



HAL
open science

L'échec de la République à se séparer de la Nouvelle-Calédonie. Je t'aime... Moi non plus

Mickaël Baubonne

► **To cite this version:**

Mickaël Baubonne. L'échec de la République à se séparer de la Nouvelle-Calédonie. Je t'aime... Moi non plus. Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif, 2020. hal-03716733

HAL Id: hal-03716733

<https://hal.science/hal-03716733v1>

Submitted on 7 Jul 2022

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.

L'échec de la République à se séparer de la Nouvelle-Calédonie

Je t'aime... Moi non plus

Mickaël BAUBONNE

Maître de conférences à l'Université de Haute-Alsace - CERDACC (UR 3992)

Résumé : *Le 4 octobre 2020, les populations calédoniennes ont à nouveau été invitées à se prononcer sur l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie. Alors que l'intégrité territoriale de la République était en jeu, ses principaux organes se sont astreints à une stricte neutralité. Cela ne doit cependant pas masquer le parti pris de la République en faveur de l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie, paradoxalement. La position de la République se reflète à la fois dans les règles fixant les modalités d'organisation de ce processus d'autodétermination et dans celles observées pour l'interprétation du résultat des référendums.*

Dans ces conditions, la victoire du "non" le 4 novembre 2018, confirmée le 4 octobre 2020, témoigne de l'attachement d'une courte majorité de votants à la France, malgré les difficultés constitutionnelles à la conservation de ce territoire à l'autonomie marquée.

Mots-clés : *Autodétermination ; indépendance ; indivisibilité ; souveraineté ; suffrage*

Abstract: *On the 4th of October 2020, the New Caledonian people were asked again to decide whether New Caledonia should become independent. Even though the territorial integrity of the French Republic was at stake, its main political instances have endeavoured to remain strictly neutral. That said, overall, the Republic had a clear preference for New Caledonian independence. This preference is reflected both by the rules governing the process of self-determination and those applicable to the interpretation of the referendum results.*

In this context, the victory of the "no" on the 4th of November 2018 - confirmed on the 4th of October 2020 - shows that a narrow majority of voters remains attached to France, despite the constitutional difficulties resulting from the conservation of this very autonomous territory.

Keywords: *Self-determination; independence; indivisibility; sovereignty; suffrage*

Le 4 octobre 2020, la V^e République fêtait les soixante-deux ans de sa Constitution. Cette date marquera aussi désormais le rappel par une majorité de Calédoniens de son attachement à cette République indivisible. Interrogées une deuxième fois après le référendum du 4 novembre 2018, les populations calédoniennes se sont en effet à nouveau prononcées contre l'indépendance de l'archipel. Dans le cadre de ce processus d'autodétermination, l'État entend afficher sa neutralité¹. Mais cette stratégie de communication peine à dissimuler le parti pris de l'État, qui, en tant que signataire de l'accord de Nouméa, a reconnu « la vocation de la Nouvelle-Calédonie à bénéficier [...] d'une complète émancipation ».

Alors que la Nouvelle-Calédonie sombre dans la violence en 1981, l'État central tarde puis tâtonne en dotant ce territoire d'outre-mer de deux statuts en moins d'un an². Un premier référendum d'autodétermination, boycotté par les forces indépendantistes, se tient dans l'archipel le 13 septembre 1987 et tourne à l'avantage des loyalistes. Plutôt que d'apaiser les tensions, ce résultat ouvre un nouveau cycle de violences dont la sanglante prise d'otages d'Ouvéa en avril-mai 1988 est l'acmé. Le traumatisme invite indépendantistes et loyalistes à renouer le dialogue, auquel l'État central prend également part. Un accord est trouvé en juin 1988 et prolongé par une loi référendaire adoptée le 6 novembre 1988³. Un nouveau scrutin d'autodétermination était alors prévu entre le 1^{er} mars et le 31 décembre 1998. Finalement, un nouvel accord entre l'État et différentes forces politiques calédoniennes est conclu à Nouméa en 1998⁴. À l'occasion d'une consultation qui s'est tenue le 8 novembre 1998, cet accord a été approuvé par les seuls électeurs calédoniens. N'étaient admis à participer que les électeurs inscrits sur les listes électorales de Nouvelle-Calédonie qui y avaient leur domicile depuis la date du référendum approuvant la loi de 1988. L'accord de Nouméa a été transcrit dans une loi organique qui a fixé un nouveau calendrier pour l'autodétermination des populations calédoniennes et déterminé un statut transitoire pour la Nouvelle-Calédonie⁵. C'est en application de cette loi organique que les électeurs ont été appelés à se prononcer le 4 novembre 2018 sur la question de savoir s'ils voulaient que la Nouvelle-Calédonie accède à la pleine souveraineté et devienne indépendante⁶. Au regard de l'enjeu, la République aurait quant à elle refusé d'afficher ses convictions.

