptions et les perceptions peuvent varier en fonction des disciplines et des personnes, personne ne semble contester que l'on soit véritablement dans une situation de pluralisme juridique au sens de pluralité des ordres juridiques. Nous retiendrons la définition de l'ordre juridique comme étant « l'ordre politique et social résultant de l'application de règles juridiques » que propose Sabine Lavorel qui s'appuie sur la définition qu'en donne Léon Duguit². Déjà sans doute depuis la loi-cadre Defferre de 1956 et son application à la Nouvelle-Calédonie en 1957 et indiscutablement depuis les accords de Matignon et surtout la loi organique n° 99-209 issue de l'Accord de Nouméa et du Titre XIII de la Constitution française de 1958 (articles 76 et 77), il y a au moins trois ordres juridiques répondant à cette définition : celui de la France, celui de la Nouvelle-Calédonie et celui du droit endogène³, auxquels correspondent bien trois ordres politiques et sociaux distincts. On pourrait discuter sur les deux premiers en disant qu'au fond ils ne font qu'un car ils ont pour origine (« source ») la Constitution française et que le droit calédonien est largement inspiré dans les faits (et (trop) souvent

1. Jean-Marie Tjibaou, *La présence Kanak*, version pdf, *op. cit.* page 13. Jean-Marie Tjibaou évoque ce « rêve » à propos du festival Melanesia 2000 organisé en 1975. « *La motivation profonde de ce festival est la foi en la possibilité d'instaurer un dialogue plus profond et plus suivi entre la culture européenne et la culture autochtone. En effet, la coloration et la saveur du « Caillou » ne peuvent être données que par l'acceptation et une certaine assimilation de la culture originelle du pays.* » Premier – et timide – acte de « participation » dans la conquête d'un droit négocié. Timide car le leader kanak espère au mieux une « certaine » assimilation de sa culture pour faire du Caillou un *melting pot* qui aurait enfin un peu de saveur. Des progrès ont certes été accomplis en quarante ans, parfois au prix de sacrifices. Aujourd'hui, la culture kanak cherche à s'exprimer, s'exprime, sans complexes, elle est prête à négocier d'égal à égal.

2. Sabine Lavorel : « Des manifestations du pluralisme juridique en France. L'émergence d'un droit français des minorités », thèse de doctorat, Université Pierre-Mendès France (2007), voir p. 44 et s. Nous reviendrons plus loin sur l'ordre juridique.

3. Nous utiliserons le terme de droit « endogène » plutôt que droit « coutumier ».

dans les textes) du droit métropolitain. C'est vrai en partie mais ce serait minimiser l'esprit de la loi, celui de l'émancipation de la Nouvelle-Calédonie qui fait que le droit calédonien, sous réserve de la seule conformité à la hiérarchie française des normes, dans les matières qui lui ont été transférées, peut adopter un droit complètement différent grâce notamment à « l'arme législative » qu'est la loi du pays, et ainsi, dans les mêmes matières, faire des choix de société différents. Le constat de ces trois dernières décennies est que l'on est dans un pluralisme de dissociation, peu compatible avec la construction d'un destin commun entre le peuple premier et les communautés établies durablement en Nouvelle-Calédonie et dont la légitimité est reconnue par tous. C'est dans ce cadre que la notion de métissage du droit se présente comme une troisième voie – même si étroite – entre le risque tant de fois avéré d'acculturation et d'assimilation par un ordre juridique dominant et celui d'une société en silos étanches qui poursuivrait « *dos à dos un dialogue de sourds* » comme dit J.-M. Tjibaou.

Quarante ans plus tard, la province des Îles Loyauté (PIL ci-après), peuplée à 97 % de Kanak, dotée d'un pouvoir normatif réglementaire grâce à une ingénierie institutionnelle négociée et propice à la recherche du consensus⁴, rend hommage au leader politique en participant à la réalisation de son rêve de symbiose, en démontrant que le dialogue fécond des cultures juridiques endogène et étatique est non seulement souhaitable mais largement possible, dans un domaine qui dépasse précisément bien des frontières, celui de l'environnement. L'adoption en cours depuis trois ans, dans un processus participatif, du Code de l'Environnement de la province des Îles Loyauté (CEPIL) peut sans doute servir d'exemple à méditer pour l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie.

Après être revenu sur les notions d'ordre juridique et de métissage du droit (I), nous nous arrêterons sur la démarche originale de la province des Îles Loyauté (II).

I. Dépasser la pluralité des ordres juridiques par le métissage du droit

« *Refonder un lien social durable entre le peuple premier et les communautés vivant sur le territoire* », nous dit l'Accord de Nouméa. Pourtant, depuis 30 ans de cheminement vers l'émancipation, en avons-nous vraiment pris le chemin ? On peut en douter, tant la « bataille du pluralisme juridique » est intense en Nouvelle-Calédonie. Le pluralisme juridique est entendu au sens de « *coexistence, au même moment et au sein d'un même groupe social, de plusieurs ordres juridiques qui peuvent être étatiques ou non selon leur mode de production, officiels ou non selon leur reconnaissance par l'État* »⁵. Dans les nombreuses typologies de pluralisme possibles qu'évoque Sabine Lavorel, le système juridique calédonien actuel s'inscrit dans « *un pluralisme intraétatique* » dans la mesure où l'État français « *reconnaît, aux*

côtés de son droit, les ordres juridiques non étatiques devenus officiels du fait de cette reconnaissance »⁶.

À la définition de juristes de l'ordre juridique mentionnée plus haut, il nous semble pertinent d'associer, celle, sociologique, qu'en donne Guy Rocher et qui correspond bien à la situation en Nouvelle-Calédonie :

« [...] *Dans l'ensemble du tissu social, un ordre juridique se reconnaît aux critères suivants :*

1° *un ensemble de règles, de normes sont acceptées comme au moins théoriquement contraignantes par les membres d'une unité sociale particulière, qu'il s'agisse d'une nation, d'une société, d'une organisation, d'un groupe, etc. ;*

2° *des agents ou des appareils sont reconnus dans l'unité sociale comme étant spécialisés pour :*

- élaborer de nouvelles règles ou modifier celles qui existent ;
- interpréter les règles existantes ;
- les appliquer et les faire respecter ;

3° *l'intervention des appareils ou agents est fondée sur une légitimité, c'est-à-dire que les membres de l'unité sociale considèrent que l'action de ces agents ou appareils est justifiée, parce qu'ils leur reconnaissent l'autorité nécessaire pour faire, ou interpréter, ou appliquer les règles ; concrètement, cela signifie que les membres de l'unité sociale ont une conscience des rapports entre les règles et les appareils ou agents ;*

4° *les trois fonctions énumérées en 2° peuvent être remplies par des agents ou des appareils différents, ou par les mêmes. Ce qui est important cependant pour reconnaître l'existence d'un ordre juridique, c'est que ces trois fonctions – et non seulement une ou deux – soient exercées ;*

5° *les règles et les agents ou appareils doivent faire preuve de stabilité dans le temps, d'une relative permanence. Ces règles ne doivent pas sans cesse varier et les agents être constamment relayés.* »⁷

L'existence de trois « droits civils » aujourd'hui, le Code civil français, le droit civil calédonien depuis juillet 2013 et la coutume comme « droit civil kanak » correspond à différents ordres. Un quatrième niveau pourrait être avancé, celui interne à la Nouvelle-Calédonie : dans les matières qui relèvent de leurs compétences respectives, chaque province peut adopter son propre droit, voire un cinquième si l'on retient la pluralité interne au droit endogène. Parmi d'autres éléments de l'autonomie de l'ordre calédonien qui concourent à sa différenciation avec l'ordre « français » signalons sa non-soumission au droit de l'Union Européenne, la Nouvelle-Calédonie étant un PTOM, ainsi que la possibilité de cette dernière, dans ses domaines de compétences, de demander à ne pas être associée à des engagements nationaux et de souscrire à des accords internationaux et bilatéraux.

Si le droit endogène a été malmené durant cette période de 150 ans, par le bouleversement des structures sociales et

4. Voir en ce sens : Carine David, « Lois du pays et Question prioritaire de constitutionnalité. Vers un renforcement de l'État de droit en Nouvelle-Calédonie », *Revue française de droit constitutionnel*, 2014/2 (n° 98), p. 317-344. DOI : 10.3917/rfdc.098.0317. URL : <http://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2014-2-page-317.htm>.

5. Sabine Lavorel, *op. cit.* p. 37.

6. Sabine Lavorel, *idid.*

7. Guy Rocher « Pour une sociologie des ordres juridiques », *Les Cahiers de droit* 291 (1988) : 91-120. DOI : 10.7202/042870ar.

des autorités, les spoliations foncières, par la dislocation de son champ d'application territorial et matériel, il ne disparaît pas définitivement pour autant. À partir des années 1980, la réhabilitation progressive des autorités coutumières et leur institutionnalisation, la reconquête de la dignité culturelle et la restitution même symbolique de souveraineté politique, ramènent sur le devant de la scène le droit endogène. En résumé, la situation aujourd'hui est que le droit en Nouvelle-Calédonie est une addition (ou un empilement dans la hiérarchie des normes) de règles à laquelle s'ajoutent les engagements internationaux et régionaux de la France et bilatéraux de la Nouvelle-Calédonie et de ses provinces.

Le mille-feuille institutionnel qui correspond à cet ordre juridique pluriel calédonien génère un corpus normatif qui, outre qu'il contribue peu à l'objectif de destin commun, relève d'un pseudo-pluralisme juridique dans le sens où il dissocie les ordres juridiques sur une base ethnique (exemple du droit civil) ou territoriale (droit des provinces) et où la tentation est à la domination de l'ordre étatique. Si l'on veut, pour l'avenir post-référendum d'autodétermination, des institutions et un droit plus inclusifs, alors le métissage du droit offre de meilleures perspectives.

Les droits nationaux des États-nations, dont le droit français, et leurs exégètes sont peu enclins à concevoir le métissage du droit. En revanche, celui-ci a été évoqué pour caractériser l'existant ou souhaiter son avènement dans d'autres contextes : droit international, droit européen, et dans les contextes et États multiculturels. Parlant des différentes formes d'interaction de différents ordres juridiques, le professeur Mireille Delmas-Marty, sur la base d'exemples tirés du droit international pénal notamment, évoque l'hybridation de règles juridiques. Parmi les solutions qui permettraient d'atteindre un objectif d'unification qui « *serait le seul processus d'intégration parfaite* »⁸ d'ordres juridiques différents pour ne pas dire concurrents, elle distingue la transplantation et l'hybridation. Elle écarte la transplantation d'un système juridique dans un autre, car elle présente « *non seulement un risque de domination hégémonique d'un système sur les autres, mais encore la perte de toute diversité, l'effacement de l'histoire, l'oubli de l'inventivité des peuples. Quant à l'unification par hybridation, elle a pour caractéristique d'innover en combinant différents systèmes, donc en incorporant des éléments de la diversité juridique du monde* »⁹.

L'hybridation ou métissage du droit est donc autant une méthode dialectique de construction du droit qu'il est un contenu. À l'opposé d'un dialogue de sourds, le métissage juridique est le dialogue de ceux qui s'écoutent et s'entendent. Il n'est ni synthèse ni mixité au sens de juxtaposition d'ordres parmi lesquels selon les « matières » on choisit. C'est une 3^e voie entre un pluralisme assimilationniste et un pluralisme de dissociation, qui *produit* un droit accepté, qui met en accord au travers d'une

interaction féconde deux ou plusieurs communautés humaines avec elles-mêmes. Ainsi par exemple, au Canada et au Québec en particulier, les signes du métissage juridique comme équilibre entre deux héritages (juridiques) coloniaux sont de plus en plus fréquents : « *l'acculturation du droit civil par la common law [...] est révolue* » ; en effet, le « *simple métissage des sources n'est pas signe d'acculturation ni même de mixité et il ne doit plus être ainsi vécu.* »¹⁰ Il existe de par le monde, de l'Afrique du sud à Macao en passant par Israël des exemples de métissage du droit¹¹, à des degrés divers, né de la présence sur un même territoire de deux ou plusieurs ordres juridiques. Plus près de nous, en Nouvelle-Calédonie, la province des Îles Loyauté a résolument pris l'option de se doter d'un droit métissé pour la protection de son environnement.

II - L'exemple du Code de l'environnement de la province des Îles Loyauté

Pour se doter d'un tel droit, la province des Îles Loyauté s'appuie sur l'élaboration participative du droit et la prise en compte des autorités coutumières tant dans la phase d'élaboration que celle de la mise en œuvre des réglementations. La PIL avait adopté une Charte de l'environnement en 2012 qui reprenait les principes constitutionnels de protection de l'environnement tout en rappelant la spécificité des Îles Loyauté. Aux côtés des principes désormais « classiques » issus du droit international, la PIL a conforté ou introduit dans l'ordre juridique français des principes innovants : la reconnaissance du droit endogène par la prise en compte des modes et pratiques de gestion coutumière, la reconnaissance de la personnalité juridique à des éléments de la nature découlant du principe unitaire de vie, la non-régression ou la subsidiarité.

Si le « copier-coller » de réglementations existantes ailleurs (droit national ou des autres provinces) a été évité autant que faire se peut, il n'a jamais été question de les rejeter non plus *simplement parce qu'elles étaient exogènes*. Elles ont été analysées pour leur pertinence et leur aptitude à réellement protéger l'environnement des Îles Loyauté. Parmi celles qui ont été reprises certaines s'imposaient par leur place dans la hiérarchie des normes et s'imposaient évidemment d'elles-mêmes ; les écarter aurait été un facteur d'insécurité juridique pour le code provincial.

Il en a été de même pour les sanctions pénales incluses dans les réglementations, la loi organique ne permettant d'inclure des infractions qui n'existeraient pas en droit pénal français ni de fixer des peines supérieures à celles fixées par la métropole. Ceci constitue d'ailleurs une limite très sérieuse à l'autonomie normative de la Nouvelle-Calédonie et de ses provinces. L'exemple le plus parlant est la pollution de la ressource en eau. En métropole, la pollution est considérée comme une infraction. En Nouvelle-Calédonie, et particulièrement aux Îles Loyauté, la pollution de la lentille d'eau peut être une catastrophe écologique

8. Mireille Delmas-Marty, Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques, *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2006, p. 951-957.

9. *Ibid.* p. 964.

10. Benoît Moore, « Le droit civil et ses codes : parcours à travers les Amériques. Rapport de synthèse » dans Jimena Andino Dorato, Jean-Frédéric Ménard et Lionel Smith, *Le droit civil et ses codes : parcours à travers les Amériques*, Montréal, Thémis, 2011, 1, p. 87-205 cité par Michel Morin, « Dualisme, mixité et métissage juridique : Québec, Hong Kong, Macao, Afrique du Sud et Israël. » *McGill Law Journal*, volume 57, numéro 4, Juin 2012, p. 645-664. doi :10.7202/1013027ar.

11. Voir Michel Morin *op. cit.*

irréversible (du fait de la présence d'une biodiversité endémique), sanitaire et condamner l'agriculture vivrière. Malgré la gravité manifeste de telles pollutions, le développement économique des Îles a favorisé l'arrivée de nouvelles activités (garagistes, élevages intensifs, stations-services...) et la production de déchets de type nouveau (huile de vidange, véhicules hors d'usage...) a multiplié le risque de leur occurrence. Malgré la volonté exprimée localement de sanctions dissuasives, elle ne pourra être traitée que comme une infraction faiblement punie. Les peines d'emprisonnement quant à elles doivent être homologuées par le Parlement national.

« Du droit commun au droit endogène, ou vice versa, la négociation conduit à définir un entre-deux : ni une norme imposée par des institutions étatiques (peu adaptée aux réalités locales, incomprise, non légitime, ethnocentrique...), ni une norme issue de la pratique endogène (floue, peu accessible, peu adaptée aux changements rapides), mais un interstice issu d'un modus vivendi entre l'acceptabilité sociale des communautés concernées et le droit de l'État. Le résultat serait une régulation coconstruite conçue comme révisable et évolutive, voire souple et flexible »¹².

C'est exactement dans cet esprit que nous avons apporté un appui scientifique aux élus et responsables administratifs de la province des Îles Loyauté pour les accompagner dans l'élaboration participative d'un droit innovant et qui corresponde aux Loyaltiens. Les sources d'inspiration ont donc été plurielles, de la culture et coutumes kanak (local) au droit international et au droit comparé (global) en passant par le droit national et calédonien. Lorsque les réglementations existantes étaient inadéquates, elles ont été écartées. Celles qui étaient timorées du fait de choix politiques ont été reformulées toujours dans le sens d'une meilleure protection de l'environnement, en mettant en œuvre des préconisations doctrinales audacieuses et/ou une prise en compte du droit endogène. Il a été tenu compte des propositions, critiques ou approbations recueillies lors des réunions participatives. S'agissant du droit endogène, il n'était pas question de le codifier puisque, par définition, il pouvait différer d'une aire coutumière à une autre, voire entre districts.

Dans un premier temps nous évoquerons quelques principes « classiques » qui ont été adaptés pour la PIL puis nous évoquerons les innovations introduites dans le CEPIL.

