



HAL
open science

La Nouvelle-Calédonie à l'épreuve du partage de souveraineté

Jeanne Adrian

► **To cite this version:**

Jeanne Adrian. La Nouvelle-Calédonie à l'épreuve du partage de souveraineté. Actes du Colloque universitaire sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie des 17 & 18 novembre 2017, Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie (PUNC), coll. Larje, 2018. hal-03314087

HAL Id: hal-03314087

<https://hal.science/hal-03314087>

Submitted on 20 Oct 2021

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.

Actes du colloque universitaire sur

L'AVENIR INSTITUTIONNEL DE LA NOUVELLE-CALÉDONIE

des 17 & 18 novembre 2017


UNIVERSITÉ
de la
NOUVELLE-CALÉDONIE

LARJE

Laboratoire de Recherches
Juridique et Économique



L'AVENIR INSTITUTIONNEL DE LA NOUVELLE-CALÉDONIE

**Sous la direction de Jean-Marc Boyer, Mathias Chauchat, Géraldine Giraudeau,
Samuel Gorohouna, Caroline Gravelat, Catherine Ris**

Coordination éditoriale, Françoise Cayrol



© 2018 Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie
Collection LARJE – Laboratoire de recherches juridique et économique

Tous droits réservés

All rights reserved

No part of this publication may be reproduced in any form or by any means without the written permission of the University of New Caledonia

ISBN : 979-10-91032-06-03

Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie



Avenue James Cook - BP R4 - 98851

Nouméa CEDEX

unc.nc

Publication assurée par Françoise Cayrol pour les PUNC

Avec la contribution de Sylvian Raffard-Artigue

Réalisation : © ETEEK

L'AVENIR INSTITUTIONNEL DE LA NOUVELLE-CALÉDONIE

**Sous la direction de Jean-Marc Boyer, Mathias Chauchat, Géraldine Giraudeau,
Samuel Gorohouna, Caroline Gravelat, Catherine Ris**

Coordination éditoriale, Françoise Cayrol

SOMMAIRE

6

PRÉFACE	9
Thierry Lataste Haut-Commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie	
INTRODUCTION	11
Gaël Lagadec Président de l'Université de la Nouvelle-Calédonie	
PARTIE I : APPROCHE ACADÉMIQUE	15
Session n° 1 : Les transitions constitutionnelles et institutionnelles dans les sociétés complexes	
Le droit international et les transitions constitutionnelles	19
Géraldine Giraudeau Professeure de droit public, Université de la Nouvelle-Calédonie	
L'éléphant et le maharadjah : L'ingénierie constitutionnelle dans les sociétés complexes en transition	
Steven Ratuva Professeur de sociologie, Université de Canterbury, Nouvelle-Zélande	29
La transition constitutionnelle en Nouvelle-Calédonie, référendums et irréversibilité	
Mathias Chauchat Professeur de droit public, Université de la Nouvelle-Calédonie	41
La crise catalane et le chaos juridique et politique	
Romualdo Bermejo Professeur de droit international, Université de León, Espagne	51
Un exemple de résolution de conflit communautaire post-colonial : La transition institutionnelle en « Ulster »	
Yann Bévant Maître de conférences en langues et littératures anglaises, Université de la Nouvelle-Calédonie	71
La transition constitutionnelle au Vanuatu	
Morsen Mosses Docteur en droit public, Université du Pacifique Sud, Vanuatu	90
Coups d'État et récupération : Transformations politiques et ingénierie constitutionnelle aux îles Fidji	
Steven Ratuva Professeur de sociologie, Université de Canterbury, Nouvelle-Zélande	97

Session n° 2 : Le pluralisme juridique dans les sociétés complexes

La Nouvelle-Calédonie est-elle une société multiculturelle ? 113

Patrice Godin

Maître de conférences en anthropologie, Université de la Nouvelle-Calédonie

Jone Passa

Sociologue, Nouvelle-Calédonie

Le pluralisme juridique en Nouvelle-Calédonie : Assimilationnisme ou différentialisme pour la sortie de l'accord de Nouméa ? 125

Étienne Cornut

Maître de conférences en droit privé, Université de la Nouvelle-Calédonie

Le droit positif en Nouvelle-Calédonie face à la revendication autochtone 142

Anne-Lise Madinier

Doctorante en droit international, Université de Perpignan et Université d'Ottawa, Canada

Session n° 3 : L'adaptation institutionnelle aux sociétés complexes

L'État associé : une nouvelle forme de l'État dans le Pacifique Sud 155

Léa Havard

Maîtresse de conférences en droit public, Université de Bordeaux

La souveraineté partagée dans les relations internationales de la Nouvelle-Calédonie 162

Caroline Gravelat

Maîtresse de conférences associée, Université de la Nouvelle-Calédonie

La Nouvelle-Calédonie à l'épreuve du partage de souveraineté 169

Jeanne Adrian

Enseignante-chercheuse, Université de la Nouvelle-Calédonie

Autodétermination et décolonisation externe 180

Stéphanie Graff

Docteure en anthropologie de l'IHEID, Genève

Autodétermination et décolonisation interne : Peut-on s'autodéterminer et décoloniser dans la France ? 189

Jean-Baptiste Manga

Docteur en droit public de l'Université de la Nouvelle-Calédonie

PARTIE II : APPROCHES POLITIQUES**Session n° 1 : Personnalités de l'État**

De l'évolution du statut de la Nouvelle-Calédonie à son avenir institutionnel : il faut refonder la communauté de destin 209