La neutralité revient à s'abstenir de prendre parti. Mais un État repose sur l'affirmation de principes qui forgent sa constitution. Pour que l'État soit neutre, ses principes fondamentaux devraient l'être tout autant. L'idée de principes neutres tient déjà de l'oxymore. C'est encore plus vrai lorsqu'il s'agit de principes fondamentaux, qui, par définition, doivent imprimer une direction. Ainsi une république qui réaffirme le principe révolutionnaire d'indivisibilité dès l'article premier de sa constitution ne saurait être parfaitement neutre sur la question de l'indépendance d'une partie de son territoire, même d'un « caillou » sur l'océan Pacifique.

Toutefois, la question de savoir si le principe d'indivisibilité suffit à faire basculer la République dans le camp du « non » à l'indépendance mérite d'être posée. En réalité, la

¹ Déclaration du Président de la République du 4 novembre 2018 : « Avec le gouvernement, nous avons tenu à la stricte neutralité de l'État dans cette consultation [...] » ; allocution du Président de la République du 4 octobre 2020 : « Et l'État, sans se départir de son impartialité garantie par les accords de Matignon s'engagera dans cette voie. »

² Loi n°85-892 du 23 août 1985 sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, *JORF* du 24 août 1985, p. 9775 ; Loi n°86-844 du 17 juillet 1986 relative à la Nouvelle-Calédonie, *JORF* du 19 juillet 1986, p. 8927.

³ Loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998, *JORF* du 10 novembre 1988, p. 14087.

⁴ Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998, *JORF* du 27 mai 1998, p. 8039.

⁵ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, *JORF* du 21 mars 1999, p. 4197.

⁶ Décret n° 2018-457 du 6 juin 2018 portant convocation des électeurs et organisation de la consultation sur l'accession à la pleine souveraineté de la Nouvelle-Calédonie, *JORF* du 7 juin 2018, texte n° 30.

République penche en faveur de la souveraineté pleine et entière de la Nouvelle-Calédonie. La chronologie éclaire ce parti pris. Le non-respect de l'engagement initial d'organiser le scrutin d'autodétermination en 1998 est un premier indice de la tendance de la République à privilégier l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie⁷. Mais ce positionnement de la République résulte fondamentalement des textes qui gouvernent le processus d'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie et qui régissent l'organisation de la République. Le principe d'indivisibilité et d'autres principes centripètes y sont, au mieux, conciliés avec d'autres dispositions. Parfois, ils sont tout simplement mis en échec par le jeu de dérogations. Établir juridiquement ce parti pris en faveur de l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie ne revient pas à le dénoncer politiquement, de sorte que cette recherche ne saurait être assimilée à un plaidoyer pour le maintien de la Nouvelle-Calédonie dans la République.

En réceptionnant dans sa Constitution les orientations dérogoires de l'accord de Nouméa relatives au processus d'autodétermination, la République paralyse ceux de ses principes constitutionnels qui auraient pu favoriser la préservation de la souveraineté française sur l'archipel. L'article 77 de la Constitution dispose effectivement que la loi organique contribue à « assurer l'évolution de la Nouvelle-Calédonie dans le respect des orientations définies par cet accord et selon les modalités nécessaires à sa mise en œuvre ». Le Conseil constitutionnel a fini par reconnaître la valeur constitutionnelle de ces orientations⁸. Plusieurs principes constitutionnels voient ainsi leur portée grevée par les multiples dérogations que les orientations de l'accord de Nouméa et, à sa suite, la loi organique y apportent⁹. L'inclination de la République en faveur de l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie est ainsi l'exact reflet du parti pris de l'accord de Nouméa concernant l'organisation du processus d'autodétermination d'une part (I) et la lecture des résultats de la consultation d'autodétermination d'autre part (II).

I. Le parti pris de la République concernant l'organisation du processus d'autodétermination

Bien qu'il ait été adopté aux termes de négociations, l'accord de Nouméa penche assez nettement en faveur des indépendantistes lorsqu'il s'agit d'organiser la consultation d'autodétermination. En témoignent la mise en place d'un corps électoral très restreint en contradiction avec le principe d'universalité du suffrage (A) et le manque de garanties quant à l'expression de la volonté réelle des électeurs en contradiction avec le principe de loyauté du suffrage (B).