Dans son titre 1^{er} du livre 1^{er}, le CEPIL¹³ énonce des principes repensés pour être en harmonie avec la pensée kanak et océanienne de manière générale ou pour lever des ambiguïtés dans leur rédaction originelle révélées par la pratique et les interprétations limitatives.

L'article 110-1 du CEPIL plante le décor du droit de l'environnement négocié qui caractérisera la réglementation provinciale. Il dispose que « *L'environnement naturel est indissociable des pratiques culturelles et des règles coutumières localement applicables. Les politiques mises en œuvre en matière environnementale respectent les obligations inhérentes au lien particulier existant entre l'environnement naturel et la dimension culturelle propre au territoire des îles Loyauté.*

La province des îles Loyauté prend en compte l'existence de modes de gestion coutumière de l'environnement et intègre ces modes de gestion dans la réglementation, dans le respect du principe de subsidiarité. [...] »

Le 2^e alinéa de cet article inscrit clairement le CEPIL dans une logique d'un droit métissé entre droit formel de l'environnement et droit endogène relatif aux pratiques et usages coutumiers liés à l'environnement. Il permet d'exprimer d'emblée la forte interdépendance entre préservation de l'environnement et culture kanak. Lors de son examen par le Conseil consultatif de l'environnement (CCE) se sont exprimés des points de vue divergents sur cet article. Le thème principal de ces discussions peut être ramené précisément à la recherche de l'équilibre entre respect du droit endogène, exigences écologiques et données scientifiques. La représentante de l'association EPLP par exemple s'était montrée circonspecte sur la version originale du texte : elle comprenait dans cette rédaction que, en tout temps et en tout lieu, ce sont les pratiques coutumières qui prévalent, et ce même au détriment des exigences écologiques. Elle a proposé de nuancer la rédaction et de préciser comment allaient se négocier la nécessité écologique et les pratiques culturelles pour que ces dernières n'aient pas un caractère obligatoire. En réponse, le juriste du sénat coutumier a rappelé que globalement les pratiques culturelles tendent vers la préservation de l'environnement. S'il existe en effet des points de tension, comme sur la pêche des tortues, il estime que c'est précisément là que l'article 110-1 vient écartier ce genre de risque. L'assemblée de la PIL au moment de l'adoption du texte a décidé de rajouter le renvoi au principe de subsidiarité.

L'article 110-2 dispose que « *Les dispositions du présent Code sont adoptées dans le respect des droits et devoirs de valeur constitutionnelle proclamés dans la Charte de l'environnement annexée à la Constitution française du 4 octobre 1958, des textes internationaux et de l'identité kanak reconnu dans l'Accord de Nouméa, tout en tenant compte des spécificités socio-culturelles et économiques et identitaires de la province des Îles Loyauté.*

Chacun a le droit de vivre dans un environnement écologiquement sain et équilibré, préservant les sites et les paysages, en accord avec le rythme et l'harmonie de la nature.

Toute personne a le devoir solennel de préserver et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures ».

Si l'on se réfère à la Charte constitutionnelle de l'environnement de 2004 qui s'impose à l'ensemble des pouvoirs publics, il est aussi question de « droit négocié » pour tenir compte des spécificités de la population loyaltienne et faire œuvre de métissage. On associe le droit international (de l'environnement) car il revient à la PIL de le mettre en œuvre.

Le 2^e alinéa de cet article est un métissage de l'article 1^{er} de la Charte française de l'environnement et de l'article II § 16 de la Constitution des Philippines de 1987 qui édicte un principe général de droit à vivre dans un environnement sain. La dernière partie de cet alinéa est aussi un clin d'œil à J.-M. Tjibaou qui

12. Olivier Barrière, Jean-François Faure, L'enjeu d'un droit négocié pour le Parc amazonien de Guyane. *Op. cit.*, p. 177.

13. Tous les articles du CEPIL cités dans ce chapitre sont tirés de l'annexe à la délibération n° 2016-13/API du 6 avril 2016 de l'Assemblée de la province des Îles Loyauté portant adoption du Code de l'environnement de la province des Îles Loyauté publiée au JONC du 23 juin 2016. p. 5937 et s.

disait : « [...] pour être pleinement, il faut être dans le rythme de la nature et c'est sage que de vivre en harmonie avec elle »¹⁴. Enfin, le 3^e alinéa introduit la dimension temporelle du devoir de protection de l'environnement qui s'impose à chacun, en incluant la nécessité de tenir compte des générations futures. Au cours des réunions participatives, la préoccupation des personnes rencontrées dans les Îles Loyauté de laisser un environnement sain aux enfants et petits-enfants a été maintes fois relevée. La rédaction de cet article s'inscrit parfaitement dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui a interprété de manière combinée les articles 1^{er} et 2 de la Charte de l'environnement comme imposant une obligation de « vigilance environnementale » dans une décision du 8 avril 2011¹⁵.

L'article 110-4 précise que « La province des Îles Loyauté a pour mission la préservation de l'environnement et, notamment, les espaces, paysages, ressources et milieux naturels, la diversité et les équilibres biologiques, dans l'intérêt des générations actuelles et futures. Les autorités coutumières sont étroitement associées à leur gestion durable ».

Conforme au premier alinéa du CEPIL, ce principe est en partie inspiré de l'article L. 110-1 du Code de l'environnement métropolitain, lui-même repris par les articles 110-2 alinéa 1^{er} des codes provinciaux de l'environnement des provinces Nord et Sud. Il s'en différencie toutefois de manière significative en abandonnant la notion de patrimoine naturel, partant du principe que la nature n'est la propriété de personne. On se rapproche plus de l'intendance territoriale, le *kaitiakitanga* maori (ou *environmental stewardship* dans le Resource Management Act de 1991), avec la charge de gérer l'environnement naturel en vue de le préserver dans l'intérêt des populations loyaltiennes actuelles et futures. L'association des autorités coutumières à la gestion durable est à la fois une garantie supplémentaire pour l'environnement des Îles Loyauté et une nécessité du fait de l'omniprésence des terres coutumières et de populations traditionnelles.

Le métissage de la norme environnementale ne s'est pas limité à « revisiter » un certain nombre de principes existants pour les adapter à la population des Îles Loyauté. La démarche de droit négocié a également permis d'insérer des principes inédits pour certains, en droit français du moins.

La province des Îles Loyauté peut en effet s'enorgueillir d'être la première collectivité de la République française à avoir intégré dans le droit positif de cette dernière des principes qui jusque-là n'étaient qu'objets de persévérantes croisades de précurseurs du progrès du droit de l'environnement, des préconisations de *soft law* internationale ou d'innovations ponctuelles en droit comparé. Certes, il s'agit d'actes réglementaires et limités à une province de la Nouvelle-Calédonie, mais leur intérêt pour le reste de l'archipel, pour d'autres pays de l'Océanie et de l'outre-mer français, qu'il s'agisse de Wallis et Futuna, de la Polynésie française ou de la Guyane, mais aussi des pays d'Afrique, d'Asie

ou de Madagascar, nous semble établi. En effet, ces espaces présentent des caractéristiques communes : biodiversité riche mais fragile, sociétés humaines traditionnelles ayant des liens de dépendance forte avec leur environnement naturel et, quand il s'agit d'États, des États où les appareils bureaucratiques (au sens webérien de contrôle et de sanctions) sont faibles. Les principes de reconnaissance de la personnalité juridique et de non-régression intéressent tout le monde, le principe de subsidiarité peut être particulièrement pertinent pour les derniers.

En effet, l'article 110-3 introduit tout d'abord le principe unitaire de vie « qui signifie que l'homme appartient à l'environnement naturel qui l'entoure et conçoit son identité dans les éléments de cet environnement naturel [et qui] constitue le principe fondateur de la société kanak. Afin de tenir compte de cette conception de la vie et de l'organisation sociale kanak, certains éléments de la Nature pourront se voir reconnaître une personnalité juridique dotée de droits qui leur sont propres, sous réserve des dispositions législatives et réglementaires en vigueur ».

Conforme à la perception océanienne holistique de l'environnement et de la nature comme personne, cet article en tire les conséquences en termes juridiques. Il existe en droit une traduction possible de cette personnification de la nature, c'est la personnalité juridique. Consacrée en Bolivie et en Équateur, en Nouvelle-Zélande et en Inde¹⁶, la reconnaissance de droits à des éléments de la Nature peut constituer en effet un outil juridique offrant une protection optimale de la Nature ou de certains de ses éléments, tout en répondant à des aspirations des populations au regard de leurs croyances.

Lors de l'élaboration à venir des réglementations sur les espèces protégées ou sur la chasse ou la pêche, il en sera évidemment question. Aux Îles Loyauté, on ne tue pas les requins. En mai 2016, une attaque mortelle par un requin blanc sur une dame de 60 ans à moins de 50 mètres de la plage de Poé à Bourail (province Sud) a pris les aspects d'une mauvaise série policière. Une chasse au requin tueur a été lancée, avec des scientifiques mobilisés pour « reconduire » hors du lagon des requins hors-la-loi du marché touristique. Ces mesures ne suffisant pas à rassurer, les autorités provinciales ordonnent « l'euthanasie » du requin coupable d'homicide volontaire. De quoi rappeler les procès aux animaux faits dans la France médiévale ! Cet incident comme les violentes campagnes anti-requins à l'île de la Réunion n'ont fait que conforter l'idée aux Îles Loyauté de réfléchir à la pertinence de faire des requins, qui sont considérés comme des ancêtres par de nombreuses familles, des personnes juridiques.

Il faut toutefois noter que la faisabilité juridique de la reconnaissance des éléments de la nature comme entités légales dotées de droits pose des questions – comme souvent ! – en matière de partage de compétences et pourrait nécessiter une modification préalable du Code civil calédonien. En tout état de cause, cette réflexion témoigne de l'influence des sociétés traditionnelles dans l'émergence d'un droit de l'environnement novateur dans les concepts qu'il sous-tend.

14. Tjibaou Jean-Marie, Guiart Jean, Recherche d'identité mélanésienne et société traditionnelle [avec une introduction de Jean Guiart], in *Journal de la Société des océanistes*, n° 53, tome 32, 1976, p. 281-292. Doi : 10.3406/jso.1976.2754 ; url : http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/jso_0300-953x_1976_num_32_53_2754.

15. Décision n° 2011-116, QPC, 8 avril 2011, M. Michel Z. et autre, JO, 9 avril 2011, p. 6361.

16. Voir Victor David, « La nouvelle vague des droits de la nature. La personnalité juridique reconnue aux fleuves Whanganui, Gange et Yamuna », *Revue juridique de l'environnement* 2017/3 (volume 42), SFDE, p. 409-424.

Un autre principe novateur reconnu dans le CEPIL est le principe de non-régression à l'article 110-6 : « *Les autorités de la province des Îles Loyauté, en vertu du principe de non-régression et dans le respect des équilibres écologiques, s'engagent à ne pas réduire le niveau de protection de l'environnement* ».

En adoptant le principe de non-régression quelques mois avant sa consécration par le Parlement national dans la « loi biodiversité »¹⁷, la province des Îles Loyauté a fait œuvre d'innovation en droit positif français. Le principe de non-régression, défendu de longue date par le professeur Michel Prieur¹⁸ notamment, avait été timidement affirmé dans la déclaration finale¹⁹ du sommet mondial Rio + 20 en 2012. Dans la rédaction retenue par la province des Îles Loyauté, le principe de non-régression s'appliquera « *dans le respect des équilibres écologiques* » pour montrer précisément qu'il n'y avait rien de définitif dans ce principe. L'adoption du principe de non-régression en province des Îles Loyauté trouve toutefois son fondement ailleurs que dans les seules données scientifiques et de préservation des espèces et espaces. Le principe de non-régression trouve son équivalent en effet dans la tradition du respect de la parole donnée. La parole en pays kanak est sacrée :

« *La parole, c'est la nature tout entière. Et l'homme fait lui aussi partie de la nature, de la création. C'est lui qui parle, mais en même temps c'est toute la nature qui parle, tous ses éléments qui communiquent entre eux comme la source avec la mer. [...] La parole, c'est aussi le vent, le souffle. Celui qui nous lie, et c'est pour cela qu'on doit respecter celui qui parle. La parole, c'est comme l'eau, c'est vital. [...] La parole vient des entrailles de la terre* »²⁰.

Par l'édition de ce principe, la province des Îles Loyauté s'engage, donnant sa parole aux générations futures, de ne pas diminuer la protection accordée à l'environnement par des réglementations ultérieures qui reviendraient sur des acquis. Ce principe de non-régression constitue en réalité une règle de base en matière de droits fondamentaux et de solidarité intergénérationnelle tout autant qu'il protège la nature elle-même.

Enfin, « *La province des Îles Loyauté reconnaît la pertinence de l'application d'un principe de subsidiarité en matière de préservation de l'environnement. Il implique, de manière formelle ou informelle, que les autorités provinciales de leur propre initiative ou à la demande d'autorités coutumières et en concertation avec celles-ci, reconnaissent que les normes coutumières et les pratiques traditionnelles propres à un territoire donné, sous réserve de leur compatibilité avec les règles et politiques publiques de la province, s'appliquent pleinement lorsqu'elles permettent une protection optimale de l'environnement en conformité avec les valeurs culturelles locales. Dans ce cas, elles seront retranscrites dans la réglementation provinciale afin que leur non-respect puisse être sanctionné au même titre que les autres réglementations provinciales. Ce principe inspire le cas échéant la cogestion par la province et les autorités coutumières des écosystèmes naturels et notamment les aires protégées terrestres et marines* ».

Avec l'introduction du principe de subsidiarité à l'article 110-11 du CEPIL, l'exercice est de permettre un fonctionnement harmonieux des institutions aux Îles Loyauté, qu'elles soient coutumières ou issues de la loi organique et ne pas tomber dans une « boulimie » réglementaire pour réguler les relations sociales en lien avec les usages de la nature ou sa protection. Une fois n'est pas coutume en Nouvelle-Calédonie, c'est le droit de l'Union Européenne qui s'est révélé source d'inspiration. Exemple de co-construction du droit, il s'agit de prendre en compte la demande des autorités coutumières, telle qu'exprimée dans les réunions participatives et plus formellement par le sénat coutumier lors de la rédaction du préambule du CEPIL, de « partager » le pouvoir de régulation en prenant en compte le droit endogène et les instances qui le créent.

Ainsi, lorsqu'il n'existe pas de réglementation, la coutume a vocation à s'appliquer pleinement et son non-respect sera sanctionné par la province²¹. Cela signifie également qu'en application de ce principe, la province pourra décider de ne pas réglementer si elle considère que les pratiques coutumières suffisent à assurer une protection optimale de l'environnement. Au contraire, lorsqu'il faudra mettre en œuvre des règles de transposition du droit national ou international ou d'harmonisation avec des pratiques océaniques dans le cadre de l'intégration régionale de la Nouvelle-Calédonie, la PIL pourra intervenir et élaborer de manière participative la réglementation nécessaire. Il faut bien garder à l'esprit, et cela est rappelé dès la première phrase de l'article, que l'objectif ultime ne consiste pas à décider d'une méthode généralisée de gouvernance en PIL mais bien de *préservation de l'environnement*.

Conclusion

À travers le contenu de son Code de l'environnement qui s'efforce précisément d'effacer deux siècles de déni de la culture autochtone et de combiner deux cultures juridiques pour faire renaître une vision enchantée de l'environnement, la province des Îles Loyauté en avril 2016 a ouvert la voie pour la poursuite de l'élaboration participative des réglementations qui composeront le Code. Le travail s'effectue donc en ayant à l'esprit de parvenir à un droit métissé, un droit négocié conciliant plusieurs niveaux de divergences potentielles, en d'autres termes diverses formes de pluralisme : homme/nature ; droit national ou international/réalités du terrain aux Îles Loyauté avec les contraintes juridiques propres à la Nouvelle-Calédonie ; droit formel/droit endogène ; préoccupations écologiques pures/pratiques culturelles locales ; impératifs de développement économique/protection de l'environnement et des pratiques culturelles.

L'ingénierie institutionnelle pour la Nouvelle-Calédonie du « jour d'après » gagnera à s'inspirer de la co-construction du droit pour parvenir à un droit métissé, sur le chemin du destin réellement commun. Les récentes initiatives du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie pour élaborer un nouveau droit de la santé publique en Nouvelle-Calédonie en s'appuyant sur le plan de santé « *Do Kamo, Être épanoui !* » sont prometteuses à cet égard.

17. Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages publiée au *JORF* du 9 août 2016.

18. Voir Prieur Michel, « Vers la reconnaissance du principe de non-régression », *Revue juridique de l'environnement*, 2012/4 (volume 37), p. 615-616.

URL : <http://www.cairn.info/revue-revue-juridique-de-l-environnement-2012-4-page-615.htm>.

19. Résultats de la Conférence des Nations Unies sur le Développement Durable. L'avenir que nous voulons. Paragraphe 20.

20. Maramin Arthur, transmetteur coutumier, tribu de Nôdôw (Nonhoué) à Canala. *Mwà Vée* n° 76, ADCK, Nouméa, 2012.

21. À cet égard, des réflexions sont actuellement menées pour rendre compatible ce principe avec le principe de légalité des délits et des peines.