Dominique Bussereau

Ancien ministre, président de l'Assemblée des départements de France, ancien président de la mission d'information relative à l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie

État associé ou État fédéré, des pistes pour l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie	225
Jean-Jacques Urvoas Ancien garde des Sceaux	

Session n° 2 : Responsables des partis politiques néo-calédoniens (représentés au congrès de la Nouvelle-Calédonie)

Sonia Backès	235
Les Républicains Calédoniens	
Pierre Frogier	240
Intergroupe (Calédonie Ensemble, Rassemblement Les Républicains, Mouvement Populaire Calédonien)	
Philippe Gomès	247
Intergroupe (Calédonie Ensemble, Rassemblement Les Républicains, Mouvement Populaire Calédonien)	
Gaël Yanno	252
Intergroupe (Calédonie Ensemble, Rassemblement Les Républicains, Mouvement Populaire Calédonien)	
Échanges avec le public	257
Contribution du FLNKS	273
Le projet du FLNKS pour une Kanaky-Nouvelle-Calédonie souveraine	

LA NOUVELLE-CALÉDONIE À L'ÉPREUVE DU PARTAGE DE SOUVERAINETÉ

Jeanne Adrian

Enseignante-chercheuse, Université de la Nouvelle-Calédonie

169

Le concept de souveraineté est au cœur même du dispositif de l'accord de Nouméa. De la reconnaissance de la « souveraineté » du peuple kanak au « partage de la souveraineté » ou encore à l'« accession à la pleine souveraineté », ce concept y est utilisé à maintes reprises, huit fois pour être exact, pour qualifier le temps du présent, celui de l'accord de Nouméa et le temps d'un futur potentiel, celui de l'accession à la pleine souveraineté.

Les réflexions sur l'après accord de Nouméa s'y réfèrent tout autant puisque de la souveraineté pleine et entière, entendue plus couramment comme celle d'indépendance de la Nouvelle-Calédonie, à la souveraineté avec partenariat, en passant par les notions de souveraineté partagée ou déléguée, chacune recourt à ce concept de souveraineté.

Pas un écrit de juriste ou d'expert, pas une intervention d'homme politique néo-calédonien ou métropolitain se penchant sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie sans que ne soit utilisé le terme de souveraineté pour évoquer une « solution » du « jour d'après ». Concernant la souveraineté partagée, un colloque s'était tenu en décembre 1999 à Nouméa au lendemain de l'adoption du nouveau statut de la Nouvelle-Calédonie sur la thématique suivante : « La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé »¹.

À la question suivante : Qu'est-ce que la souveraineté partagée ?, le rapporteur de synthèse du colloque avait dû faire le constat suivant : « La question n'a pas encore reçu de réponse claire et univoque »².

À ce jour, cette notion divise et interroge toujours autant la doctrine. Certains l'acceptent, d'autres la rejettent en la considérant comme un non-sens. Il n'est pour ces derniers de souveraineté qui soit divisible, donc toute idée même de partage est inconcevable. Elle est encore rejetée par ceux qui estiment que le statut de la Nouvelle-Calédonie ne va pas assez loin pour qu'il soit possible de l'évoquer à son égard : en effet, seuls les États fédéraux partageraient la souveraineté. Les critères du fédéralisme n'étant pas totalement remplis pour la Nouvelle-Calédonie, on ne saurait selon eux utiliser cette notion³.

1 - Faberon, J.-Y. et Agniel, G., (dir.), *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, Études, la Documentation française, coll. « Notes et études documentaires », 2000.

2 - Ziller, J., Rapport de Synthèse, « Partager la souveraineté, ici et ailleurs », in Faberon, J.-Y. et Agniel, G., (dir.), *op. cit.*, p. 448.

3 - Lorsque par ailleurs la logique fédérale a pu être considérée comme dépassée dans le rapport entre la Nouvelle-Calédonie et la souveraineté, cf., Clinchamps, N., « Les collectivités d'outre-mer et la Nouvelle-Calédonie : le fédéralisme en question », *Pouvoirs*, 2005/2, p. 77.

C'est ainsi qu'a pu être évoquée la création d'un État régional ou autonome⁴.

Aujourd'hui, la notion de souveraineté est donc de nouveau au cœur des débats puisque de nouveaux espoirs sont associés à ce vocable, véritable mythe, totem, voire « tabou »⁵ : espoir de pleine souveraineté pour les uns, souveraineté partagée dans le cadre du fédéralisme, souveraineté déléguée avec la solution de l'État associé... Pour d'autres, c'est une poursuite de la souveraineté partagée telle qu'évoquée dans l'accord de Nouméa qui est espérée.

La Nouvelle-Calédonie est une fois de plus envisagée comme un « laboratoire de statuts »⁶ qui appelle le chercheur à trouver le « prêt à porter » que réclame cette île pour son avenir.

Vingt ans après la souveraineté partagée annoncée par l'accord de Nouméa et à la veille du premier scrutin d'autodétermination sur l'accession à la pleine souveraineté, nous nous pencherons sur ce qu'elle recouvre juridiquement et pratiquement. Bien qu'ayant mené la Nouvelle-Calédonie aux confins de l'autonomie, ce ne sont pas les compétences matérielles transférées qui sauraient justifier le recours à la notion de souveraineté partagée (I) mais le transfert d'une compétence normative initiale (II) et les modalités de transferts aux mains de la Nouvelle-Calédonie maîtrisant la progressivité de transferts définitifs (III).