A. L'acceptation par la République d'une nouvelle restriction du corps électoral malgré le principe d'universalité du suffrage

⁷ Voir H. Alcaraz, « La consultation sur l'"accès à la pleine souveraineté et à l'indépendance" de la Nouvelle-Calédonie », *RFDA* 2018, p. 295.

⁸ CC, décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, *Rec.* 116, consid. n° 7.

⁹ Voir CC, décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, *Rec.* 51, consid. n° 3.

La qualité d'électeurs pour la consultation d'autodétermination a été très étroitement définie. L'article 3 de la Constitution dispose pourtant que le suffrage « est toujours universel, égal et secret ». Sur le fondement du principe d'universalité, tous les citoyens d'une circonscription donnée, inscrits sur la liste électorale, peuvent participer à toutes les élections qui s'y tiennent. Ce corps électoral ne peut pas être réduit, seulement parfois augmenté. Conformément à l'accord de Nouméa, le législateur organique a multiplié les dérogations au principe d'universalité du suffrage en Nouvelle-Calédonie (1). La rigueur de la restriction du corps électoral pour la consultation d'autodétermination en Nouvelle-Calédonie se révèle par ailleurs inédite (2).

1. La multiplication des dérogations au principe d'universalité du suffrage en Nouvelle-Calédonie

La Nouvelle-Calédonie voit cohabiter trois catégories de citoyens, entre les citoyens inscrits sur la liste électorale générale, pour participer aux élections municipales, législatives et présidentielles et aux référendums nationaux, les citoyens inscrits sur la liste spéciale à l'élection du Congrès et des assemblées de province et les citoyens inscrits sur la liste spéciale à la consultation sur l'accession à la pleine souveraineté.

L'articulation de ces trois listes est des plus complexes. Alors qu'il suffit d'être inscrit sur la liste électorale d'une commune pour participer aux élections municipales, législatives et présidentielles, s'ajoute une condition de durée, et même de date, pour être admis à participer aux scrutins spécifiques à la Nouvelle-Calédonie. L'article 188 de la loi organique de 1999 prévoit que le corps électoral pour les élections territoriales est composé des électeurs domiciliés dans l'archipel depuis le référendum du 6 novembre 1988¹⁰ ou au moins depuis 1998¹¹ et des électeurs ayant atteint l'âge de la majorité après le 31 octobre 1998 pourvu qu'ils puissent justifier de dix ans de domicile en Nouvelle-Calédonie en 1998 ou qu'un de leurs parents réponde aux conditions précédentes. En ce qui concerne la consultation d'autodétermination, les conditions, posées à l'article 218 de la loi organique, sont encore différentes. Il faut avoir eu son domicile en Nouvelle-Calédonie du 6 novembre 1988 au 8 novembre 1998, ce qui permettait de participer à la consultation relative à l'accord de Nouméa, ou avoir eu le statut coutumier, ou être né en Nouvelle-Calédonie et y avoir eu l'essentiel de ses intérêts matériels et moraux, ou avoir un parent né en Nouvelle-Calédonie et y avoir l'essentiel de ses intérêts matériels et moraux, ou être domicilié sur l'archipel depuis le 31 décembre 1994, ou être né avant le 1^{er} janvier 1989 et y avoir été domicilié entre 1988 et 1998 ou encore être majeur, né après le 1^{er} janvier 1989 et avoir un parent remplissant les conditions pour participer à la consultation sur l'accord de Nouméa. La loi organique ajoute par ailleurs que certains électeurs sont inscrits d'office sur la liste, notamment les électeurs ayant ou ayant eu le statut civil coutumier. Pour la seule consultation de 2018, il était également prévu que soient inscrits d'office « électeurs nés en Nouvelle-Calédonie et présumés y détenir le centre de leurs intérêts matériels et moraux mentionnés au d de l'article 218, dès lors qu'ils y ont été domiciliés de manière continue durant trois ans ». Mais cette disposition visant les « natifs + 3 ans », ayant statut civil coutumier ou relevant du droit commun, n'est pas applicable aux autres consultations. Le sénateur Médevielle a ainsi interrogé la ministre des outre-mer sur ce qu'il estime être une « discrimination », favorable aux indépendantistes¹². Selon la ministre, cette différence de traitement est comblée par l'identification des « natifs + 3 ans » pour les

¹⁰ Voir *supra*, note 3.

¹¹ Voir J.-Y. Faberon, « La révision constitutionnelle du 23 février 2007 sur le corps électoral de Nouvelle-Calédonie », *RFDA* 2007, p. 665 et s.