■ Intégrationnisme versus Multiculturalisme

Gérard Fortez
Yoan Tavouvas
Gino Kalnpel

Master 2 Droit, Université de la Nouvelle-Calédonie

Résumé

La Nouvelle-Calédonie va décider de sa future relation avec la France lors du référendum de 2018, conformément à l'Accord de Nouméa de 1998. Dans ce cadre, la construction de la société calédonienne de demain est fondamentale et implique une réflexion sur les modèles de société, parmi lesquels l'intégrationnisme et le multiculturalisme. Cet article tente de présenter les possibilités pour un destin commun réaliste en Nouvelle-Calédonie.

Abstract

In the 2018 referendum and in accordance with the 1998 Noumea Agreement New Caledonia will decide what its future relationship with France is going to be. In this context, the issue of building the future New Caledonian society is of the essence and implies considering possible models among which integration and multiculturalism. This paper is an attempt to present possible paths for a realistic New Caledonian common destiny.

* * *

La Nouvelle-Calédonie est une collectivité territoriale comme l'affirme le Conseil constitutionnel dans sa décision du 14 novembre 2013¹. Mais elle n'est pas une collectivité territoriale comme les autres puisqu'elle est *sui generis*. En effet, alors que l'article 72-3, alinéa 2 de la Constitution énumère toutes les collectivités situées outre-mer, l'alinéa suivant précise que « le statut de la Nouvelle-Calédonie est régi par le titre XIII ». Sur ce petit bout de « caillou » qui représente 18 575,5 km² de superficie totale pour une population en 2016 de 278 000 habitants selon la Banque Mondiale vivent un peuple² et diverses communautés qui doivent s'interroger sur les modèles de société dans lesquels ils peuvent puiser matière à réflexion pour la construction de la société calédonienne. Parmi les modèles pertinents pour la Nouvelle-Calédonie figurent l'intégrationnisme et le multiculturalisme.

Selon le dictionnaire Larousse, le verbe intégrer vient de « *integrare* », du latin qui signifie « rendre entier ». Il signifie : « Insérer quelque chose dans quelque chose, l'y incorporer, le faire entrer dans un ensemble » ou « Placer quelque chose dans un ensemble de telle sorte qu'il semble lui appartenir, qu'il soit en harmonie avec les autres éléments ». L'intégration est « l'action d'intégrer ; [le] fait pour quelqu'un, un groupe, de s'intégrer à, dans quelque chose ».

L'intégrationnisme est une idéologie développée par la doctrine politiste pour servir d'outil de construction aux sociétés divisées sur un plan ethnique et culturel. Son fil conducteur est de considérer que nonobstant les différences qui rythment le quotidien de la population d'un territoire socialement divisé, l'unité est prônée dans le domaine public pour favoriser la construction nationale du pays, tout en maintenant nombre de différences dans la sphère privée.

De son côté, le concept de multiculturalisme est dérivé étymologiquement de deux mots latins : *multus* qui signifie nombreux et *cultura* pour la culture. Littéralement, il signifie la multiplicité des cultures. Plusieurs auteurs s'efforcent de définir ce concept³ parce qu'il peut varier en fonction de l'angle d'analyse sous lequel il est envisagé. Une définition objective du multiculturalisme peut toutefois être donnée : le multiculturalisme est « la coexistence de diverses cultures, la culture ici comprend la race, la religion, le groupe culturel et se manifeste dans les comportements coutumiers, les croyances et les valeurs culturelles, les modèles de pensée, et les modèles communicationnels »⁴. La doctrine a ensuite conceptualisé le multiculturalisme en le fondant sur la promotion de la diversité des identités communautaires tant dans la sphère publique que privée. La multiplicité des cultures acquiert reconnaissance officielle et leur promotion est garantie.

Le sujet est d'une importance incontournable parce que demain (2018) la question sera posée aux Calédoniens et au peuple kanak sur l'avenir de leur pays. Il s'agit d'une question qui sera soumise au vote par référendum conformément aux stipulations de l'Accord de Nouméa et qui se démarquera par son objet premier sur la question capitale du lien avec la France. Il appartiendra aux personnes, toutes ethnies confondues, qui remplissent les conditions fixées à l'article 218 de la loi organique statutaire, de décider du sort de la Nouvelle-Calédonie.

1. Cons. const., 14 nov. 2013, n° 2013-678 DC, consid. 4.

2. Il s'agit du peuple kanak dont l'identité qui se définit par rapport à un lien particulier à la terre a été reconnue par l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998, constitutionnalisé à l'article 77 de la Constitution française.

3. Michel Wieviorka distingue le multiculturalisme intégré du multiculturalisme éclaté. Le premier « correspondant à la prise en charge en un seul mouvement de la reconnaissance culturelle et des atteintes sociales ». Le second quant à lui sépare la reconnaissance des cultures des atteintes sociales.

4. Fédération Internationale des Associations et Institutions de Bibliothèques : <https://www.ifla.org/FR/publications/node/11085>, consulté le 02 novembre 2017.

La prise de décision ne peut être fructueuse si la population calédonienne n'est pas éclairée sur le modèle de société que les différents groupes communautaires peuvent ensemble proposer à la Nouvelle-Calédonie, la Calénaky/Kanaky/Kanaky-Nouvelle-Calédonie. Peu importe l'appellation.

Ce qui est certain : le futur pays aura un nom inscrit dans le marbre constitutionnel ou institutionnel. C'est pourquoi le sujet invite à la réflexion. Réflexion qui est nécessaire d'abord parce qu'il apparaît très clairement qu'aucun parti politique local n'apporte une vision claire du modèle de société pour demain⁵. La réflexion est également nécessaire parce que la Nouvelle-Calédonie n'est pas obligée de construire son modèle de société en adoptant une vision occidentale : elle doit composer son modèle en tenant compte de ses spécificités propres, s'agissant de son contexte multiethnique et donc multiculturel.

Cette étude se situe dans une démarche prospective s'agissant de l'ingénierie institutionnelle calédonienne au lendemain du(es) référendum(s) devant se dérouler à partir de 2018. Elle se veut simple, claire et précise parce qu'elle s'adresse aux personnes ordinaires qui ont du mal à comprendre les enjeux du référendum, soit parce qu'elles n'accèdent pas à l'information, soit parce que le « message » est exprimé à l'aide d'un vocabulaire technocrate qu'ils ne maîtrisent pas et qui crée par voie de conséquence plus de confusion dans leur esprit plutôt que de compréhension, tout en sachant que l'enjeu est d'une importance capitale car il intéresse directement tout un peuple et diverses communautés qui un jour ou l'autre seront amenées à tracer les grandes lignes directrices de leur destin.

Dès lors, nous nous interrogerons sur le modèle de société pour la Nouvelle-Calédonie au lendemain du ou des référendums. Après avoir présenté les deux modèles les plus pertinents pour la Nouvelle-Calédonie – l'intégrationnisme et le multiculturalisme – (I), nous évaluerons leur application à la Nouvelle-Calédonie (II).

I. L'applicabilité de deux théories : l'intégrationnisme et le multiculturalisme

L'intégrationnisme (A) et le multiculturalisme (B) sont deux modèles de construction sociale et politique qui peuvent servir d'inspiration pour la Nouvelle-Calédonie.

A. L'intégrationnisme : un prototype de société fondée sur la construction nationale

L'intégrationnisme est un processus de construction sociale qui vise à permettre la participation active des populations au sein de la société d'accueil⁶ tout en promouvant les spécificités culturelles sur le fondement de l'égalité juridique devant la loi. Le principe capital de l'école intégrationniste est le suivant : au nom de la construction nationale, la population d'une société ethniquement divisée décide de s'unir dans la sphère publique tout en gardant les différences dans la sphère privée.

La doctrine parvient à répertorier trois écoles intégrationnistes : les Républicains, les Libéraux et les Socialistes. Chez les premiers, l'égalité reste le maître mot alors que la liberté constitue le fondement de la doctrine libérale et que les socialistes plaident pour une justice redistributive. Si elles sont relativement différentes les unes des autres, elles ont toutefois un point commun : la promotion de l'unité dans la diversité ! L'intégrationnisme ne doit nullement faire l'objet de confusion avec l'assimilationnisme qui consiste à éradiquer les différences dans les sphères publiques et privées et ce sous forme de fusion ($A + B = C$) ou d'acculturation ($A + B = A$). L'intégrationnisme se fait à deux échelles : structurelle et sociologique. Sur le plan structurel, il se matérialise par les politiques publiques d'intégration. Par exemple, l'accès au logement, la santé, l'emploi etc. Sur le plan sociologique, il est question de l'intégration des principes et valeurs de la culture commune par les différents groupes ethniques.

À titre d'illustration, la France fonde sa vision de société sur le modèle intégrationniste. Elle a ainsi mis en place en décembre 1989 sous le Gouvernement de Michel Rocard une instance chargée de réfléchir sur les politiques publiques d'intégration dénommée le Haut Conseil à l'Intégration (HCI). La mission de cet organisme qui a disparu en 2004 résume la réalité intégrationniste sous ces mots : « *Sans nier les différences, en sachant les prendre en compte sans les exalter, c'est sur les ressemblances et les convergences qu'une politique d'intégration met l'accent afin, dans l'égalité des droits et des obligations, de rendre solidaires les différentes composantes ethniques et culturelles de notre société et de donner à chacun, quelle que soit son origine, la possibilité de vivre dans la société dont il a accepté les règles et dont il devient un élément constituant* ».

Il faut noter que le modèle intégrationniste n'est pas le seul prototype de construction sociale mobilisable dans une société divisée puisque le multiculturalisme en est un autre. Contrairement au modèle intégrationniste, la logique multiculturelle encourage la promotion de la diversité tant dans la sphère publique que privée.

B. La logique multiculturaliste

Le multiculturalisme est une des formes de l'accommodation, dont la logique diffère de l'intégrationnisme. En effet, l'accommodation consiste à promouvoir les différentes identités tant dans la sphère publique que dans le domaine privé. Le multiculturalisme est littéralement la promotion des identités communautaires dans la sphère privée tout en tolérant les différences dans la sphère publique. Il faut toutefois noter que le multiculturalisme dont il s'agit ici n'est pas l'appréhension selon la vision occidentale ou la conception américaine, qui consiste en réalité à assister les minorités en les adaptant à la société dominante. Dans la conception américaine du multiculturalisme, le principe reste la vision très libérale à tel point qu'on parle de « boutique multiculturaliste ».

5. Voir dans ce dossier les analyses relatives au projet de société indépendantiste (A. Tutugoro) et loyaliste (C. Colomina), où l'on constate que les partis indépendantistes sont néanmoins plus avancés dans la réflexion.

6. Khaled Zammoum, « Minorité ethnique issue de l'immigration et communication communautaire : Les spécificités du modèle intégrationniste français », [en ligne] Global Media Journal, édition Canadienne, volume 4, Numéro 1, Pages 95-100, consulté le 7 Novembre 2017.

L'accommodation multiculturaliste n'adhère ni à la vision occidentale ni à la perception américaine du multiculturalisme mais se propose comme modèle de construction d'une société divisée basée principalement sur :

- L'autogouvernement du groupe et la proportionnalité ;
- Le partage du pouvoir à travers des aménagements consociationnels ;
- Le partage du pouvoir sur une base territoriale.

Le multiculturalisme au sens européen se traduit par la reconnaissance de particularités linguistiques et culturelles. L'Espagne a par exemple encouragé la promotion de la diversité culturelle en procédant au découpage de son territoire en régions pour permettre l'expression des différentes cultures. Mais elle souffre en réalité d'une sérieuse difficulté de gestion lorsque la Catalogne revendique l'accès à son indépendance et la reconnaissance de sa spécificité linguistique et culturelle. Cette situation est la parfaite illustration de possibles difficultés pouvant naître de l'application du multiculturalisme à l'européenne. Quant à l'Allemagne et l'Angleterre en passant par la France, le multiculturalisme est uniquement toléré via l'acceptation des différences mais en réalité il n'est pas réellement affiché au premier plan comme c'est le cas du Canada. Le modèle européen de multiculturalisme ne semble donc pas constituer le terrain propice d'inspiration pour la Nouvelle-Calédonie.

L'étude du multiculturalisme en Australie et au Canada s'avère quant à elle plus convaincante parce que ces deux pays ont fait le choix d'orienter la construction sociale de leur société sur un modèle multiculturel.

S'agissant du Canada, il faut de prime abord rappeler que vivent sur ce territoire des minorités ethniques   côté des Indiens, du Québec, des Ukrainiens, des Haïtiens et d'autres groupes d'immigrants ayant participé à l'histoire du pays.   lui seul, le Canada comporte onze familles linguistiques qui correspondent à des sphères culturelles distinctes : d'Ouest en Est, il s'agit des familles esquimaude-al oute, athapascane, tlingit, tsimshiane, ha dane, wakaskane, salish, kootenayenne, algonquienne, siouienne, et iroquoise⁷. Au Canada, le terme utilisé par les peuples qualifiés habituellement « d'Indiens » ou « d'Amérindiens » pour s'auto-désigner est celui de Premiers nations (First Nations). Quant à la notion de « peuples autochtones » dans la Constitution canadienne de 1982⁸, elle fait référence à trois groupes distincts : les Amérindiens, les Inuit et les M tis⁹.

Un débat a été lancé en 1960 sur la nécessité de construction d'une société canadienne fondée sur la réalité multiculturelle. En 1971, une politique publique de multiculturalisme a ensuite été adoptée pour la première fois par le Gouvernement canadien, rompant ainsi avec son ancienne politique publique biculturelle, principalement ax e sur les cultures française et britannique. Concrètement, cela s'est traduit par l'adoption en 1982 d'une Charte garantissant le droit pour chacun de sauvegarder et de développer sa propre langue ou culture ancestrale. Une loi

est intervenue six ans plus tard pour compléter et renforcer la Charte. L'analyse et l'évaluation de cette politique publique multiculturelle montre clairement son succès car l'objectif fixé est atteint : le pays favorise l'expression des différentes cultures. Par exemple, la mise en place d'une politique éducative et linguistique permet aux minorités ethniques d'intégrer la langue nationale tout en préservant leur langue maternelle.

En Australie, il faut attendre 1978 pour qu'une politique publique multiculturelle soit adoptée. Le changement est opéré parce que la logique assimilationniste qui a longtemps servi de modèle à l'Australie s'avère inadaptée au contexte local car elle nie la réalité culturelle du peuple aborigène. La défense des droits des minorités est l'autre facteur d'explication du changement de la donne politique.

Le Gouvernement australien conscient de la réalité pluri-culturelle du pays matérialise sa volonté politique par l'élaboration d'un programme national dénommé *National Agenda for a Multicultural Australia* adopté en 1989 et renforcé en 1995. Cette feuille de route trace trois grandes lignes de construction sociale : le droit à la justice sociale, le droit à l'identité culturelle et la recherche de l'efficacité économique pour tous qui passe par la valorisation des compétences de chaque individu. L'analyse et l'évaluation de cette politique publique montre qu'elle est inefficace parce que les autochtones (Aborigènes) sont marginalisés alors même que l'état fédéral a mis en place des programmes de soutien en faveur des langues minoritaires, tel le service de traduction et d'interprétation en vue de permettre aux non-anglophones d'avoir recours à un traducteur en cas de besoin. Une révision de sa politique multiculturelle s'avère donc nécessaire.

L'application de ces deux théories à la Nouvelle-Calédonie paraît possible parce que des enseignements et des pistes de réflexion peuvent être tirés de chaque modèle, chacun présentant par ailleurs des limites. Cela laisse donc place à la réflexion et l'imagination pour proposer un modèle calédonien pour demain.

II. L'application des logiques pluriculturelles et intégrationnistes à la Nouvelle-Calédonie : un exercice possible mais qui est à relativiser par la prise en compte des spécificités locales calédoniennes

Le multiculturalisme permet la représentation proportionnelle de la population au sein des institutions calédoniennes (A). Ce qui est salutaire dans la mesure où le partage du pouvoir n'est pas fait au détriment des minorités. Celles-ci participent au contraire à l'exercice de la démocratie qui garantit le principe de l'état de droit. Il a toutefois ses limites tout comme l'intégrationnisme (B). La société calédonienne peut dès lors se situer au croisement des deux modèles.

7. « Une dernière famille linguistique localisée sur l' le de Terre-Neuve, le B othuk, est éteinte depuis la mort de sa dernière locutrice, une femme nommée Shanawdithit, en 1829 », Caroline Desbiens, Irène Hirt, « Les Autochtones au Canada : espaces et peuples en mutation », *L'Information géographique*, 2012/4 (Vol. 76), p. 29-46. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-l-information-geographique-2012-4-page-29.htm>.

8. Article 35 de la Constitution canadienne de 1982.

A. La proportionnalité : un point fort pour le multiculturalisme calédonien sur le plan institutionnel

Le mode de scrutin pour les élections aux assemblées de province et au Congrès de la Nouvelle-Calédonie est le système de vote à la représentation proportionnelle. Chaque province forme une circonscription pour l'élection. Dans chacune des provinces, les élections ont lieu au scrutin de liste à la représentation proportionnelle suivant la règle de la plus forte moyenne.