I. SOUVERAINÉTÉ PARTAGÉE ET TRANSFERTS DE COMPÉTENCES MATÉRIELLES

L'accord de Nouméa annonce de façon lapidaire que « Le partage des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie signifiera la souveraineté partagée », ce qui a inmanquablement relancé le débat autour de la notion d'indivisibilité de la souveraineté déjà mise à mal par la construction européenne.

Les débats auxquels donne en effet lieu la notion de souveraineté passent « parmi les plus épineux du droit public »⁷ en raison de la polysémie du terme.

C'est en France que se trouve l'origine historique de la notion de souveraineté⁸. Jean Bodin est le premier à rattacher la notion de souveraineté à l'État⁹ et à en faire une condition essentielle de son existence. La souveraineté représente le « caractère suprême d'un

4 - Moyrand, A., « Les pays d'outre-mer transforment la République française en un État autonome, Brèves réflexions sur la création d'une nouvelle catégorie de collectivités publiques infra-étatiques », in *Mélanges en l'honneur du professeur Patrice Gélard*, LGDJ, 2000, p. 187 ; Page, J., *Du partage des compétences au partage de la souveraineté : des territoires d'outre-mer aux pays d'outre-mer*, PUAM, coll. « Collectivités locales », 2001, p. 459 et s.

5 - Rocard, M., *L'art de la paix*, Atlantica, 1997, p. 23, cité par Urvoas, J.-J., « État associé ou fédéré, des pistes pour l'avenir institutionnel », Le club des juristes, 2017.

6 - Faberon, J.-Y., « Laboratoire de statuts de territoire d'Outre-Mer », Société d'études historiques, n° 49, Nouméa 1992.

7 - Burdeau, G., *Traité de science politique*, 3^e édition, 1980, tome II, n° 198, p. 297.

8 - Rigaudière, A., « L'invention de la souveraineté », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 5 ; Raymond Carré de Malberg déclare que c'est en France que la notion a fait son apparition, ce terme étant « purement français », in *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, 1920, CNRS, rééd. 1962, tome 1, p. 73.

9 - Jean Bodin montre ce rattachement dans la définition suivante : « L'État est un droit de gouvernement de plusieurs ménages et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine », *Les six livres de la République*, 1576, Livre I, chap. 1, Librairie générale française, édition G. Masset, 1993, p. 57.

pouvoir : suprême en ce que ce pouvoir n'en admet aucun autre ni au-dessus de lui ni en concurrence avec lui »¹⁰. La souveraineté a pour conséquence de placer l'État au-dessus de toute autorité présente sur son territoire et lui seul peut décider de limiter ses pouvoirs, puisqu'il possède la « compétence de sa compétence », selon l'expression traditionnelle de Georg Jellinek.

Entendue comme puissance suprême de l'État, « parler de souveraineté restreinte, relative ou divisée, c'est commettre une contradiction *in adjecto* »¹¹. Ce que, en ses termes, Jean-Jacques Rousseau affirme en disant qu'« il est de la puissance souveraine de ne pouvoir être limitée : elle peut tout ou elle n'est rien »¹².

Pour Raymond Carré De Malberg « La souveraineté est entière ou elle cesse de se concevoir »¹³.

À côté de cette première acception de la souveraineté, entendue comme le pouvoir suprême, se trouve une seconde acception, qui concerne le contenu de la souveraineté.

La souveraineté est ici considérée comme un ensemble de compétences, d'attributs de souveraineté qui ne peuvent appartenir qu'à l'État et qui lui donnent précisément le caractère d'État.

Jean Bodin les regroupe sous l'appellation de « vraies marques de souveraineté » qui sont essentiellement les pouvoirs suivants : faire les lois, faire la guerre et la paix, juger à titre suprême, battre monnaie et lever les impôts.

Ce sont les pouvoirs essentiels du roi, appelés aussi « droits régaliens » ou « compétences régaliennes », du latin *regalis*, « royal », notion à laquelle se réfère l'accord de Nouméa.

Comme l'indique Charles Cadoux, lorsque l'État intervient dans ces matières, il exerce un « rôle minimum et incompressible parce que lié aux "missions de souveraineté" »¹⁴. Dès lors, le transfert de telles compétences dites de souveraineté porterait atteinte à la souveraineté de l'État et engendrerait un partage de souveraineté.

Certains auteurs affirment toutefois qu'il n'y aurait pas d'atteinte à l'indivisibilité de la souveraineté dès lors qu'elle serait librement acceptée par l'État et qu'en réalité, il ne serait question que de délégations de compétences de souveraineté. Il n'y aurait pas de partage de souveraineté dans la mesure où le transfert ne serait pas celui d'une partie de la souveraineté mais le partage de l'exercice d'attributs de souveraineté, que l'État serait toujours en mesure de reprendre.

D'autres, enfin, soulignent le caractère évolutif dans le temps et donc peu pertinent de ce qui est considéré comme une compétence de souveraineté et qui ne permettrait plus d'affirmer

10 - *Ibid.*

11 - *Ibid.*

12 - *In Lettres écrites de la montagne*, cité par Gicquel, J., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, Domat, 14^e édition, 1995, p. 56.

13 - Carré de Malberg, R., *op. cit.*, note de bas de page susvisée, p. 139.

14 - Cadoux, Charles, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4^e édition, Paris, Cujas, coll. Synthèse, 1995, p. 105.

que leur transfert porte atteinte à la souveraineté de l'État (exemple de la monnaie en Europe). Il n'y aurait donc pas de partage de souveraineté¹⁵.

Ainsi, la notion de souveraineté partagée a pu être largement contestée par de nombreux auteurs de doctrine et des plus éminents. Admise par certains, plus souvent contestée, la notion de souveraineté partagée a pu apparaître au minimum comme une « fiction nécessaire »¹⁶ pour décrire la situation de la Nouvelle-Calédonie.