Le principe de la représentation proportionnelle a été développé pour la première fois en 1789 par Mirabeau : « *les États sont pour la Nation ce qu'est une carte réduite pour son étendue physique ; soit en partie, soit en grand, la copie doit toujours avoir les mêmes proportions que l'original* »¹⁰. L'idée a ensuite été reprise en 1834 par Victor Considérant, Thomas Hare en Angleterre et par Antoine Morin en Suisse¹¹. La représentation proportionnelle permet d'« attribuer à chaque parti ou chaque groupement d'opinion un nombre de mandats proportionnels à sa force numérique »¹². Elle est la représentation de l'ensemble des tendances politiques d'un pays et est de ce fait le remède à l'étouffement des minorités sur la scène politique. Pour éviter que la césure majorité-minorité donne à la seule majorité le droit de décider, la représentation proportionnelle organise les relations consensuelles entre eux. Avec ce mode de scrutin, « l'idée que chacun, même minoritaire doit pouvoir être associé à la décision ou à l'institution se substitue à l'idée que la majorité, parce qu'elle est majorité, représente la nation tout entière »¹³.

Il est nécessaire de rappeler ici que la Nouvelle-Calédonie comme les îles Fidji, est une société pluriethnique. Selon le recensement de 2014, 75 % de la population représente les personnes nées en Nouvelle Calédonie et parmi elles les kanak représentent 39 % de la population et la communauté européenne, 27 %. La communauté de Wallis et Futuna représente 8,2 % de la population et la part des autres communautés (asiatiques et océaniques) tourne autour de 0,90 à 2,5 %. Certaines personnes disent appartenir à plusieurs communautés et leur part est de 8,6 %¹⁴.

Le système majoritaire ne peut pas fonctionner dans ce type de société puisque cela se traduirait par un combat politique entre majorité et minorités qui peuvent dégénérer en guerre civile. La solution retenue est donc le mode de scrutin à la représentation proportionnelle. Ce système électoral est « le reflet le plus fidèle possible du peuple »¹⁵ qui permet à chacune des tendances idéologiques d'être représentée dans l'assemblée à proportion du nombre de suffrages obtenus. Dans les sociétés divisées, cette logique de représentativité traduit l'application de la théorie de la démocratie consociative. Cette notion a été

théorisée dans les années 70 par le politologue Arend Lijphart. Il s'agit d'un modèle de démocratie qui s'oppose à la démocratie majoritaire. Par définition la démocratie c'est le « *gouvernement du peuple, par le peuple, et pour le peuple* »¹⁶. Dans la démocratie majoritaire, la majorité sert de légitimité à tous les choix politiques importants. Le groupe qui dépasse les autres représente la volonté collective. Dans la démocratie consociative, il s'agit au contraire de la recherche du consensus entre les groupes. La majorité et les minorités font valoir leur choix alors que dans la démocratie majoritaire, si tous peuvent s'exprimer, seule la majorité décide.

Parmi les pays qui appliquent le principe de la démocratie consociative, nous pouvons citer l'Afrique du Sud ou encore l'Irlande du Nord. En ce qui concerne la Nouvelle-Calédonie, l'application dudit principe trouve pleinement sa justification au congrès de la Nouvelle-Calédonie. En effet, les groupes politiques sont très ethnicisés et traduisent sur la scène politique la réalité du multiculturalisme et de la pluriethnicité qui fonde la société calédonienne. Les élus, représentants le peuple qui lui-même est le résultat de la somme des différentes communautés, prennent des décisions par consensus selon la logique du « Pacific way »¹⁷. Ainsi Thierry Michalon brosse cette réalité lorsqu'il déclare que « *la République française elle-même pratique de la démocratie consociative... en Nouvelle-Calédonie. En effet, le nouveau statut de ce territoire, devenu un « pays d'outre-mer », a mis sur pied les institutions originales, d'inspiration fédérale et consociative, rompant avec le principe majoritaire : le congrès – l'assemblée du territoire – est l'émanation des assemblées des trois provinces, dont l'une est très majoritairement peuplée des descendants des colons, les deux autres des populations autochtones, et le gouvernement de la Nouvelle Calédonie est issu d'un scrutin de liste à la représentation proportionnelle organisée au sein du Congrès. Par conséquent ce gouvernement comporte des ministres « caldoches » et des ministres kanak, et des négociations ont donc lieu en son sein, alors qu'un gouvernement est habituellement homogène et politiquement solidaire* »¹⁸.

Le scrutin proportionnel est bel et bien l'outil institutionnel adéquat à la société multiculturelle calédonienne.

Toutefois, il faut rappeler que le maintien des différences dans la sphère publique ne doit pas nécessairement être encouragé sauf s'il est socialement productif. Il ne s'avère pertinent que lorsque les différences se nourrissent mutuellement dans un processus constructif. Le cas échéant, le multiculturalisme ne trouvant plus sa raison d'être ne peut plus servir de modèle parce qu'il est contreproductif.

Ceci étant, en Nouvelle-Calédonie, le peuple kanak veut construire un destin commun avec les autres communautés présentes en Nouvelle-Calédonie. Pour cela, la Nouvelle-Calédonie

9. Caroline Desbiens, Irène Hirt, *op. cit.*

10. Mirabeau, 1834. Avant lui, et sous un aspect plus technique, la question avait été traitée par Jean Charles de Bordat et Condorcet, voir les précisions terminologiques relatives à la représentation proportionnelle, in M. Bastogi, « *Le gouvernement pluraliste en Nouvelle Calédonie et aux îles Fidji* », éd. CEREN-CDP Nouvelle-Calédonie, Nouméa, 2008, p. 15.

11. Bernard Owen, « Aux origines de l'idée proportionnaliste », in *Pouvoirs*, n° 32, La représentation proportionnelle, 1985, p. 15-30.

12. Jean-Marie Cotteret, Claude Emeri, *Le marché électoral*, éd. Michalon, 2004, 261 p.

13. Yves Meny, Marc Sadoun, « Conception de la représentation et représentation proportionnelle » in *Pouvoirs*, n° 32, p. 5-14.

14. Les communautés en Nouvelle Calédonie, ISEE, recensement de 2014.

15. Bernard Chantebout, *Droit constitutionnel*, Dalloz-Sirey, 32^e éd. 2015, 652 p.

16. Définition donnée par Georges Washington pour définir la démocratie américaine : *Government of the people, by the people and for the people.*

17. Expression employée par Sir Arthur Marra pour désigner le mode de consensus à l'océanienne où le recours au vote est très rarement pratiqué.

18. Thierry Michalon, « Une voie pour l'Afrique : la démocratie consociative », *Lettres d'Outre-Mer*, 2003.

doit se créer les conditions pour y arriver. Parmi celles-ci, la construction de ponts interculturels est nécessaires, ce qui implique un réel management interculturel.

Le conflit social qui a opposé, en 1998, les employés océaniens dans l'entreprise de transport CAR SUD à leur direction venue directement de métropole peut illustrer cette nécessité. La situation était tendue parce que chaque partie raisonnait en se fondant sur une logique propre à sa culture. Du point de vue des européens, le travail est guidé par « *le respect des droits et des devoirs liés [au] métier et chacun travaille pour soi* »¹⁹. Alors que chez les océaniens, la relation de travail entre employé et employeur « *se nourrit d'un respect réciproque manifesté par le souci qu'à le supérieur de son subordonné auquel fait écho le désir du second de répondre aux attentes du premier, qui a su l'accueillir et s'occuper de lui* »²⁰. La rigidification de la position de chaque partie ne fait qu'envenimer le conflit parce que la recherche de solution ne peut se trouver dans les éléments qui les différencient mais plutôt sur ce qui peuvent les unir. L'affaire est résolue lorsque chacun accepte de coopérer, d'écouter et de comprendre l'autre.

Nous retiendrons donc que le multiculturalisme montre clairement son point fort s'agissant de la Nouvelle-Calédonie, notamment sur le plan institutionnel. Il présente de ce point de vue une vertu démocratique pour une Nouvelle-Calédonie ethniquement divisée. Mais il a également ses limites. L'intégrationnisme peut alors venir en relais bien qu'il s'avère relativement complexe à mettre en place dans une société pluriculturelle. Un hybride entre les deux modèles servira de possible prototype de construction sociale calédonienne.

B. La justification d'une société calédonienne hybride pour cause d'inadéquation du modèle intégrationniste dans une société pluriethnique

On l'a vu, la France fonctionne sur le modèle intégrationniste. Elle accepte en théorie que les différentes communautés vivent sur son territoire tout en faisant valoir leurs identités respectives dans leur domaine de vie privée. Mais en pratique cette réalité n'est nullement respectée. À cet égard, l'arrêt du Conseil d'État du 26 août 2016²¹ illustre un défaut d'harmonie entre la théorie et la pratique de l'intégrationnisme en France. En l'espèce, le maire d'une commune avait adopté un arrêté interdisant le port du burkini sur les plages publiques sur le fondement de la laïcité. Saisi d'un recours contre cet arrêté, le Conseil d'État annule la mesure car « *l'arrêté litigieux a [...] porté une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales que sont la liberté d'aller et venir, la liberté de conscience et la liberté personnelle* ». Le maire a pris une décision frappée d'illégalité qui porte préjudice à une communauté religieuse. Se dessine ici un net défaut d'harmonie entre ce qui est dit et ce qui se vit. Ce qui ne fait qu'entacher la logique intégrationniste de manque

de crédibilité et le revêt par voie de conséquence d'un caractère douteux et donc inefficace.

De ce point de vue, l'analyse du fonctionnement de la logique intégrationniste « à la française » s'avère clairement inappropriée s'agissant de la Nouvelle-Calédonie. En effet, une telle logique risquerait de dériver vers l'assimilationnisme au vu des pratiques actuelles dans l'élaboration des textes. On peut prendre pour exemple le code de l'environnement de la Province Sud qui est constitué pour nombre de réglementations de « copier-coller » de législations nationales, ne prenant que très peu en compte les spécificités calédoniennes. Un autre exemple peut être trouvé dans le droit civil où l'expression « droit commun » figurant à l'article 9 de la loi organique statutaire dont on pourrait s'attendre qu'il renvoie au droit civil calédonien depuis son transfert à la Nouvelle-Calédonie le 1^{er} juillet 2013 vise en réalité le droit civil étatique. En cas de rapport mixte entre une personne de statut civil coutumier et une personne de statut civil de droit commun « calédonien », c'est le droit étatique qui s'applique, révélant les faiblesses de l'autonomie accordée à la Nouvelle-Calédonie.

La société calédonienne peut trouver son terrain de construction sociale dans l'intersection entre le modèle intégrationniste et le multiculturalisme. Autrement dit, demain la Nouvelle-Calédonie peut construire une société sur la base d'un modèle hybride.

S'agissant de l'intégrationnisme dans le processus de construction du « destin commun » voulu par les accords de paix civile signés à l'Hôtel de Matignon en 1988 et l'Accord de Nouméa qui place au centre de la case politico-institutionnelle calédonienne l'identité kanak et la clarification des domaines de compétences des différents acteurs limitativement énumérés par la loi organique de 1999, le peuple kanak et les communautés existantes en Nouvelle-Calédonie peuvent s'unir ensemble pour construire leurs institutions de demain. Cette logique intégrationniste s'opérerait par rapport à une culture de référence qui pourrait être la culture kanak parce qu'elle est celle de la population autochtone²² et donc revêtue de légitimité ou la culture « calédonienne » mais celle-ci devra au préalable être définie. Cette culture de référence (kanak ou calédonienne) constituerait le « tronc commun » des principes et valeurs qui seront ensuite intégrés par les différentes ethnies via des politiques publiques d'intégration dont il reviendrait au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et/ou aux autres acteurs compétents le soin de les élaborer. Il convient de souligner qu'entre autres choses et à la lumière des données sur les inégalités sociales fournies par l'ISEE²³, ces politiques devraient nécessairement tendre vers une justice sociale et équitable. L'égalité juridique quant à elle n'est pas toujours en harmonie avec la pratique. La société calédonienne de demain devrait prendre en compte cette réalité.

19. D'Iribarne, 1989, cité par Jean-Pierre Segal in Jean-Pierre Segal, « Les bonnes surprises du management interculturel : le redressement spectaculaire d'une entreprise de transport public de Nouvelle-Calédonie », *Annales des Mines - Gérer et comprendre*, 2013/4 (n° 114), p. 61-72.

20. Maurice Leenhardt, 1937, cité par Jean-Pierre Segal, *op. cit.*

21. Conseil d'État, ordonnance du 26 août 2016, Ligue des droits de l'homme et autres. Aff. n° 402742 et 402777. <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/CE-ordonnance-du-26-aout-2016-Ligue-des-droits-de-l-homme-et-autres-associati-de-defense-des-droits-de-l-homme-collectif-contre-l-islamophobie-en-France>.

22. Point 1 de l'Accord de Nouméa de 1998.

23. <http://www.isee.nc/emploi-revenus/revenus-salaires/inegalites-pauvrete-revenus-sociaux>.

La nécessité de l'unité pour défendre une cause nationale peut s'avérer toutefois relativement complexe quant à sa réalisation notamment dans une société pluriculturelle telle la Nouvelle-Calédonie où le multiculturalisme s'offre comme un potentiel outil de construction sociale à côté de l'intégrationnisme. Le point commun entre les deux modèles : le maintien des différences dans la sphère privée. Autrement dit, la promotion des identités multiples. Dans la sphère publique, il est envisageable de raisonnablement maintenir les différences culturelles selon la logique du multiculturalisme mais elles doivent être pratiquées de manière à ne pas remettre en cause la logique unifiante de l'intégrationnisme qui doit rester la principale pierre angulaire de la construction sociale calédonienne de demain. Le pays semble aller dans cette direction hybride. Ainsi la Délibération du Congrès de la Nouvelle-Calédonie du 15 janvier 2016 relative

à l'avenir de l'École calédonienne²⁴ est en réalité énonciateur d'un réel changement de perspective qui ne fait que commencer et qui continuera sans doute puisqu'il affirme dans son préambule : « *Les accords de Matignon et d'Oudinot en 1988 et l'Accord de Nouméa en 1998 sont à l'origine du processus politique qui permet aux calédoniens de vivre dans la paix et de bâtir leurs institutions [= intégrationnisme]. Dans ce cadre, une École adaptée aux réalités du pays doit être construite. Afin de contribuer à la promotion et à la réalisation des individus et des communautés [= Multiculturalisme], et notamment le peuple kanak, elle doit prendre en compte l'héritage historique et le contexte de décolonisation qui est le sien, en y intégrant le rôle essentiel des écoles de mission et de l'enseignement professionnel* ».

Il en résulte en définitive qu'au lendemain du référendum de 2018 la Nouvelle-Calédonie peut construire un modèle de société hybride entre l'intégrationnisme et le multiculturalisme.

24. Délibération du congrès de la Nouvelle-Calédonie n° 106 du 15 janvier 2016 relative à l'avenir de l'École calédonienne : <http://www.juridoc.gouv.nc/juridoc/jdwebe.nsf/joncentry?openpage&cap=2016&page=702>.

4. LES OUTILS INSTITUTIONNELS EN SOCIÉTÉ PLURIELLE

■ Repenser les institutions calédoniennes par le prisme du modèle de démocratie consensuelle

Carine David

Maître de conférences HDR en droit public
Université de la Nouvelle-Calédonie

Résumé

Les institutions calédoniennes actuelles peinent à fédérer la société calédonienne, toujours en proie à ses clivages habituels. Pour répondre au défi de la construction d'un destin commun, il semble nécessaire d'aller plus avant dans l'utilisation des outils institutionnels multiculturalistes pour façonner des institutions répondant aux spécificités de la société calédonienne. Dans cette optique, sont explorés successivement les différents éléments d'un régime politique favorisant la construction nationale dans une société divisée telle que la Nouvelle-Calédonie : les systèmes électoraux, l'organisation verticale du pouvoir et la structure de l'exécutif et du parlement.

Abstract

Present local institutions find it hard to bring together a New Caledonian society in the grip of its usual rifts. If one hopes to take on the challenge of building a common destiny, it would seem essential to further investigate the institutional and multicultural tools available in order to shape new institutions more in keeping with Caledonian society and its specific features. With this in mind, the author successively explores different political principles deemed to foster a nation-building process in such a divided society: electoral systems, vertical pyramid of power as well as the structure of the executive branch and of Parliament.

* * *

La Nouvelle-Calédonie est ce que l'on appelle en science politique une « société divisée », c'est-à-dire une société avec d'importants clivages, en l'occurrence de nature ethnique, nationale et linguistique. Si de nombreux auteurs¹ ont établi que les institutions politiques ont un impact important sur la pérennité de la démocratie, « *c'est probablement dans les sociétés divisées que les aménagements institutionnels ont le plus grand impact* »². Toutefois, les auteurs ne se rejoignent pas nécessairement sur

les institutions à mettre en place pour parvenir à un système pérenne et pacifique. Pour le dire simplement, les auteurs s'accordent sur le fait qu'il n'existe pas de recette miracle dans le cadre de sociétés divisées. Comme le souligne D. L. Horowitz, une théorie n'est jamais appliquée en tant que telle et chaque constitution, chaque organisation institutionnelle, est en réalité un mélange contenant des éléments empruntés à différentes théories plutôt qu'un document contenant une méthode et des perspectives cohérentes³.

Dès lors que l'on évolue dans le cadre d'une société divisée, une attention particulière doit donc être portée au « design institutionnel ». Tel est l'enjeu pour la Nouvelle-Calédonie. En effet, les institutions issues de l'Accord de Nouméa ne semblent pas avoir fondamentalement atténué les clivages préexistants : les fractures de la société sont toujours les mêmes, se retrouvant dans le paysage politique, voire ont augmenté avec l'éclatement du camp loyaliste, en témoigne la difficulté de désigner un président du gouvernement local lors des deux dernières élections (2014 et 2017). Il semble en conséquence pertinent de réfléchir à l'évolution de l'architecture institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie pour favoriser la mise en place d'un cadre institutionnel plus adapté aux besoins et spécificités du pays.

Dans ce cadre, un élément de méthode primordial est à respecter pour le chercheur émettant des propositions. Les théoriciens de l'ingénierie institutionnelle insistent sur le fait de ne pas seulement se demander si une architecture institutionnelle particulière est attractive pour une société donnée mais également si l'environnement transitionnel est propice pour qu'elle soit acceptée par tous. « *C'est une chose de vouloir construire un palais doré au sommet d'une colline ; cela nécessite une analyse différente et complémentaire pour trouver une colline que tout le monde peut gravir* »⁴. Dès lors, au moment d'émettre des propositions quant à l'évolution des institutions calédoniennes postérieurement au(x) référendum(s) venant sanctionner la fin de la période d'application de l'Accord de Nouméa, il convient de garder à l'esprit cette nécessaire humilité et s'interroger sur l'acceptabilité

1. On pense particulièrement à A. Lijphart, D. L. Horowitz, R.A. Dahl ou encore G. Sartori.

2. K. Belmont, S. Mainwaring, A. Reynolds, « Institutional Design, Conflict Management and Democracy », in A. Reynolds. *The architecture of democracy – Constitutional Design, Conflict Management, and Democracy*, Oxford University Press, 2002, p. 3. [« *It is probably in divided societies that institutional arrangements have the greatest impact* »].

3. D. L. Horowitz, « Constitutional Design : Proposals Versus Processes », in A. Reynolds, *op. cit.*, p. 26.

4. S. L. Solnick, « Federalism and State Building : Post-Communist and Post-Colonial Perspectives », in A. Reynolds, *op. cit.*, p. 205.

de ces propositions par les négociateurs. Une difficulté se pose alors quant au degré d'inclusivité du cercle de négociation qui actera le consensus institutionnel sur lequel reposeront les futures institutions calédoniennes.

Parmi les éléments des régimes politiques des sociétés divisées, ceux devant être particulièrement pris en considération ici sont les systèmes électoraux (I), l'organisation verticale du pouvoir selon une logique fédérale ou unitaire (II), et enfin l'organisation horizontale du pouvoir et la structure du parlement et de l'exécutif (III).

I. Des systèmes électoraux favorisant l'expression du plus grand nombre

« Les systèmes électoraux sont importants car ils structurent l'arène de la compétition politique. Ils offrent des incitations pour que les acteurs politiques agissent dans un certain sens en les récompensant avec des succès électoraux »⁵.

Dans les sociétés divisées, au lieu de s'adresser à la majorité comme dans un système majoritaire classique, A. Lijphart conseille, dans le cadre de son modèle de démocratie consensuelle, de mettre en place un système électoral permettant de s'adresser au plus de personnes possibles⁶, tout en partageant, distribuant, limitant le pouvoir politique par différents moyens. L'auteur oppose la démocratie majoritaire – dont les qualificatifs clés sont l'exclusivité, la compétitivité et l'adversité – à la démocratie consensuelle caractérisée par son inclusivité, induisant négociation et compromis, qui conduit d'ailleurs A. Kaiser à la qualifier de « démocratie de négociation »⁷.

D'ailleurs, Sir Arthur Lewis soulignait déjà en 1965 que l'on pouvait donner deux définitions de la démocratie. La définition première consiste à faire en sorte que tous ceux qui sont affectés par une décision aient la chance de participer à l'élaboration de cette décision soit directement, soit à travers des représentants qu'ils ont choisis. Un sens secondaire et dérivé des pratiques libérales a entraîné une mutation de la notion vers le postulat que la volonté de la majorité doit prévaloir. Sir Arthur Lewis considérait à cet égard que « *exclure les groupes perdants de la participation au processus de décision viole clairement le sens premier de la démocratie* »⁸. Cela est d'autant plus vrai dans une société divisée comme l'exprime A. Lijphart : « *dans les sociétés plurielles..., la flexibilité nécessaire à la démocratie majoritaire est absente. Dans ces conditions, la loi de la majorité est non seulement antidémocratique, mais aussi dangereuse, parce que les minorités à qui l'accès au pouvoir est constamment nié se sentent exclues, et elles sont victimes de discrimination. Elles cesseront de montrer allégeance au régime* »⁹ si le système politique n'est pas adapté à leurs spécificités.

Les systèmes électoraux s'avèrent en conséquence un des leviers les plus importants dans l'ingénierie institutionnelle

pour atténuer les oppositions dans les sociétés divisées. À cet égard, la littérature scientifique a depuis longtemps établi que le scrutin majoritaire – *winner takes all* – est particulièrement inapproprié pour les sociétés divisées car il entraîne une sous-représentation des minorités et génère une concurrence à somme nulle. Néanmoins, certains auteurs tels que D. L. Horowitz, G. Sartori ou encore B. Reilly ont plus récemment remis en cause ce postulat en proposant certains modes de scrutin majoritaire comme pouvant être mobilisés dans les sociétés divisées, notamment par le biais du vote alternatif, nous y reviendrons.

Globalement, ce sont donc plutôt les modes de scrutin proportionnels qui sont plébiscités par la doctrine comme étant les plus adaptés aux sociétés divisées.

Néanmoins, au moment de proposer un mode de scrutin, il convient de se poser une question primordiale : quel système électoral est le plus susceptible d'être accepté par les négociateurs ? En effet, les plus petites minorités ne vont pas accepter un système qui ne leur permet pas d'être représentées par leurs propres leaders mais, au mieux, par le plus modéré des leaders de la majorité. Encore faut-il néanmoins que ces groupes minoritaires soient associés aux négociations pendant la transition pour faire valoir leur préférence.

D'après A. Lijphart, opposé au vote alternatif, « *la seule situation où le vote alternatif peut être librement consenti est celle d'une société où les groupes sont à peu près de taille égale, comme les deux groupes ethniques à Fidji ; ce genre de situation est très rare* »¹⁰. Si l'on compare souvent Fidji et la Nouvelle-Calédonie, il semble néanmoins que la société calédonienne soit plus hétérogène que la société fidjienne, la première ne se résumant pas à une dichotomie entre la population autochtone et une population de peuplement qui serait homogène. Il paraît néanmoins intéressant de présenter les solutions alternatives à la représentation proportionnelle, cette dernière étant déjà pratiquée en Nouvelle-Calédonie.

Pour D. L. Horowitz, deux systèmes électoraux peuvent être considérés comme efficaces dans une société divisée.

Le premier est basé sur des exigences de distributivité territoriale et est considéré comme très utile pour les élections présidentielles par exemple. Un collège électoral est un exemple d'exigence distributive. On peut citer à cet égard l'exemple de l'élection du président du Nigéria dans les constitutions postérieures à 1979 : le président doit avoir au moins 50 % des votes populaires et au moins un quart des votes dans au moins deux tiers des États fédérés, ce qui impose tacitement les votes d'au moins 2 des 3 grands groupes ethniques.

Le deuxième système électoral préconisé par D.L. Horowitz est le vote alternatif qui peut être utilisé aussi bien pour une élection présidentielle que législative. Également qualifié de vote classificatoire ou préférentiel, ce système électoral, dérivé du système majoritaire, consiste pour les électeurs à ne pas voter pour une personne mais à classer l'ensemble des candidats selon

5. K. Belmont, S. Mainwaring, A. Reynolds, « Institutional Design, Conflict Management and Democracy », in A. Reynolds, *op. cit.*, p. 8.

6. A. Lijphart, *Patterns of Democracy – Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, Yale University Press, 1999, p. 2.

7. A. Kaiser, « Types of Democracy : From Classical to New Institutionalism », *Journal of Theoretical Politics*, 9/1997, n° 4, p. 419-444.

8. L. W. Arthur, *Politics in West Africa*, Ed. George Allen and Unwin, 1965, p. 64-65.

9. A. Lijphart, *Democracies : patterns of majoritarian and consensus government in twenty-one countries*, New Haven, London, Yale university press, 1984, p. 22-23.

10. A. Lijphart, « The Wave of Power-Sharing Democracy », in A. Reynolds, *op. cit.*, p. 49.

un ordre de préférence. Le candidat ou la liste élu sera celui qui a obtenu une majorité absolue de premières places. Si aucun candidat n'atteint cet objectif lors du premier décompte, le candidat ayant obtenu le moins de premières places est éliminé et les places sont réattribuées. Ce mécanisme est réitéré jusqu'à ce qu'un candidat obtienne la majorité des premières places, ce qui peut parfois nécessiter un nombre de décomptes importants.

Pour D. L. Horowitz, ce mode de scrutin permet de promouvoir une identité transethnique : les politiciens ne se concentrant que sur leur seule communauté sont désavantagés. Il favorise explicitement les politiciens qui peuvent trouver des moyens de transcender leur propre affiliation ethnique et de mobiliser par leur modération des secondes places au-delà de leur électorat. Dans ce système, « *la modération paye* »¹¹, permettant ainsi de favoriser la victoire de leaders ou partis politiques défendant des politiques publiques transcendant les groupes et par là, les clivages habituels.

Un autre élément important dans les discussions relatives au système électoral réside dans le seuil de distribution des sièges. Dans le cadre de sociétés divisées, il est préconisé qu'il soit bas pour permettre l'inclusivité du système. Mais là encore, cela dépendra de la composition du groupe de négociation lors de la transition, les partis les plus importants n'ayant pas intérêt à permettre aux plus petits partis d'entrer dans la compétition politique. Ainsi, l'Afrique du Sud a fait le choix de ne pas fixer de seuil, permettant à tout groupe politique de participer à la prise de décision politique dès lors que son score électoral lui permet d'atteindre le quotient électoral. Le seuil est par exemple de 0,67 % aux Pays-Bas, 2 % en Israël ou encore 5 % en Allemagne ou en Nouvelle-Zélande, comme en Nouvelle-Calédonie actuellement. Pour A. Lijphart, dans le cadre de sociétés divisées, il ne doit en tout état de cause pas être supérieur à 3 %¹².

Un écueil est toutefois souligné par certains auteurs : l'utilisation d'un seuil de distribution des sièges trop bas peut favoriser des partis extrêmes, lesquels pourraient ruiner des accords consensuels parce qu'ils pourront former leur propre parti et gagner des soutiens sans réduire les voix et le partage des sièges dans leur bloc ethnique.

Un autre élément réside dans la question de la représentation séparée des communautés dans la confection du système électoral, même si la tradition juridique française, hostile à tout communautarisme, paraît d'emblée s'opposer à une telle solution, au moins dans l'hypothèse d'un statut de territoire autonome après les référendums. Depuis quelques décennies en effet, il existe une tendance à se tourner vers une représentation séparée des groupes ethniques dans les sociétés divisées. Ainsi, en Europe de l'Est notamment¹³, les nouvelles constitutions ont intégré des mécanismes de corps électoraux ethniques pour l'attribution de sièges sur une base ethnique afin d'assurer une représentation équitable des groupes communautaires.

Néanmoins, une telle option est considérée comme mauvaise pour l'unité du pays et favorise particulièrement les partis

politiques les plus radicaux dans chaque camp. Il paraît préférable de privilégier un rôle électoral commun, beaucoup plus favorable à la représentation nationale et plus propice à l'intégration politique des groupes communautaires.

Aux côtés des systèmes électoraux, le partage du pouvoir politique sur une base territoriale constitue un autre outil permettant de répondre aux exigences démocratiques en société divisée.

II. L'organisation verticale du pouvoir : vers quelle logique fédérale ?

La question de l'organisation verticale du pouvoir en Nouvelle-Calédonie paraît poser peu d'interrogations tant la subdivision verticale du pouvoir politique au niveau provincial, selon une logique fédérale, semble adaptée aux spécificités socio-culturelles de la Nouvelle-Calédonie et paraît en tout état de cause un acquis indiscutable depuis la mise en place des institutions issues des accords de Matignon-Oudinot.

Globalement, il ressort de la doctrine fédéraliste qu'une organisation fédérale ne peut fonctionner correctement que si :

- la garantie et le partage du pouvoir sont clairement établis et que la répartition des compétences ne peut être modifiée unilatéralement par l'un des niveaux de gouvernement. Il en ressort qu'un accord constitutionnel dans l'hypothèse d'un statut d'autonomie ou une garantie constitutionnelle de ce partage de compétences dans le cadre d'une constitution rigide dans l'hypothèse d'une accession à l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie serait nécessaire.
- la nécessité d'un arbitre neutre pour résoudre les conflits entre les deux niveaux de gouvernement : la transposition d'un mécanisme tel que celui existant pour la Polynésie française devant le Conseil constitutionnel en cas de difficultés liées au partage de compétence avec l'État serait une solution intéressante dans l'hypothèse d'un statut de territoire autonome. Dans le cas d'une constitution d'un État calédonien, il faudrait veiller à ce que la cour suprême/constitutionnelle soit compétente pour arbitrer les litiges.
- la représentation importante des provinces, voire des communes, dans une chambre du parlement dans le cadre d'un bicamérisme fort.

Le découpage provincial en Nouvelle-Calédonie correspond à la logique d'une fédération pluraliste, dont les frontières internes respectent la répartition géographique de la population sur la base de la nationalité, la religion, l'ethnie ou encore la langue. Lorsque toutes, ou presque toutes les minorités au niveau national deviennent des majorités auto-gouvernantes au niveau des entités fédérées, comme en Belgique, la fédération est en effet qualifiée de pluraliste.

11. D. L. Horowitz, *Making moderation pay: the comparative politics of ethnic conflict management*, in *Conflict and peacemaking in multiethnic societies*, Oxford University Press, USA, 2002, p. 451.

12. A. Lijphart, *ibid*, p. 53.

13. On pense particulièrement à la Bosnie Herzégovine, la Hongrie, la Roumanie, la Slovaquie, la Croatie mais aussi, plus au nord, la Finlande. Bien sûr, plus près de nous, on peut également mentionner les Constitutions fidjiennes avant celle de 2013.

Dans ce cadre, trois aménagements sont mobilisables pour garantir un réel partage du pouvoir politique :

1. Une autonomie importante et constitutionnellement garantie pour les entités fédérées que ce soit en termes de compétences ou en termes de ressources fiscales. La fédération ne peut pas revenir sur les compétences des entités fédérées¹⁴. On peut considérer que cet aménagement existe déjà en Nouvelle-Calédonie mais il convient de le préserver.
2. La prise de décision au niveau fédéral (i.e. au niveau de la Nouvelle-Calédonie) doit répondre à des mécanismes consensuels. Une fédération consensuelle a un exécutif inclusif en termes de partage de compétences et des aménagements représentatifs dans le gouvernement fédéral. Elle institutionnalise les principes de proportionnalité de la représentation dans l'allocation des emplois publics et politiques. Elle a généralement une deuxième chambre forte qui représente les régions, elle a des appareils judiciaires locaux forts et prévoit un rôle des entités fédérées (i.e. les provinces) dans la désignation des juges fédéraux.
3. Enfin, les fédérations pluralistes sont plurinationales dans le sens où est reconnue une conception pluraliste de la société. Le caractère plurinational de la fédération est reconnu dans la constitution ou à travers ses symboles ou par un bi/multilinguisme officiel. On peut citer comme exemple la constitution irakienne de 2005 dont l'article 3 reconnaît l'Irak comme un pays à plusieurs nationalités, l'article 4 consacre le kurde et l'arabe comme langues officielles et l'article 12 dispose que « *le drapeau, l'hymne et l'emblème de l'Irak sont fixés par la loi en vue de représenter les composantes du peuple irakien* ».

Il convient de noter que des aménagements de pluralisme territorial peuvent également exister dans des États dits unitaires, le plus souvent lorsque l'État reconnaît les nationalités historiques et leurs frontières, comme au Royaume-Uni par exemple. Dans ce cas, alors que dans une fédération pluraliste, les institutions d'autogouvernement existent à l'échelle de l'ensemble du pays, elles ne sont reconnues que sur une partie du territoire dans un État unitaire, par l'acceptation d'une asymétrie dans l'organisation territoriale de l'État. Cela correspond évidemment au cas de la Nouvelle-Calédonie au sein de la République française, mais aussi de l'Écosse, de l'Irlande du Nord et, à un degré moindre, du Pays de Galles pour le Royaume-Uni ou encore du Danemark avec les Îles Féroé et le Groenland.