Ceci étant, et comme le souligne Léa Havard, « nécessairement abstraite parce qu'elle est une notion théorique, la souveraineté ne doit pas pour autant s'enfermer dans un juridisme qui la rendrait de plus en plus parfaite en droit, mais de moins en moins en prise avec la réalité politique »¹⁷.

Pour ce qui est de la Nouvelle-Calédonie, cette réalité politique est celle d'une exceptionnelle autonomie acquise au gré de très larges transferts de compétences intervenus dans le respect de l'accord de Nouméa et de la loi organique¹⁸. La Nouvelle-Calédonie et les provinces sont aujourd'hui compétentes dans un nombre de matières qui amène cet archipel aux confins de l'autonomie, dans une situation sans pareille au sein de la République française et bien au-delà de ce que le statut de territoire d'outre-mer avait pu lui offrir jusque-là.

Ce que l'on pourrait facilement omettre aujourd'hui, c'est que certaines compétences ont été transférées dès la mise en place de l'accord de Nouméa et de la loi organique de 1999. En effet, la lecture de l'article 22 de la loi organique ne souligne pas ces transferts initiaux puisqu'il ne distingue pas au sein des compétences de la Nouvelle-Calédonie, celles qui lui appartenaient déjà et celles ayant eu vocation à être transférées avec sa mise en œuvre au 1^{er} janvier 2000. C'était pourtant le cas de compétences tout à fait essentielles au quotidien des habitants de la Nouvelle-Calédonie, tels que les programmes de l'enseignement primaire, la formation des maîtres et le contrôle pédagogique, le commerce extérieur, la réglementation relative au nickel, ou encore les principes directeurs du droit du travail.

Par la suite, au cours d'une seconde étape correspondant aux deuxième et troisième mandats du congrès – de 2004 à 2014 – de nouveaux transferts se sont opérés. Aucun n'est toutefois intervenu dans le deuxième mandat du congrès, soit lors du mandat débutant en 2004 comme le permettait la loi. Les élus locaux ont attendu cinq ans supplémentaires pour que deux premiers transferts soient organisés par des lois du pays de décembre 2009. La circulation maritime a ainsi été transférée en 2011 et le transfert de l'enseignement du second degré public et privé, de l'enseignement primaire privé et de la santé scolaire est devenu effectif au 1^{er} janvier 2012.

15 - Courtial, Jean, Mélin-Soucramanien, F., *Réflexions sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, La Documentation française, 2013, p. 37.

16 - Zoller E., « Aspects internationaux du droit constitutionnel ; Contribution à la théorie de la fédération d'États », *RCADI*, 2002, vol. 294, p. 60-63.

17 - Havard, L., « L'État libre associé : la souveraineté à l'épreuve de l'histoire du temps présent », 9^e congrès de l'AFDC, Lyon, 2014. http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLE/B-havard_T2.pdf

18 - Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, article 25 : « La Nouvelle-Calédonie ou les provinces, selon le cas, exercent, à compter du 1^{er} janvier 2000, les compétences qu'elles tiennent de la présente loi et dont elles ne disposaient pas en vertu de la loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998 ».

Puis, en 2012, d'autres transferts de compétences ont été adoptés par lois du pays. Pour ce qui est de la police et de la sécurité de la circulation aérienne intérieure, le transfert est effectif depuis le 1^{er} janvier 2013.

Des transferts de compétences de réglementation très techniques tels le droit civil et le droit commercial sont enfin intervenus le 1^{er} juillet 2013. La maîtrise de compétences d'une telle technicité est excessivement difficile et ces transferts ont nécessité l'accompagnement du Haut conseil au commissariat aux comptes, de l'Institut National de la Propriété Intellectuelle (INPI), et la mise à disposition de deux magistrats (qui vient à nouveau d'être renouvelée).

Dernier transfert intervenu, celui de la sécurité civile, transférée avec la direction en charge de la sécurité civile du haut-commissariat à la Nouvelle-Calédonie au 1^{er} janvier 2014.

À ce jour, et après ces larges transferts, il ne reste désormais plus que les compétences dites « de l'article 27 » de la loi organique à transférer, à savoir les règles relatives à l'administration des provinces, des communes et de leurs établissements publics, le contrôle de légalité et le régime comptable et financier ; l'enseignement supérieur et la communication audiovisuelle. Leur transfert est soumis à un processus différent des autres transferts puisqu'il intervient après résolution du congrès et par voie de loi organique. Ainsi, le statut néo-calédonien prévoit que « Le congrès peut, à partir du début de son mandat commençant en 2009, adopter une résolution tendant à ce que lui soient transférées, par une loi organique ultérieure, les compétences suivantes ».

Tant la sensibilité des domaines en question (il suffit d'évoquer celui du contrôle de légalité) que les problématiques juridiques associées au transfert de ces compétences (cas de l'enseignement supérieur¹⁹) font qu'il n'a pas été engagé pour l'heure, à quelques mois du scrutin d'autodétermination.

Le comité des signataires de l'accord de Nouméa du 2 novembre 2017 a acté la création d'un groupe de travail spécifique piloté par le haut-commissaire afin de plancher sur ces transferts alors que la longue procédure associée à l'adoption d'une loi organique ne devrait pas permettre d'envisager un possible transfert avant le scrutin d'autodétermination.

L'étape actuelle correspond au dernier mandat du congrès, mandat au cours duquel les Calédoniens seront amenés à se prononcer sur le transfert des compétences qualifiées de régaliennes par l'accord de Nouméa.