On le voit, l'organisation de la décentralisation en Nouvelle-Calédonie correspond partiellement au modèle de la fédération pluraliste, même si l'intégration des provinces dans le système institutionnel pourrait être approfondi en accroissant leur rôle à certains égards.

Enfin, il convient de se concentrer sur l'ingénierie mobilisable pour façonner les institutions exerçant le pouvoir exécutif et législatif.

III. L'organisation horizontale du pouvoir : la structure des pouvoirs exécutifs et législatifs

Les organes exécutifs et législatifs sont des éléments fondamentaux et présentent, pour répondre aux spécificités des sociétés divisées, une originalité certaine par rapport aux modèles occidentaux en ce qu'ils doivent nécessairement faire la place aux différents groupes communautaires. On abordera tout d'abord la question de l'exécutif (A), avant d'aborder la représentation des citoyens à travers l'organe parlementaire (B).

A. La forme de l'exécutif de la Nouvelle-Calédonie : régime parlementaire *versus* régime présidentiel

De manière générale, la doctrine préconise pour les sociétés divisées le recours à un régime parlementaire qui, en mettant l'essentiel du pouvoir exécutif dans les mains d'un gouvernement permet le partage du pouvoir, au contraire du régime présidentiel qui, par nature, est majoritaire.

Il existe néanmoins un désaccord fondamental sur cette question entre les deux principaux auteurs artisans de la démocratie consensuelle, A. Lijphart et D.L. Horowitz. A. Lijphart rejette en effet la tentation du présidentielisme en société divisée, ainsi que toute forme dérivée ou diluée du présidentielisme.

Pourtant, dans le régime semi-présidentiel, il peut y avoir un important partage du pouvoir entre le président, le premier ministre et le gouvernement. Le risque existe néanmoins, comme c'est le cas en France sous la V^e République, que la pratique politique ait pour conséquence que le président soit encore plus puissant que la plupart des présidents en régime présidentiel.

En Nouvelle-Calédonie, la mise en place d'un « Président de la Nouvelle-Calédonie », comme c'est le cas en Polynésie française, ne fait pas consensus. La place prééminente du président de la république au niveau national est sûrement prépondérante dans cette absence d'engouement pour la création d'une figure unique représentant le pays, qui paraît inadaptée aux spécificités sociétales de la Nouvelle-Calédonie. Pour autant, il est permis de s'interroger sur la nécessité d'un chef de l'État dans le cadre d'un régime politique de nature parlementaire, ou pour le dire autrement est-il nécessaire de prévoir un exécutif bicéphale en optant pour le régime parlementaire ? Pourrait-on imaginer un fonctionnement proche d'un régime parlementaire, avec un chef du gouvernement qui soit également le chef de l'État, comme le président en régime présidentiel est à la fois chef de l'État et chef de gouvernement ?

Les questionnements actuels sur une évolution des modalités de désignation des membres du gouvernement pourraient trouver des réponses dans une telle logique.

Nous partons du postulat que malgré les reproches formulés à l'égard du fonctionnement actuel du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, il paraît peu crédible/vraisemblable de penser qu'il puisse être accepté dans la négociation que le gouvernement calédonien de demain puisse être un gouvernement majoritaire. Il convient toutefois de répondre aux difficultés liées

14. Un contre-exemple notoire est celui de l'Inde où le parlement et le gouvernement fédéral peuvent empiéter sur les compétences des entités fédérées.

aux différents blocages dont est victime l'action gouvernementale en sa forme actuelle.

Dans une telle optique, on peut noter que de nombreux États expérimentent ou ont expérimenté l'attribution des sièges par prédétermination des groupes. Ainsi en est-il en Irlande du Nord par exemple où les postes de premier ministre et de premier ministre adjoint sont attribués selon une logique corporatiste puisque garantis à un nationaliste et à un unioniste. La Constitution de Chypre de 1960 prévoyait l'élection d'un président grec et d'un vice-président turc et la composition du conseil des ministres était prédéterminée à raison de 3 turcs pour 7 grecs. En Bosnie Herzégovine, la constitution prévoit une présidence collégiale à trois personnes : un bosniaque, un croate et un serbe. Chacun d'entre eux assure à tour de rôle les fonctions de président de la présidence pour une durée de 8 mois.

En Nouvelle-Calédonie, par exemple, cela pourrait déboucher sur une formalisation de la pratique qui consisterait à automatiquement attribuer la présidence du gouvernement aux partis loyalistes et la vice-présidence aux partis indépendantistes. Néanmoins, une telle prédétermination n'est généralement pas encouragée et peut s'avérer discriminatoire. Elle ne réglerait par ailleurs pas le problème actuel de désignation du président du gouvernement par le camp loyaliste.

Il nous semble néanmoins qu'il est préférable d'éviter une prédétermination dans la distribution des sièges¹⁵, car une telle option rejette les personnes qui ne souhaitent pas s'inscrire dans une dynamique ethnicisée. De même, dans le cadre d'une telle consociation corporatiste, les hommes politiques et électeurs ayant une identité transversale ne peuvent pas trouver à s'exprimer alors même qu'ils seraient en position pour créer des ponts interculturels, propices à la construction d'un destin commun.

Par ailleurs, cela fige la représentation des groupes alors que celle-ci peut évoluer dans les faits sur une base démographique ou politique. Une telle prédétermination peut alors être source de conflit lorsqu'elle ne correspond plus à la réalité, comme ce fut le cas au Liban avant l'accord de Taïf, le ratio 6/5 entre les sièges réservés aux chrétiens et aux musulmans ne correspondant plus à la réalité démographique libanaise, la communauté musulmane ayant connu une évolution plus rapide.

Au contraire, dans le cadre d'une consociation libérale, les différents groupes peuvent s'autodéterminer dans leur organisation et leur fonctionnement. Cela permet de récompenser toute identité politique saillante émergeant lors des élections, qu'elle soit ethnique, religieuse, linguistique ou autres critères. Ainsi, en Afrique du Sud, lors de la phase transitionnelle, il a été décidé que tout parti ayant au moins 80 sièges (soit 20 %) au parlement pouvait désigner un président exécutif aux côtés du président ou les 2 plus grands partis si aucun ou un parti passait le seuil. Tout parti obtenant au moins 20 sièges (soit 5 %) avait droit à au moins un membre au gouvernement.

Dès lors, une solution, éprouvée par Israël dans les années 90, pourrait être une désignation du président du gouvernement au suffrage universel direct, ce qui serait d'autant plus justifié

si le chef du gouvernement endossait également le rôle de chef de l'État.

Bien sûr, dans une telle hypothèse, le mode de scrutin majoritaire pour la désignation du chef de gouvernement ne serait vraisemblablement pas retenu par les groupes minoritaires. Le vote alternatif, exposé plus haut, pourrait être une solution satisfaisante pour faire émerger une personnalité consensuelle¹⁶. Le premier ministre devrait alors former un gouvernement proportionnellement à la composition du parlement.

La détermination des personnes pouvant être appelée à siéger au gouvernement serait alors un autre élément à déterminer. Aujourd'hui, seuls les groupes politiques au congrès, c'est-à-dire regroupant au moins 6 des 54 élus de l'assemblée peuvent présenter une liste de candidats. À Fidji, la Constitution de 1997 fixait à 10 % des élus à la Chambre des représentants le plancher pour qu'un parti politique puisse avoir des représentants au Gouvernement. S'il est nécessaire de fixer un seuil pour éviter un gouvernement pléthorique, la détermination de ce seuil dépendra de la volonté d'inclusivité des négociateurs lors de la transition.

B – La représentation au parlement calédonien de demain

La première question qu'il convient de trancher réside dans le caractère monocaméral ou bicaméral (voire tricaméral) du parlement calédonien.

La démocratie consensuelle en appelle à un bicamérisme fort, c'est-à-dire une seconde chambre influente qui permette un dialogue réel, une véritable négociation sur les textes. Un bicaméralisme fort est caractérisé par des pouvoirs symétriques octroyés aux deux assemblées et une composition dissemblable.

La chambre basse pourrait être classiquement élue au suffrage universel direct. Une question par rapport à l'architecture actuelle réside dans le maintien d'un congrès émanation des assemblées provinciales, qui a tendance à freiner une culture « pays ». Une désignation des membres du congrès, indépendamment de celle des membres des assemblées de province est une option à envisager. Elle pourrait se faire selon plusieurs modes de scrutin : représentation proportionnelle avec circonscription unique, scrutin mixte de type néo-zélandais ou encore le vote alternatif selon des modalités à définir mais qui devrait a priori privilégier un scrutin de liste avec des circonscriptions moins nombreuses que le nombre de sièges à pourvoir, induisant des listes, possiblement mixtes.

Dans le cadre d'un bicamérisme fort, la deuxième assemblée doit être différemment désignée. Plusieurs hypothèses peuvent être proposées pêle-mêle.

Une première possibilité résiderait dans la pérennisation du sénat coutumier, dont la forme pourrait évoluer. Ainsi, le projet de société du FLNKS propose l'ouverture du sénat aux autres communautés, transformant le sénat en assemblée des communautés. Dans ce cadre, la répartition des sièges entre communautés pourrait être prédéterminée en fonction des résultats du recensement. Reste à savoir si cette assemblée serait

15. Exemples de Chypre, du Liban...

16. Pour une présentation détaillée d'une telle solution en Nouvelle-Calédonie, voir C. David, « Les théories consociative et incitative au secours du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie », *Revue Juridique, Politique et Économique de Nouvelle-Calédonie*, n° 25/2015, p. 7-13.

amenée à représenter les communautés traditionnelles uniquement ou l'ensemble des communautés de la Nouvelle-Calédonie.

Une deuxième hypothèse serait, plus classiquement au regard des modèles occidentaux, une assemblée représentant les collectivités territoriales, à savoir les provinces, voire les communes.

Une troisième hypothèse peut être une solution mixte du type de celui proposé dans le cadre de l'Assemblée de pays du statut Lemoine de 1984, laquelle était composée paritairement par des représentants des communes et de la coutume. Bien sûr, il conviendrait de prendre en compte les provinces, qui n'existaient pas à l'époque, dans la composition de l'assemblée.

Un autre élément à déterminer concernant le parlement réside dans le choix entre un bicamérisme égalitaire ou inégalitaire, particulièrement dans le cadre de la navette législative. Cela revient à déterminer si l'une des deux chambres prévaut sur l'autre, en se voyant attribuer le dernier mot comme l'Assemblée nationale en France, ou si les deux chambres sont sur un pied d'égalité et qu'un désaccord entre elles se solde par le rejet du texte concerné, comme aux États-Unis par exemple.

Il convient de suggérer par ailleurs qu'il semblerait opportun de doter le parlement d'un pouvoir législatif, à l'exclusion d'un pouvoir réglementaire, simplifiant ainsi l'élaboration des textes, mettant fin à la situation actuelle où le congrès est doté à la fois d'un pouvoir législatif par le biais des lois du pays et d'un pouvoir réglementaire par la voie d'adoption de délibérations. Il y a en effet lieu de s'interroger sur la nécessité de transposer le caractère restreint du domaine législatif, par mimétisme par rapport au système juridique de la V^e République.

Par ailleurs, de nombreuses démocraties consensuelles prévoient la possibilité de véto d'une assemblée sur l'autre dans certains domaines. Ainsi, un droit de véto peut être prévu pour éviter une réforme constitutionnelle ou législative qui menacerait les intérêts fondamentaux d'une communauté. Ainsi, en Irak, une réforme constitutionnelle doit être votée à la majorité absolue des citoyens et il ne doit pas y avoir opposition des deux tiers de ceux qui votent dans trois circonscriptions ; ce qui donne dans les faits un droit de véto aux Kurdes, aux Sunnites et aux Chiïtes. Mais ces droits de véto peuvent être conçus en ayant pour effet soit de bloquer le processus pour tout le monde, soit de permettre aux autres groupes de continuer la réforme avec pour conséquence une asymétrie dans les politiques publiques.

Enfin, et en clin d'œil à ce dossier spécial qui fait une large place aux jeunes juristes calédoniens, pourrait être envisagée la mise en place d'un Conseil des jeunes. De plus en plus

d'États disposent en effet aujourd'hui d'un conseil national des jeunes, le plus souvent comme instance consultative auprès des gouvernements sur les questions liées à la jeunesse. La composition, les modalités de désignation des membres et les attributions varient d'un pays à l'autre.

Les conseils de jeunes ont de nombreux objectifs en lien avec les problématiques rencontrées par les jeunes. Beaucoup sont des organes consultatifs institutionnalisés, auprès des gouvernements, d'autres sont des organisations non gouvernementales bénéficiant de relations privilégiées avec les institutions. Un tour d'horizon dans le Pacifique insulaire montre l'intérêt des gouvernements océaniques pour leur jeunesse : Niue, Fidji, le Vanuatu, la Papouasie-Nouvelle-Guinée, Samoa, Tonga, les Îles Cook, Tuvalu ou encore Nauru ont mis en place de tels conseils. Alors que près de 40 % la population calédonienne a moins de 25 ans¹⁷, l'intérêt d'une telle instance, dont les pouvoirs pourraient être considérablement renforcés par rapport au congrès des jeunes¹⁸, paraît évidente.

En conclusion, c'est aussi un état d'esprit qu'il convient de créer. Il semble absolument nécessaire que l'architecture institutionnelle soit pensée, conçue comme impliquant réellement une prise en compte de la culture de l'autre, bien au-delà de déclarations d'intention qui restent lettre morte. Aujourd'hui, en Nouvelle-Calédonie, et bien que l'Accord de Nouméa ait positionné le Kanak au centre du dispositif, la prise en compte de la culture kanak, pour ne pas dire océanienne, reste globalement absente des textes, au bénéfice de fac similé de législations françaises, donc purement empruntées d'une vision occidentale de la société. Nous rejoignons Yash Ghai lorsqu'il écrit : « *Les cultures devraient être reconnues de manière à construire des ponts et à augmenter la compréhension mutuelle et l'appréciation des cultures ; nous avons besoin de plus d'actions interculturelles que multiculturelles. Au lieu d'une multiplicité de lois, nous pourrions travailler ensemble pour une réelle intégration des lois, dessinant ensemble ce qui est précieux dans chaque culture* »¹⁹.

Espérons que ce qui apparaît aujourd'hui comme un vœu pieu devienne demain réalité et que les négociateurs des futurs textes statutaires (d'une Nouvelle-Calédonie dans la France ou non) prennent pleinement conscience du rôle primordial que peuvent jouer les institutions dans la construction nationale et mesurent les évolutions institutionnelles nécessaires pour mettre en place ces ponts interculturels. Les conclusions du rapport sur la mission d'écoute et de conseil sur l'avenir institutionnel²⁰ laissent dubitatif sur le chemin à parcourir avant qu'une telle prise de conscience devienne réalité...

17. Chiffres issus du recensement de la population de 2014. 38,62 % de la population a moins de 25 ans, 45,82 % moins de 30 ans et 53,5 % moins de 35 ans, sachant que la plupart des conseils de jeunes s'inscrivent dans des tranches d'âges allant jusque 35 ans.

18. www.congres.nc/le-congres-des-jeunes.

19. Yash Ghai, « Constitutional asymmetries : communal representations, federalism and cultural autonomy », in A. Reynolds, *op. cit.*, p. 170.

20. Rapport sur la mission d'écoute et de conseil sur l'avenir institutionnel, Octobre 2016. Disponible à l'adresse suivante : <http://www.outre-mer.gouv.fr/rapport-de-la-mission-decoute-et-de-conseil-sur-lavenir-institutionnel-de-la-nouvelle-caledonie>.

■ Le pouvoir coutumier, un quatrième pouvoir

Thierry Xozame

Doctorant en droit, Université Paris 1

Résumé

La place de la coutume kanak dans le système juridique calédonien est aujourd'hui reconnue. Les accords de Matignon et de Nouméa ont en effet consacré la Coutume comme partie intégrante du droit applicable en Nouvelle-Calédonie. Dans ce cadre, les autorités coutumières jouent un rôle à la fois dans l'organisation sociale kanak mais aussi dans l'organisation institutionnelle. Malgré le rôle essentiellement consultatif joué par les autorités coutumières dans le cadre institutionnel, on peut considérer que le pouvoir coutumier constitue un quatrième pouvoir en Nouvelle-Calédonie, aux côtés des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire.

Abstract

The role of Kanak custom is recognized in the present Caledonian law system. The Matignon and Noumea Agreements have indeed placed Custom as part and parcel of the law enforced in New Caledonia. In this context, customary authorities play a part not only in the social organisation of Kanak people but in its institutional set-up. Despite their mainly advisory role in the institutional organisation, one can consider that the Customary Senate constitutes a fourth power in New Caledonia, side by side with the executive, legislative and judiciary ones.