Il s'agit de la justice, de l'ordre public, de la défense, de la monnaie et des affaires étrangères, compétences traditionnellement considérées comme appartenant au « noyau dur » des compétences de souveraineté.

En outre, la loi organique conserve à l'État des compétences allant au-delà des seules compétences « régaliennes » précitées. En effet, l'article 21-1 de la loi organique prévoit une liste de

19 - La complexité du transfert de l'enseignement supérieur apparaît dans Chauchat, Mathias (dir.), *L'indépendance des universités en Nouvelle-Calédonie. La question du transfert au titre de l'article 27*, Nouméa, Presses Universitaires de la Nouvelle-Calédonie (PUNC), Coll. LARJE – Laboratoire de Recherches Juridique et Économique, 2017.

rubriques de compétences étatiques s'ajoutant aux seules cinq compétences régaliennes (par exemple, les fonctions publiques de l'État ; les marchés publics et les délégations de service public de l'État et de ses établissements publics...).

Hormis la compétence en matière fiscale qui est traditionnellement considérée comme une compétence de souveraineté et qui relève de la Nouvelle-Calédonie depuis plus d'un siècle (l'autonomie fiscale datant de la loi du 13 avril 1900), ce ne sont donc pas les transferts de compétences matérielles prévues dans la loi organique durant sa période d'application qui permettent d'évoquer un partage de souveraineté. Pour autant, et au regard de l'importance de ces transferts, d'aucuns ont pu affirmer qu'était consacré un partage de souveraineté²⁰.

II. SOUVERAINETÉ PARTAGÉE ET PARTAGE DU POUVOIR NORMATIF INITIAL

La Nouvelle-Calédonie disposait déjà en sa qualité de territoire d'outre-mer d'une reconnaissance de sa spécificité en matière législative. Le territoire pouvait en effet déjà intervenir dans le domaine matériel de la loi pourtant expressément réservé au Parlement français par l'article 34 de la Constitution française. Les actes adoptés dans ce domaine conservaient toutefois simple valeur d'actes administratifs soumis au contrôle de la juridiction administrative²¹.

Accorder un véritable pouvoir législatif à la Nouvelle-Calédonie allait bien au-delà et a nécessité une modification de la Constitution tant il est en contradiction avec les notions d'unité du pouvoir normatif et d'indivisibilité de la souveraineté²².

De même, l'adoption de ce qui est considéré comme un critère du fédéralisme constituait un « bouleversement »²³ pour un État de tradition jacobine. Ce bouleversement s'est réalisé avec l'accord de Nouméa lequel a doté la Nouvelle-Calédonie de cette évolution statutaire radicale attendue, lui permettant d'adopter des lois du pays, actes de valeur législative.

C'est dans l'accord de Nouméa qu'apparaît l'expression de loi du pays. Les dispositions qui y sont consacrées sont peu nombreuses.

Son préambule énonce que : « Les institutions de la Nouvelle-Calédonie traduiront la nouvelle étape vers la souveraineté : certaines des délibérations du congrès du territoire auront valeur législative »²⁴.

Le document d'orientation affirme timidement que certaines délibérations auront le « caractère » de loi du pays mais confirme leur valeur législative en prévoyant des modalités de

20 - Faberon, J.-Y., « La France et son outre-mer : un même droit ou un droit différent ? », *Pouvoirs*, 2005/2 (n° 113), p. 5-19.

21 - C.E., Ass., 27 février 1970, *Saïd Ali Tourqui, Rec. Leb.*, p. 138.

22 - « La législation est une des formes les plus frappantes de l'exercice du pouvoir souverain », (Statut juridique du Groenland oriental, CPIJ, 1933), cité in Agniel, G., 1997, *Droit des relations internationales*, Hachette supérieur, coll. Les fondamentaux, p. 37.

23 - Faberon, J.-Y., « La loi du pays », in *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, Paris, La documentation française, 2000.

24 - Préambule de l'accord de Nouméa, *op. cit.*, p. 8040.

contrôle communes à celles des lois métropolitaines puisque les lois du pays « ne pourront être contestées que devant le Conseil constitutionnel »²⁵.

En revanche, et loin de prendre modèle sur l'article 34 de la Constitution²⁶, le seul cas de détermination par l'accord de Nouméa d'un domaine matériel d'intervention d'une loi du pays est relatif au changement de nom de la Nouvelle-Calédonie²⁷.

C'est donc avant tout la valeur législative de certains actes du congrès que l'accord de Nouméa souhaitait établir avec force plus que les domaines dans lesquels ils interviennent.

La loi organique portant statut de la Nouvelle-Calédonie attribue un chapitre aux lois du pays qui consacre pleinement la valeur législative des lois du pays en énonçant que ces dernières « ont force de loi dans le domaine défini à l'article 99 »²⁸.

Il s'agit d'une innovation juridique majeure qui a nécessité une révision de la Constitution et qui consacre par là même, dans la plus haute norme française, la dualité du pouvoir législatif en France et dont procède un partage de souveraineté.

Bien que rétif à l'idée de partage de la souveraineté, Félicien Lemaire indique d'ailleurs que la dérogation constitutionnelle introduite par le statut de la Nouvelle-Calédonie dans l'attribution d'un véritable pouvoir législatif :

[...] témoigne à l'extrême de la nécessité qu'il y a de reconsidérer à l'intérieur du territoire national les implications de la souveraineté de l'État. Le recours à l'expression très fédéraliste de « pays à souveraineté partagée » ; la mention à l'article 77 de la Constitution de ce que la loi organique, prise après avis de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie, détermine « les compétences de l'État qui seront transférées, de façon définitive, aux institutions de la Nouvelle-Calédonie » confirment à cet égard que le législateur concède de sa souveraineté législative.²⁹

On soulignera en effet la concession importante faite par la République française à la Nouvelle-Calédonie en lui accordant un pouvoir législatif, la Loy depuis Bodin caractérisant la première marque de souveraineté.

Constatant une évolution de l'approche de la souveraineté avec la multiplication des centres de production de droit et, mentionnant que la souveraineté partagée est perçue par bien des analystes comme un oxymore³⁰, Félicien Lemaire reconnaît toutefois que : « comme le clair-obscur ne constitue plus une simple alliance de mots mais un concept en soi : le principe d'une souveraineté partagée ne paraît plus totalement aberrant ; tant il est vrai que la souveraineté fait plus qu'auparavant l'objet d'aménagements et que l'État ne semble plus être, de manière aussi univoque que par le passé, le seul dispensateur de droit »³¹.

25 - Accord de Nouméa, *op. cit.*, p. 8041.

26 - Qui liste les matières relevant du domaine législatif.

27 - Accord de Nouméa, pt. 1. 5. « Les symboles », *op. cit.*, p. 8041.

28 - Article 107 de la loi n° 99209 du 19 mars 1999 organique relative à la Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*, p. 1193.

29 - Lemaire, F., « Propos sur la notion de "souveraineté partagée" ou sur l'apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté », *RFDC*, 2012/4, n° 92, p. 841

30 - *Ibid.*, p. 822.

31 - *Ibid.*, p. 838.

Désormais, la loi n'est plus toujours « l'expression de la volonté générale », comme l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen le proclame, mais elle est aussi parfois « l'expression de la volonté des citoyens calédoniens ».

Décrite comme un « outil normatif en pleine maturation »³² avec des modalités d'élaboration, d'adoption et de contrôle s'affirmant progressivement, la loi du pays a aujourd'hui atteint sa majorité avec 18 ans d'existence et quelque 200 lois du pays adoptées (199 lois du pays publiées sur Juridoc³³). Une évolution importante a été consacrée avec l'introduction de leur possible contrôle *a posteriori* puisqu'elles peuvent faire désormais l'objet de questions prioritaires de constitutionnalité.

En pratique, la Nouvelle-Calédonie s'est emparée de cette nouvelle compétence normative de façon fort disparate selon les domaines de compétences. Ainsi, certains domaines tels que le droit fiscal, avec près de la moitié des lois du pays qui lui sont consacrées, ou le droit du travail sont des domaines d'intervention privilégiés. L'usage de la compétence a pu ainsi dans certains domaines être qualifié de « réussi »³⁴ lorsque d'autres domaines, tels le droit coutumier ou celui de la santé publique, ont été désignés comme étant « en souffrance » tant ils ont été les oubliés de cette évolution majeure permise à la Nouvelle-Calédonie.

III. SOUVERAINETÉ PARTAGÉE ET MODALITÉS DE TRANSFERT

Au-delà même de la question de la parcelle de souveraineté acquise au regard des compétences transférées, c'est la souveraineté conférée dans leurs modalités de transfert, aux mains de la Nouvelle-Calédonie (1) et définitifs (2) qui mérite d'être soulignée.

A. Des transferts de compétence aux mains de la Nouvelle-Calédonie

La Nouvelle-Calédonie s'est vue conférer la liberté de déterminer le degré d'autonomie qui doit lui revenir durant la période d'application de l'accord de Nouméa puisqu'il lui appartient de déterminer le calendrier des transferts de compétences, cette liberté étant qualifiée par l'accord de Nouméa de compétence d'auto-organisation.

La compétence d'auto-organisation est couramment définie comme la capacité de s'organiser selon ses propres lois, ou encore de détenir la « compétence de la compétence » selon l'expression connue de Georg Jellinek.

Cela consiste avant tout, selon Raymond Carré de Malberg, pour une collectivité « dans le pouvoir de se donner à elle-même sa Constitution, c'est-à-dire de déterminer par sa propre volonté,

32 - Voir l'ouvrage collectif présentant un intéressant point d'étape sur les lois du pays *in* David, C. (dir.), *15 ans de la loi du pays en Nouvelle-Calédonie-Sur les chemins de la maturité*, Aix-Marseille, PUAM, 2017.

33 - www.juridoc.gouv.nc. La première loi du pays a été adoptée dès 1999 : Loi du pays n° 99-001 du 19 octobre 1999 relative au dispositif conventionnel entre certains professionnels de santé et les organismes de protection sociale de la Nouvelle-Calédonie.

34 - Meyer, N., « 15 ans de la loi du pays. De la naissance à l'émancipation du droit du travail calédonien ! », *in* David, C., *op. cit.*, p. 165.

soit les organes qui exerceront sa puissance, soit l'étendue et les conditions d'exercice de cette puissance »³⁵.

Pour ce qui concerne la Nouvelle-Calédonie, un commencement d'une telle faculté d'auto-organisation lui était conféré en tant que territoire d'outre-mer par la consultation de son assemblée sur toute question statutaire, marquant une prise en considération d'une spécificité n'existant pas ailleurs.

Cette compétence d'auto-organisation est élargie par l'accord de Nouméa en ce qui concerne les transferts de compétences puisque le préambule énonce que : « des compétences seront transférées dès la mise en œuvre de la nouvelle organisation. D'autres le seront, selon un calendrier défini, modulable par le congrès, selon le principe d'auto-organisation [...] ».