* * *

La civilisation kanak de plus de 4 000 ans a traversé les vicissitudes de l'Histoire. De la prise de possession du territoire de la Nouvelle-Calédonie par l'État français le 24 septembre 1853, jusqu'à l'insurrection du chef Ataï contre l'expropriation légalisée des terres kanak par la colonisation, le peuple kanak a fait face tragiquement, une nouvelle fois, à son destin lors de la période des « Évènements » dans les années 1980. La signature de l'accord de Matignon en 1988 a ouvert une période de paix civile et de rééquilibrage, permettant l'accès des Kanak à l'exercice des responsabilités dans la gestion institutionnelle du territoire. Dans sa continuité, l'Accord de Nouméa de 1998 a pérennisé l'état d'esprit et les acquis institutionnels de l'accord de Matignon, dans un mouvement de décolonisation constructif,

rendu possible par le processus de transfert irréversible des compétences de l'État à la Nouvelle-Calédonie.

Ces phases historiques sous-tendent une lutte pour une reconnaissance de la dignité du peuple kanak, de la prise en compte de sa culture et de ses différentes expressions artistiques et imaginaires, à travers ce qu'on appelle la Coutume, l'art de vivre du monde mélanésien.

Les paragraphes trois et quatre du point 1 du Préambule de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998 consacrent la reconnaissance formelle de l'identité kanak, en affirmant que :

« La Grande Terre et les îles étaient habitées par des hommes et des femmes qui ont été dénommés kanak. Ils avaient développé une civilisation propre, avec ses traditions, ses langues, la coutume qui organisait le champ social et politique. Leur culture et leur imaginaire s'exprimaient dans diverses formes de création.

Le tournant majeur est la manifestation de l'expression de cette identité kanak : la Coutume, au sein des institutions de la Nouvelle-Calédonie, formalisée par la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie. Il est utile de mesurer cette reconnaissance pour savoir si éventuellement il est possible d'évoquer un pouvoir coutumier, parmi les autres pouvoirs classiques de la démocratie : législatif, exécutif et juridictionnel.

Pour ce faire, il est essentiel d'apprécier la portée de la parole de la Coutume, un ensemble d'expression des *us et coutumes*, traduite par les autorités coutumières, à l'intérieur des institutions de la Nouvelle-Calédonie. Une première partie de la réflexion est consacrée à la portée de la parole coutumière par les autorités coutumières dans l'organisation sociale kanak (I) et une seconde partie évoquera la parole coutumière véhiculée par les institutions coutumières : conseils coutumiers et sénat coutumier (II).

I. La parole coutumière portée par les autorités coutumières dans l'organisation sociale kanak

Cette parole est significative car elle est l'expression effective des relations entre personnes de statut civil coutumier kanak au travers des autorités coutumières (A), reconnue par le formalisme juridique de l'acte coutumier issu de la loi du pays du 15 janvier 2007 (B).

A. L'expression effective des relations coutumières des personnes de statut civil coutumier au travers des autorités coutumières

La relation à l'Autre se traduit par une double nature du lien : de sang et/ou du clan. Ce sont souvent les unions entre individus célébrées lors des mariages coutumiers qui scellent le lien de sang, sous l'égide respectif des autorités coutumières de l'époux et de l'épouse. L'article 2 de la loi du pays de 2007 relative à l'acte coutumier¹ dénombre quatre types d'autorités coutumières : le chef de clan, le chef de tribu, le président du conseil des chefs de clan et le grand chef.

L'individu dans le monde kanak n'étant jamais seul, il est incorporé dans une organisation sociale structurée par la famille, le clan, la chefferie et la grande chefferie. Le clan demeure l'identité élémentaire et fondamentale de cette organisation. Il se regroupe avec d'autres clans attirés de leurs fonctions (clan de la mer, clan de la terre, clan porte-parole de la chefferie...), dans les espaces dénommés tribus, régis pas un chef. De la constitution et l'implication des autres tribus, elles se retrouvent assez souvent regroupées dans un espace plus large, dénommé district sous la gouverne d'un grand chef.

L'identité kanak a un lien particulier à la terre comme le souligne le préambule de l'Accord de Nouméa : « *L'identité kanak était fondée sur un lien particulier à la terre. Chaque individu, chaque clan se définissait par un rapport spécifique avec une vallée, une colline, la mer, une embouchure de rivière, et gardait la mémoire de l'accueil d'autres familles. Les noms que la tradition donnait à chaque élément du paysage, les tabous marquant certains d'entre eux, les chemins coutumiers structuraient l'espace et les échanges* ».

La vie sociale rythmée par les échanges coutumiers atteste des relations effectives des personnes de statut civil coutumier au sein de l'organisation sociale kanak.

Les rôles, les responsabilités de chaque individu, conjugués à cette organisation collective des autorités coutumières précitées, activent la vie sociale coutumière autour des actes civils, parmi lesquels : la naissance, le mariage, la dissolution du mariage, l'adoption, ou encore la succession coutumière. Ces actes sont eux-mêmes formalisés par la loi du pays du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers.

B. La reconnaissance des relations coutumières traduite par le formalisme juridique de la loi du pays du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers

La loi du pays relative aux actes coutumiers de 2007 est fondamentale dans la transcription des décisions coutumières émanant des autorités coutumières, lors de la tenue de palabre coutumier s'agissant des actes civils de la vie sociale coutumière précitée. L'article 2 de ladite loi mentionne que : « *La tenue d'une palabre est libre. Il se tient sous l'autorité du chef de clan, du chef de la tribu ou du grand chef ou, à défaut, du président du conseil des chefs de clan. Un registre de ces autorités coutumières est instauré pour chaque aire coutumière auprès des conseils coutumiers respectifs qui en assurent la tenue* ».

À défaut de la présence de ces autorités coutumières, l'acte coutumier ne peut pas se tenir dans les règles de l'art du chemin coutumier.

La loi du pays reconnaît à juste titre ces relations coutumières, manifestées par les actes civils du monde coutumier. Il valide ainsi la portée de la parole coutumière, des personnes de statut civil coutumier, tissée par l'organisation sociale kanak, à travers les aires coutumières administrées par les conseils coutumiers. L'acte coutumier, précise l'article 4 de ladite loi du pays, est « *destiné à produire des effets de droit à l'égard des personnes relevant du statut civil coutumier ou du statut civil de droit commun (...)* ».

Les autorités coutumières détiennent ainsi *de facto* un certain degré du pouvoir coutumier, reconnu indirectement sur le plan civil, grâce à la loi du pays de 2007. Si ce pouvoir est reconnu par le biais de la législation, en est-il de même des institutions coutumières censées représenter les autorités coutumières ?

II. La parole coutumière portée par les institutions coutumières : les conseils coutumiers et le sénat coutumier

À différents degrés des autorités coutumières, celles-ci sont fidèlement représentées au niveau des conseils coutumiers et du sénat coutumier (A) mais la marge de leur capacité décisionnelle institutionnelle est moindre dans le choix des politiques publiques (B).

A. Une représentation fidèle des autorités coutumières aux conseils coutumiers et sénat coutumier

L'article 1^{er} de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie reconnaît 8 aires coutumières. Les aires coutumières de la Nouvelle-Calédonie sont : Hoot Ma Whaap, Paicî-Cèmuhi, Ajië Aro, Xârâcùù, Drubea-Kapumë, Nengone, Drehu, Iaai.

Ces aires sont administrées du point de vue de l'organisation coutumière par les conseils coutumiers selon qu'un conseil coutumier est institué dans chaque aire coutumière.

Les autorités coutumières sont désignées en tant que membres du conseil coutumier. Ces autorités sont désignées selon les *us et coutume* de chaque aire coutumière en respectant les modes de désignation régis par leur règlement intérieur. Généralement la désignation se fait au cours des assemblées générales regroupant toutes les autorités coutumières : chefs de clan, chefs de tribu, grands chefs de district, présidents des conseils de chefs de clan.

Le sénat coutumier qui est l'émanation des conseils coutumiers est composé de seize membres désignés par chaque conseil coutumier à raison de deux représentants par aire coutumière comme le souligne l'article 137 de la loi organique précitée. Ils sont désignés selon les usages reconnus par la Coutume suivant généralement la procédure du règlement intérieur des conseils coutumiers. Les membres siégeant au sénat coutumier représentent souvent les grands chefs ou des

1. Loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers. *JONC* du 30 janvier 2007, p. 647 et s.

autorités coutumières éminentes de l'organisation sociale kanak.

La parole coutumière portée dans les conseils coutumiers est fidèlement représentée par les autorités coutumières. Toutefois, leur capacité décisionnelle d'orienter des choix de politiques publiques dans leurs domaines de compétences sont amoindries.

B. Une capacité décisionnelle amoindrie des conseils coutumiers et du sénat coutumier dans les choix des politiques publiques

Les conseils coutumiers sont confinés à un rôle consultatif. L'article 150 de la loi organique du 19 mars 1999 énonce qu'« Outre la consultation par le sénat dans les conditions prévues par l'article 144, le conseil coutumier peut être consulté sur toute question par le haut-commissaire, par le gouvernement, par le président d'une assemblée de province ou par un maire. Le conseil coutumier peut être consulté par toute autorité administrative ou juridictionnelle sur l'interprétation des règles coutumières ».

Les conseils coutumiers sont aussi saisis par toute autorité administrative ou juridictionnelle en cas de litige sur l'interprétation des règles coutumières.

Le sénat coutumier dispose également d'une attribution consultative. Il est également consulté par : le président du gouvernement, le président du congrès ou par le président d'une assemblée de province sur les projets ou propositions

de délibération intéressant l'identité kanak. Ce rôle est défini à l'article 143 de la loi organique qui poursuit qu'il peut être consulté par le haut-commissaire sur les questions de la compétence de l'État.

En matière législative, le sénat coutumier participe à la navette législative mais doit laisser le dernier mot au congrès de la Nouvelle-Calédonie, sur tout projet ou proposition de loi du pays relatif à l'identité kanak. En effet, l'article 142 de la loi organique du 19 mars 1999 mentionne que « Si le congrès n'adopte pas un texte identique à celui adopté par le sénat coutumier, le sénat coutumier est saisi du texte voté par le congrès. Si le sénat coutumier n'adopte pas ce texte en termes identiques dans un délai d'un mois, le congrès statue définitivement ».

Il en résulte que la capacité décisionnelle des institutions coutumières est amoindrie dans le choix des politiques publiques. Leurs prérogatives institutionnelles se limitant pour le moment à un rôle consultatif.

In fine, le pouvoir coutumier est établi au sein de l'organisation sociale kanak par la voix des autorités coutumières, mais ce pouvoir présente un caractère consultatif dès lors qu'il est éprouvé sur l'échiquier institutionnel. En tout état de cause, le pouvoir coutumier représente un quatrième pouvoir en Nouvelle-Calédonie.

■ Une Justice à repenser pour la Nouvelle-Calédonie à l'aune du référendum de 2018

Vaimoé Albanese
Vy Vaunny Hallette
Florent Tavernier

Étudiants en M2 Droit et Management en Nouvelle-Calédonie

Résumé

L'exercice de la compétence de la Justice en Nouvelle-Calédonie a fait l'objet de plusieurs missions institutionnelles à l'initiative de l'État, toujours titulaire de cette compétence régalienne. Sont envisagés ici différents scénarii pour faire évoluer l'exercice de cette compétence. La première hypothèse consiste à prôner le *statu quo*, en ne faisant pas évoluer le système judiciaire, notamment en cas de refus de l'accession à l'indépendance lors du ou des référendums d'autodétermination, ou en s'en inspirant fortement en cas de transformation de la Nouvelle-Calédonie en État souverain. Au contraire, une deuxième hypothèse peut résider dans une refonte du système judiciaire, soit en s'inspirant de modèles étrangers (le modèle libanais est particulièrement envisagé), soit en construisant un système *ad hoc* tenant compte des spécificités de la Nouvelle-Calédonie.

Abstract

Jurisdiction in New Caledonia has been the objective of several institutional missions mandated by the still incumbent State. Different scenarios are presented here, as possible ways to make the exercise of this power evolve. First hypothesis: advocating a status quo with no change of the judicial system, more so in case of the refusal to attain independence by referendum vote or votes; or drawing heavily on it in case of opposite decision resulting in a New Caledonian sovereign state. Second hypothesis: on the contrary, favouring a major overhaul of the judicial system, either drawing on foreign models (particularly the Lebanese one), or building an ad hoc system taking into account the particularities of New Caledonia.

* * *

Cet article n'a pas vocation à reprendre ce qui a été déjà dit sur la Justice mais à s'en inspirer pour proposer des pistes plus concrètes de réflexion dans l'attente, et indépendamment, de la réponse à la question lors du référendum d'autodétermination qui devrait avoir lieu au plus tard en novembre 2018.

S'il y a bien une chose que l'on sait en Nouvelle-Calédonie, c'est que les compétences régalienues¹ sont exercées par l'État

« colonial ». Dans ce cadre, en tant que partenaire de l'Accord de Nouméa, l'État français a instauré un groupe d'experts afin de faire vivre le débat sur l'avenir institutionnel en Nouvelle-Calédonie². Actés et validés lors du comité des signataires de 2014³, les premiers travaux, notamment sur la justice, ont été présentés aux membres du congrès de la Nouvelle-Calédonie par MM. Merle et Fraisse en 2015⁴. Le rapport rédigé à cette occasion dresse un état des lieux de la répartition des compétences régalienues en matière de justice, notamment l'organisation matérielle, humaine et financière des juridictions judiciaires, administratives et de l'administration pénitentiaire. La mission aborde également les questions sur l'avenir de cette compétence selon les scénarii de la sortie de l'Accord de Nouméa.

Il y a deux hypothèses sur lesquelles nous allons essayer d'apporter un éclairage bienveillant.

La première correspond au maintien de la Nouvelle-Calédonie dans la France à l'issue du ou des référendums. Pour certains, dans une telle hypothèse, la question d'un transfert de la compétence en matière de justice ne se poserait en conséquence pas. Néanmoins, il nous semble possible de questionner ce postulat : des évolutions quant à l'exercice de la compétence sont en effet possibles même si la Nouvelle-Calédonie reste une collectivité française. Il est ainsi possible d'entrouvrir l'hypothèse d'intégrer plus avant dans l'exercice de la compétence en matière de justice les particularités locales, notamment la prise en compte de la coutume.

La deuxième hypothèse est celle de l'accession à la pleine souveraineté qui nécessite de déterminer un modèle de justice. En effet, le pays devenant indépendant, quel modèle de justice adopter ? On peut rester sur le modèle antérieur sous réserve de quelques ajustements, ou faire table rase du passé et s'inspirer de modèles existants qui sembleraient pertinents (de type libanais ou israélien, ou de type étatsunien). Il est également envisageable d'inventer un modèle propre au pays et qui prenne en compte les particularités locales en intégrant plus avant la coutume.

Les exemples post-coloniaux, notamment en Afrique, démontrent la possibilité d'une transition en douceur vers une justice autonome et spécifique au pays qui l'exerce. De manière générale, on constate que l'ancien État de tutelle a continué à apporter son concours dans les missions régalienues et des juges

1. Compétences de l'État énumérées à l'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999.

2. Initié lors de la mission d'écoute et de conseil sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie confié à MM Christnacht et Merle en 2014.

3. XII^e comité des signataires réuni les 3 et 4 octobre 2014.

4. Rapport disponible sur le site du haut-commissariat de la Nouvelle-Calédonie, http://www.nouvelle-caledonie.gouv.fr/content/download/2383/17544/file/20150313_atelier_justice.pdf.

étrangers viennent exercer les fonctions de juges en cas de carence de main-d'œuvre. C'est notamment toujours le cas dans l'ensemble des pays de la Mélanésie : Papouasie-Nouvelle-Guinée, Vanuatu, Fidji, Îles Salomon. La justice est servie par des juges australiens ou d'autres nationalités, et non par des magistrats locaux.

Si des réflexions ont déjà été produites sur le droit applicable en Nouvelle-Calédonie⁵ en lien avec la justice, nous devons aussi penser à son organisation sur le territoire. Quid des avocats, des magistrats et des personnels de la justice (entendu de l'ensemble des juridictions judiciaires et administratives), de leur formation, de leur indépendance, de leur statut. Il convient de rappeler aussi que la fonction de juge ne doit en aucun cas être minimisée et qu'elle constitue un fondement du fonctionnement démocratique d'un État ou d'une collectivité. Elle est consubstantielle à la démocratie.

Rendre la justice nécessite des qualifications très élevées. D'où la nécessité de former les futurs juges de manière optimale. Il convient aussi de préciser qu'un petit pays ne peut pas forcément réunir le vivier nécessaire au moment où le besoin se fait sentir, ce qui implique un transfert des juges pour une période donnée, et ce quelle que soit l'issue du référendum. Il serait en effet dangereux de désigner des personnes qui ne seraient pas dotées de la formation et des compétences nécessaires, juste pour répondre à une volonté politique d'un détachement immédiat de l'État de tutelle. La justice est une notion sensible et il convient d'être prudent, pour qu'elle soit équitable et acceptée de tous. La justice est la garantie de la démocratie.

Une autre question qu'il convient d'envisager est la suivante : une justice sous tutelle peut-elle être considérée comme garantissant une réelle indépendance ? Le recours à des juges qui ne sont pas du pays permet-il une complète autonomie du pays ? En d'autres termes, il s'agit de savoir si l'exercice de la justice dans le cadre d'un État associé est envisageable et, dans une telle hypothèse, quels seraient ses avantages et ses inconvénients ?