L'auto-organisation du congrès ne consiste donc pas en la capacité de se doter de sa propre Constitution, tant s'en faut, mais en celle de déterminer « l'étendue et les conditions d'exercice de cette puissance »³⁶ en procédant au transfert de compétences de l'État à la Nouvelle-Calédonie.

Comme le souligne Jean-Yves Faberon, l'auto-organisation s'appuie sur une « logique d'autonomie croissante de la Nouvelle-Calédonie. Mais il n'est plus question de céder aux formules du "tout, tout de suite". La Nouvelle-Calédonie a de plus en plus de compétences, mais elle avance pas à pas, en testant sa réelle efficacité à assumer de plus en plus de pouvoirs »³⁷.

La loi organique précise que les transferts interviennent par voie de lois du pays, adoptées à la majorité des trois cinquièmes des membres du congrès³⁸.

Cette majorité qualifiée exige donc un consensus entre partis indépendantistes et non indépendantistes au congrès de la Nouvelle-Calédonie, d'autant plus que la loi organique prévoit qu'il s'agit des trois cinquièmes des membres du congrès, exigence supplémentaire non prévue initialement par l'accord de Nouméa (33 membres sur les 54 constituant le congrès).

Cette faculté nouvelle du congrès est d'autant plus significative que lorsqu'il décide du transfert d'une compétence, il peut par là même être amené à dessaisir le législateur français et cela de façon irréversible.

B. Des transferts de compétence « définitifs »

Le préambule de l'accord de Nouméa indique que « les compétences transférées ne pourront revenir à l'État, ce qui traduira le principe d'irréversibilité de cette organisation »³⁹. En « contradiction avec l'article 1^{er} de la Constitution, qui définit la France comme une

35 - Carré De Malberg, R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., p. 159.

36 - Voir la définition suscitée de Carré De Malberg.

37 - Faberon, J.-Y., « Nouvelle-Calédonie et Polynésie française : des autonomies différentes », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006/4, n° 68 | p. 691-712.

38 - Article 26 alinéa 2 de la loi organique du 19 mars 1999.

39 - Accord de Nouméa, op. cit., p. 8040.

République indivisible »⁴⁰, l'irréversibilité est donc « autorisée » par la Constitution pour la Nouvelle-Calédonie par son article 77, lequel prévoit que la loi organique déterminera « les compétences de l'État qui seront transférées de manière définitive aux institutions de la Nouvelle-Calédonie ».

Le caractère irréversible des transferts constitue, selon le rapporteur à l'Assemblée nationale de la loi constitutionnelle visant à modifier la Constitution pour la Nouvelle-Calédonie, le « principe le plus novateur des accords. C'est lui qui distingue la Nouvelle-Calédonie de demain des territoires d'outre-mer »⁴¹.

Ce principe signifie que les compétences de l'État transférées à la Nouvelle-Calédonie sont de façon définitive, sans possible retour en arrière. Comme le précisent Jean Courtial et Ferdinand Mélin-Soucramanien, « l'Accord de Nouméa constitutionnalisé comporte donc un « cliquet anti-retour » qui contraint à toujours aller de l'avant »⁴².

Et ce n'est pas anodin pour le Caillou⁴³ dont l'évolution statutaire, faite d'incessants revirements, avait été comparée au mouvement du yoyo⁴⁴, ou encore à celui d'un balancier⁴⁵. Par le passé, le statut de territoire d'outre-mer n'offrait pas de sécurité aux compétences déléguées aux autorités locales. Les compétences qui leur étaient attribuées dépendaient de la volonté du législateur et partant, du bon vouloir du pouvoir politique aux commandes de l'État. Les changements de majorité avaient très fréquemment eu pour corollaire des changements de statuts, et la Nouvelle-Calédonie avait ainsi subi de fréquents va-et-vient concernant les compétences transférées provoquant « rancœurs et méfiances »⁴⁶ ainsi que l'avait souligné le rapporteur du projet de loi constitutionnel.

C'est la raison pour laquelle les autorités locales ont voulu obtenir la certitude que les compétences transférées ne pourraient désormais plus être récupérées par l'État au gré des changements de majorité métropolitaine, exigence traduite dans le principe d'irréversibilité contenu. L'irréversibilité est, en outre, une caractéristique essentielle des transferts au regard du débat autour du partage de la souveraineté. En effet, la notion de souveraineté partagée est souvent écartée par la doctrine au motif que les compétences transférées ne le seraient que par voie de simples délégations, par nature précaires, laissant intact le principe d'indivisibilité de la souveraineté. En effet, l'État serait totalement libre de récupérer les compétences transférées.

Le caractère irréversible des transferts inscrit dans la plus haute norme juridique française limite très sérieusement cette liberté de l'État. Seule une révision constitutionnelle pourrait

40 - Tasca, Catherine, « Rapport fait au nom de la commission de lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle relatif à la Nouvelle-Calédonie », Doc. parl., Ass. nat., 972, p. 65.

41 - Tasca, Catherine, « Rapport n° 972 », *op. cit.*, p. 64.

42 - Courtial, Jean, Mélin-Soucramanien, Ferdinand, *op. cit.*, p. 41.

43 - Nom donné localement à la Nouvelle-Calédonie.

44 - Agniel, G., « L'expérience statutaire de la Nouvelle-Calédonie », in Faberon, J.-Y. (dir.), *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie*, La documentation française, 1997, p. 4157.

45 - Devaux, M., *L'organisation de la Nouvelle-Calédonie - Institutions et régime législatif*, Nouméa, CDP, coll. Université, 1997, p. 29.

46 - Tasca, C., *JO Déb. parl.*, Congrès du Parlement, 7 juillet 1998, p. 14.

revenir sur ce caractère et, dès lors et ainsi que l'ont souligné Jean Courtial et Ferdinand Mélin-Soucramanien, « il s'agit bien ici de transferts et non de délégations de compétences »⁴⁷.

En outre, l'accord de Nouméa, constitutionnalisé, rajoute une seconde barrière juridique sinon morale en précisant que : « Tant que les consultations n'auront pas abouti à la nouvelle organisation politique proposée, l'organisation politique mise en place par l'accord de 1998 restera en vigueur, à son dernier stade d'évolution, sans possibilité de retour en arrière, cette "irréversibilité" étant constitutionnellement garantie »⁴⁸.

C'est donc un double verrou à un retour en arrière en termes d'autonomie qui est prévu par l'accord de Nouméa et la Constitution.

Comme le souligne Mathias Chauchat, dans l'hypothèse où les citoyens calédoniens ne souhaiteraient pas ériger leur pays en État par l'accès à des compétences régaliennes, « la Nouvelle-Calédonie restant au sein de la République française ne pourrait cependant amorcer un retour en arrière en matière d'attribution de compétences : la progressivité est bien conçue toujours dans le même sens »⁴⁹.

CONCLUSION

La Nouvelle-Calédonie est aujourd'hui à quelques mois de se déterminer sur son futur. Conformément à l'accord de Nouméa, la consultation d'autodétermination portera « sur le transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences régaliennes, l'accès à un statut international de pleine responsabilité et l'organisation de la citoyenneté en nationalité ».

En cas de réponse négative, deux autres consultations pourront intervenir. À l'issue de ces trois consultations, si la réponse est toujours négative, « les partenaires politiques se réuniront pour examiner la situation ainsi créée ». Une seule indication est alors donnée par l'accord de Nouméa, comme si ses rédacteurs n'avaient « plus eu d'encre dans leurs stylos »⁵⁰, qui prévoit que « tant que les consultations n'auront pas abouti à la nouvelle organisation politique proposée, l'organisation politique mise en place par l'accord de 1998 restera en vigueur, à son dernier stade d'évolution, sans possibilité de retour en arrière, cette "irréversibilité" étant constitutionnellement garantie ».

Le futur proche de la Nouvelle-Calédonie sera donc celui de la pleine souveraineté ou celui du maintien transitoire du statut actuel. Dans l'attente de la consultation d'autodétermination suivante ou de la construction d'une nouvelle solution consensuelle de vivre ensemble, les Calédoniens continueront d'être à l'épreuve de la souveraineté partagée annoncée dans l'accord de Nouméa. En choisissant le transfert des compétences de l'article 27 ou en exerçant pleinement l'ensemble de leurs compétences et notamment leur pouvoir législatif, ils pourront exercer la souveraineté partagée jusqu'à ses limites ultimes...

47 - Courtial, J., Mélin-Soucramanien, F., *op. cit.*, p. 37.

48 - Article 5 de l'accord de Nouméa.

49 - Chauchat, M., *Les institutions en Nouvelle-Calédonie*, Nouméa, CDP NC, coll. Université, 2011.

50 - In « Rapport Bussereau, Dominique et Dosière, René, au nom de la mission d'information sur l'Avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie », Doc. parl., Ass. nat., 4596, 2017, p. 34.

Actes du colloque universitaire sur
**L'AVENIR INSTITUTIONNEL
DE LA NOUVELLE-CALÉDONIE**
des 17 & 18 novembre 2017

Sous la direction de Jean-Marc Boyer, Mathias Chauchat, Géraldine Giraudeau,
Samuel Gorohouna, Caroline Gravelat, Catherine Ris

L'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie, à court, moyen ou plus long terme, pose de multiples questions que le Laboratoire de Recherches Économique et Juridique (LARJE) de l'Université de la Nouvelle-Calédonie a choisi de traiter, en novembre 2017, lors d'un colloque dédié. À cette occasion, des chercheurs, des enseignants-chercheurs de l'Université de la Nouvelle-Calédonie, ainsi que d'universités du Sud Pacifique, d'Europe et du Canada, ont été réunis autour de thèmes tels que les adaptations et les transitions constitutionnelles et institutionnelles (dans le Pacifique – Vanuatu et Fidji –, en Irlande du Nord, en Catalogne), la souveraineté partagée, la nature des États associés, la multiculturalité... Il s'agissait alors de documenter et d'enrichir des débats indispensables à toute réflexion sur l'avenir de la Nouvelle-Calédonie ainsi que d'apporter de quoi établir des comparaisons à partir d'exemples internationaux.

Ces approches ont constitué la première partie du colloque. La seconde partie a permis de bénéficier d'exposés des responsables des partis politiques néo-calédoniens alors représentés au congrès de la Nouvelle-Calédonie, de personnalités de l'État, MM. Bussereau et Urvoas, et d'interventions du public présent.

Ces approches, ces réflexions et prises de position se devaient d'être mises à la disposition de tous afin d'aborder l'avenir pré mais surtout post-référendaire. Le présent ouvrage répond à ces ambitions qui sont aussi plus largement celles de l'Université de la Nouvelle-Calédonie, dont la feuille de route a été en partie tracée par l'accord de Nouméa, et qui tient à assumer pleinement ses responsabilités en matière de développement et de rééquilibrage à travers ses formations, sa recherche, la valorisation et la diffusion des connaissances.