Pour développer notre propos, nous allons ainsi traiter en première partie l'hypothèse d'un système judiciaire s'inscrivant dans la continuité du système actuel (I), que ce soit dans l'hypothèse d'une Nouvelle-Calédonie restant au sein de la République française (IA) ou dans celle d'une Nouvelle-Calédonie accédant à la pleine souveraineté (IB). Nous envisagerons ensuite la possibilité de faire table rase du passé (II), soit en s'inspirant de ce qui existe dans d'autres États dans une logique de droit comparé (IIA) ou en mettant en place un système *ad hoc* favorisant un métissage complet du système judiciaire (IIB).

1. Entre principe de continuité de la justice...

Quel que soit le résultat du référendum, il faudra réfléchir aux possibilités s'offrant pour l'exercice de la justice en Nouvelle-Calédonie. Il peut être considéré qu'il soit nécessaire de conserver une certaine continuité dans l'exercice de la compétence pour le maintien d'un État de droit, tout en permettant des adaptations. Mais alors, que faut-il conserver du système de justice existant ? Que faut-il repenser ?

A. La continuité avec adaptation de l'exercice de la compétence de la justice dans la France

Deux options peuvent être envisagées : soit rien ne change et le système organisationnel de la justice reste identique, soit il s'adapte un peu plus aux spécificités locales en incluant la coutume de façon renforcée, notamment par exemple en droit pénal.

Dans l'hypothèse du *statu quo*, les moyens humains et matériels demeurent : les juges continuent de venir de métropole, garantissant l'impartialité et l'indépendance de la justice, les avocats sont formés en métropole et les passerelles permettant aux juristes ou fonctionnaires ayant exercé des fonctions de juristes demeurent gérées par la métropole.

Néanmoins, il nous paraît préférable de continuer de prendre en compte les spécificités locales, notamment la coutume ou encore la répartition des tribunaux avec un rééquilibrage. Il conviendrait également de prévoir la formation des professionnels du droit au droit local (droit coutumier, droit civil calédonien, ainsi que l'ensemble des compétences transférées).

Il serait important de développer la justice restaurative en prenant en compte la coutume dans le droit pénal, par exemple. Il serait ainsi envisageable, dans le règlement des litiges de mettre en avant la solidarité clanique et la coutume de pardon ainsi que l'exécution des peines par les coutumiers.

Il est possible de développer la participation des assesseurs coutumiers dans tous les rapports mixtes. Ce qui supposerait une conséquente modification de la loi.

On pourrait également imaginer que les peines coutumières tels que les bannissements prévus par la coutume soient inscrits sur un casier judiciaire spécifique.

Concernant le fonctionnement administratif, en particulier celui de l'état civil, il serait judicieux de refondre le système actuel. Les registres de droit commun et coutumiers pourraient être unifiés afin d'éviter les doublons et les incohérences, ainsi que les inscriptions sur les mauvais registres.

S'agissant de la formation des avocats, s'il existe, depuis 2017, un partenariat entre l'Université de la Nouvelle-Calédonie et l'Institut d'études judiciaires de l'Université Paris I pour la préparation à l'examen d'entrée de l'école d'avocats, permettant aux étudiants calédoniens de passer l'examen d'entrée à l'école sur le territoire, la formation des stagiaires-avocats reste uniquement possible en métropole. Il serait pourtant pertinent de prendre la spécificité calédonienne en compte et de contextualiser la formation.

De même, les passerelles entre juristes et avocats pourraient être facilitées localement, en réglementant la profession de juriste à l'identique de la métropole.

B. Continuité du système de justice et accès à la pleine souveraineté

La Nouvelle-Calédonie accédant à une souveraineté entière et reconnue par la communauté internationale, l'état de droit doit demeurer. Le respect des conventions internationales doit être maintenu, les déclarations et résolutions de l'ONU ainsi que les droits fondamentaux doivent être eux aussi garantis.

5. On pense notamment aux colloques organisés par l'Université de la Nouvelle-Calédonie sur la place de la coutume dans le droit calédonien (août 2016), celui sur l'identité et le droit (novembre 2016) ou encore celui sur l'intégration de la coutume dans le corpus normatif calédonien (avril 2017).

L'organisation judiciaire pourrait être conservée avec trois niveaux et deux ordres juridictionnels : administratif et judiciaire. Néanmoins, au vu de la taille de la population calédonienne, il paraît préférable de simplifier le système afin de réduire les coûts de la justice tout en préservant la proximité. Supprimer un niveau de juridiction afin de réduire les délais de jugement et faciliter l'accès à la justice paraît une option raisonnable.

En termes de moyens humains et financiers, et afin de préserver l'égalité de traitement des justiciables, il est possible de conclure un partenariat avec l'État français de manière à garantir une main d'œuvre qualifiée avec juges et avocats formés aux spécificités de la Nouvelle-Calédonie. Toutefois, la question de l'indépendance de la justice dans une Nouvelle-Calédonie souveraine peut éventuellement être questionnée, une partie lésée pouvant faire valoir le fait d'avoir été jugée par un juge métropolitain et contester le jugement. Pour éviter cela, le politique doit renforcer la confiance qu'il a dans les juges détachés et affirmer cette confiance par la loi.

Il faudra par ailleurs veiller à la continuité de la protection des droits fondamentaux et de la hiérarchie des normes.

Bien entendu, les règles coutumières trouveraient pleinement leur place dans cette nouvelle organisation. Il s'agirait d'intégrer l'ensemble des coutumes des populations traditionnelles présentes en Nouvelle-Calédonie (Kanak, Wallisiens et Futuniens, Tahitiens...). Il peut même être envisagé qu'un ressortissant d'un État insulaire du Pacifique demandant à être naturalisé calédonien voit ses propres règles coutumières prises en compte dans le dispositif juridique.

2. ...Ou faire table rase du passé : quel(s) exemple(s) suivre ?

Faire table rase du passé consiste pour nous à repenser le système en supprimant l'existant.

Il est évident qu'un bouleversement immédiat de l'institution judiciaire n'est pas envisageable : les justiciables sont habitués à un modèle de justice et le changement ne pourrait être envisagé que sur une longue période et de façon progressive.

Alors comment concevoir une justice plus protectrice, plus accessible et plus proche des citoyens calédoniens tout en se libérant du carcan d'un modèle français ? La Nouvelle-Calédonie pourrait-elle s'inspirer d'autres modèles viables et conciliables avec le vivre ensemble et les particularismes qui la caractérisent ? Ou bien pourrait-elle être novatrice en matière de Justice ?

A. Une table rase inspirée du droit comparé : l'exemple libanais

L'exemple libanais nous est apparu intéressant. On le sait, le Liban est un pays multiconfessionnel, la religion y est prégnante et est source de conflits. L'organisation juridictionnelle libanaise a été en conséquence adaptée afin d'apaiser les tensions.

L'exemple du Liban nous est apparu pertinent au regard de la situation calédonienne du fait de la volonté du législateur de mettre d'accord l'ensemble de la société aux multiples confessions, d'une part et le fait que le Liban s'est lui-même inspiré du modèle français pour ensuite l'adapter, d'autre part.

En effet, la justice libanaise est composée de juridictions civiles et administratives⁶ et de tribunaux religieux correspondant à chaque confession. Ces derniers sont des structures préexistantes, héritées du droit ottoman ou sujettes à des développements de sources extraterritoriales.

On notera que la juridiction administrative composée uniquement du Conseil d'État a un double rôle : d'une part, celui-ci soumet ses avis à l'exécutif concernant certaines décisions administratives et, d'autre part, il tranche les litiges administratifs entre l'État, les personnes morales de droit public et les particuliers. Il a la pleine juridiction.

Les tribunaux judiciaires ont quant à eux conservé les trois degrés de juridiction du système français. Ainsi, en fonction de sa confession et de la nature du litige, le justiciable libanais se tournera vers son tribunal dédié.

La transposition d'un tel système suppose de s'interroger sur la possibilité de créer en Nouvelle-Calédonie un tel système, avec au niveau du judiciaire des tribunaux spécialisés en fonction des statuts des justiciables.

B. Une table rase par le métissage complet de la norme

Il est également possible d'imaginer la justice calédonienne de demain avec une nouvelle organisation judiciaire et administrative, des normes basées sur les libertés fondamentales et fondées sur le destin commun.

Nous nous positionnons ici dans l'hypothèse où le système juridique calédonien tend vers un renforcement du métissage des normes. On pourrait ainsi imaginer, comme le suggérait Mme Frison-Roche⁷, que les statuts civils de droit commun et coutumier puissent fusionner dans un seul et même statut, accueillant à la fois des notions de droit commun et de droit coutumier et permettant des systèmes d'option.

Mais de la coutume elle-même peuvent naître des problèmes comme la reconnaissance des membres au sein d'un groupe bien défini. Ceux issus d'autres groupes risquent de ne pas avoir de reconnaissance légitime. Quelle norme appliquer en cas de litige entre deux membres de communautés différentes ? Actuellement, c'est le droit commun qui prévaut en cas de rapport mixte. Mais il est envisageable de trouver un consensus dans la norme à appliquer, en métissant celle-ci et en trouvant dans la coutume des modes de règlement, et dans le droit commun ce qui manque. Cela impliquerait une formalisation de plus en plus importante de la coutume. Mais ce mouvement n'a-t-il pas déjà commencé avec la jurisprudence⁸ ?

La formalisation d'un droit coutumier pourrait se faire au vu de la jurisprudence et le juge pourra faire appliquer le droit selon ce qui a déjà été jugé, dans un raisonnement proche de celui de

6. <http://www.iedja.org/lorganisation-judiciaire-du-liban>.

7. Marie-Anne Frison Roche, « Le transfert de la compétence normative d'édition des lois et règlements en matière de droit civil, de la métropole aux institutions propres à la Nouvelle-Calédonie », rapport au Congrès de la Nouvelle-Calédonie, 2012. Disponible à l'adresse : <http://larje.univ-nc.nc/index.php/les-travaux/faits-et-analyses/402-le-rapport-frison-roche-sur-le-transfert-du-droit-civil-commentaire>.

8. Voir à ce sujet, les développements d'Isabelle Dauriac dans ce numéro spécial.

la common law. Le risque que l'esprit de la coutume, orale par nature, soit quelque peu figé existe, mais cela n'empêchera en rien la coutume de continuer à se développer et à évoluer selon le règlement des litiges.

Il est aussi possible d'envisager la chose différemment, en adaptant l'organisation judiciaire mais en maintenant le pluralisme juridique existant en droit civil. Ainsi, le justiciable de statut civil coutumier sera régi par la coutume, et celui de statut de droit commun continuera à voir sa situation réglée par le Code civil. En cas de conflit des normes dû à un rapport mixte, la détermination du droit applicable pourrait être confiée par le législateur, qui pourrait également décider dans ce cas précis d'autoriser le juge à métisser la norme et à la fusionner pour garantir les droits des parties. Un tribunal spécifique pourrait très bien statuer sur ces cas, à l'instar d'un tribunal pénal international (TPI)⁹. Les règles de procédure pourraient être largement inspirées du droit anglo-saxon, en opposition au droit romain (le droit anglo-saxon est accusatoire, le droit romain est inquisitoire).

De fait, en première instance, on pourrait trouver des tribunaux selon le statut de chacun, un tribunal commun, puis une cour d'appel en dernier ressort selon le même type que le tribunal commun. Les tribunaux communs peuvent traiter des affaires de droit commun, pénal et administratif. Un conseil d'État ou une cour suprême pourra garantir les droits fondamentaux conformément aux conventions internationales.

En conclusion, nous pouvons dire que tout est possible pour faire de la justice post référendum un outil performant, que ce soit dans la France ou non. Toutes les options sont envisageables. Il ne faut toutefois pas négliger le principe démocratique qui permet à la justice de donner la garantie du respect du droit et des droits fondamentaux. Les conventions internationales garantissent les droits fondamentaux qui peuvent être divisés en deux catégories :

Les droits inhérents à la personne humaine : ils sont pour la plupart établis par la Déclaration de 1789. Il s'agit de l'égalité (art. 1), de la liberté, de la propriété, de la sûreté et de la résistance à l'oppression (art. 2).

Les droits qui sont des aspects ou des conséquences des précédents : ainsi du principe d'égalité découlent, par exemple, le suffrage universel, l'égalité des sexes, mais aussi l'égalité devant la loi, l'emploi, l'impôt, la justice, l'accès à la culture¹⁰.

La garantie des droits fondamentaux permet en outre la reconnaissance internationale en cas d'accession à la pleine souveraineté.

Le système judiciaire quant à lui, s'il est bien pensé, garantit l'accès à la reconnaissance des droits de chacun. Il peut être simplifié, mais ne doit pas être bâclé. Rendre la justice à un coût, nécessite des personnes formées, responsables et impartiales. Toutes ces remarques permettent à chacun de réfléchir sur ce que peut être la justice de demain quelle que soit l'issue du scrutin du référendum de 2018.

9. <http://dictionnaire-droit-humanitaire.org/content/article/2/tribunaux-penaux-internationaux-tpi>.

10. <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/citoyen/citoyennete/definition/droits-libertes/que-sont-libertes-droits-fondamentaux.html>.

Sommaire

DOCTRINE

- Cohésion et démocratie
- Nouvelle-Calédonie et autodétermination
- L'année électorale 2017 en Nouvelle-Calédonie : Présidentielle – Législatives – Sénatoriales
- La gouvernance de l'économie et des finances publiques en Nouvelle-Calédonie avant la sortie de l'Accord de Nouméa : un « pays d'outre-mer » où une gestion discutable génère une prise de contrôle des banques
- La République circumterrestre et les vicissitudes du processus référendaire d'autodétermination calédonienne : chronologie d'une procrastination
- Les avatars d'une contractualisation de l'action publique
- Construction d'une gouvernance pro-concurrentielle en Nouvelle-Calédonie : La question en suspens du contrôle de l'application du droit
- Géopolitique des territoires kanak : de l'invisible au visible
- Une nouvelle catégorie d'agents publics non titulaires discrètement instituée : les agents permanents nommés par l'État dans les îles Wallis et Futuna

DOSSIER : LE « JOUR D'APRÈS ». QUEL DROIT, QUELLES INSTITUTIONS APRÈS L'ACCORD DE NOUMÉA ?

- Présentation du dossier : perspectives juridiques et institutionnelles pour le « jour d'après »

1. LA MÉTHODE TRANSITIONNELLE

- 2018 vers la fin de l'Accord de Nouméa : quel modèle de transition pour la Nouvelle-Calédonie ?
- Repenser la place du peuple

2. REGARDS SUR LES PROJETS DE SOCIÉTÉ DES PARTIS POLITIQUES

- Comment « faire société » dans une « Kanaky-Nouvelle-Calédonie » souveraine ?
- À la recherche du projet de société loyaliste

3. QUEL DROIT DANS UNE SOCIÉTÉ MULTICULTURELLE ? ENTRE PLURALISME ET MÉTISSAGE

- Questionner la trajectoire du pluralisme juridique calédonien
- Le métissage de la norme par la co-construction du droit : l'exemple du Code de l'environnement de la province des Îles Loyauté
- Intégrationnisme *versus* Multiculturalisme

4. LES OUTILS INSTITUTIONNELS EN SOCIÉTÉ PLURIELLE

- Repenser les institutions calédoniennes par le prisme du modèle de démocratie consensuelle
- Le pouvoir coutumier, un quatrième pouvoir
- Une Justice à repenser pour la Nouvelle-Calédonie à l'aune du référendum de 2018

PORTRAIT

- Jean-Pierre Deteix : un homme engagé (1943 - 2016)

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

- Droit administratif
- Jurisprudence minière, financière et fiscale

CHRONIQUE DE DROIT COUTUMIER KANAK

- De l'impossibilité d'adapter les catégories du droit civil français au droit coutumier kanak : « la preuve par 9 »

CHRONIQUE INSTITUTIONNELLE : avril 2017 - octobre 2017

BIBLIOGRAPHIE

DOCUMENTS

« La Nouvelle-Calédonie est une cité, avec ses citoyens, avec tous ceux qui y vivent et qui y travaillent. Elle mérite bien un instrument pour sa connaissance. Les sciences juridiques, politiques et économiques ont en Nouvelle-Calédonie un immense champ d'application et de recherches. Les ouvrages sur la Nouvelle-Calédonie ne manquent pas, mais un périodique juridique, politique et économique devrait être utile. La Nouvelle-Calédonie est en effet, plus que tout autre, une cité en devenir et une originalité essentielle de son statut est de faire place à la dimension du temps. Aussi importe-t-il de commencer à retenir, pour mieux assurer l'avenir, de quoi progressivement est fait le présent. Comment la Nouvelle-Calédonie évolue-t-elle, dans les règles qu'elle se donne, dans ce qu'en font les circonstances politiques et économiques ? C'est ce que cette Revue se propose de contribuer à expliquer, au fur et à mesure... Le sens de cette publication est d'être scientifique et pluraliste, ouverte à tous ceux qui ont le souci du progrès de la Nouvelle-Calédonie et qui espèrent en sa « communauté de destin »... Elle est au service de la réussite de la vie commune de tous les Calédoniens. »

Extrait de l'éditorial du 1^{er} numéro de la Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie, avril 2003.