¹² Question orale n° 1148S de M. Pierre Médevielle publiée dans le *JO Sénat* du 27 février 2020, p. 932.

sensibiliser à la nécessité de s'inscrire sur la liste¹³. Les chiffres avancés par la ministre et les difficultés relevées témoignent pourtant de ce que cet ersatz n'est pas pleinement satisfaisant.

Le citoyen français s'interrogeant sur sa qualité d'électeur en Nouvelle-Calédonie peut être interloqué devant un tel niveau de complication. Il résulte de la combinaison des dispositions des articles 188 et 218 que des électeurs pour les élections territoriales ne sont pas nécessairement électeurs pour la consultation d'autodétermination. Il en irait ainsi d'un métropolitain majeur ayant élu domicile sur l'archipel entre 1995 et 1998. Ce Français ne peut arguer de sa citoyenneté calédonienne¹⁴, qui lui permet pourtant de participer aux élections territoriales, pour revendiquer sa qualité d'électeur à la consultation d'autodétermination. La dérogation au principe d'universalité du suffrage résultant de cette « scissiparité électorale »¹⁵ se double d'une dérogation au principe d'égalité qui permet de distinguer entre les citoyens calédoniens. Cela découle directement du point 2.2.1 de l'accord de Nouméa, ce qui garantit la constitutionnalité de la loi organique en cas de contentieux¹⁶.

Comme le fait observer le professeur Faberon, « les indépendantistes de Nouvelle-Calédonie ont toujours été gênés par le caractère universel du suffrage, dès lors que, jusqu'ici, ils sont en situation minoritaire »¹⁷. Craignant par ailleurs que l'arrivée de nouveaux électeurs potentiels ne réduise encore leur influence, les indépendantistes ont avec constance soutenu l'idée d'un corps électoral très restreint¹⁸. En conditionnant la qualité d'électeur à une certaine durée de domiciliation, et même à une date de domiciliation, la République fait droit à ces revendications¹⁹. Sans doute était-ce politiquement nécessaire pour parvenir à un accord, mais la rigueur de la condition de domicile inscrite dans l'accord de Nouméa et retranscrite dans la loi organique est inédite.

2. La rigueur inédite de la restriction du corps électoral pour la consultation d'autodétermination en Nouvelle-Calédonie

La rigueur de la restriction du corps électoral pour la consultation d'autodétermination en Nouvelle-Calédonie est inédite en comparaison avec des expériences étrangères. Il semblerait que la participation des électeurs à un scrutin d'autodétermination ne soit jamais conditionnée à une domiciliation pendant au moins 24 ans sur le territoire concerné à la date du scrutin. En Écosse, aucune condition de nature à restreindre le corps électoral ordinaire n'a été fixée pour le référendum du 18 septembre 2014, ce qui a permis aux ressortissants des États membres de l'Union européenne de participer²⁰. Mieux, le corps électoral a été élargi aux jeunes de 16 ans

¹³ Réponse du Ministère des outre-mer publiée dans le *JO Sénat* du 17 juin 2020, p. 5659.

¹⁴ Aux termes du point 2 de l'accord de Nouméa, « la notion de citoyenneté fonde les restrictions apportées au corps électoral pour les élections aux institutions du pays et pour la consultation finale ».

¹⁵ V. Hipeau, « Les ambiguïtés de la citoyenneté calédonienne dans la République française », *RFDA* 2014, p. 1111.

¹⁶ Voir CE, ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, req. n° 200286, *Lebon* p. 369 ; CC, décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, précitée ; Cass, plén., 2 juin 2000, *M^{elle} Fraisse*, n° 99-60.274. Une divergence peut être relevée entre la loi organique et l'accord de Nouméa, la première reconnaissant la qualité d'électeur pour la consultation d'autodétermination à ceux qui sont domiciliés en Nouvelle-Calédonie depuis le 31 décembre 1994 quand le second reconnaît cette qualité aux seules personnes qui y sont domiciliées depuis le 31 décembre 1993.

¹⁷ J.-Y. Faberon, « Nouvelle-Calédonie et Constitution : la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998 », *RDP* 1999, p. 122.

¹⁸ Voir V. Hipeau, « Les ambiguïtés de la citoyenneté calédonienne dans la République française », *loc. cit.*, p. 1116.

¹⁹ Voir J.-Y. Faberon, « La révision constitutionnelle du 23 février 2007 sur le corps électoral de Nouvelle-Calédonie », *loc. cit.*, p. 667.

²⁰ *Scottish Independence Referendum (Franchise) Act* 2013, §2. *Adde* J. Bell, « Le référendum sur l'indépendance de l'Écosse », *RFDA* 2018, p. 266.

et 17 ans. Au Québec, la loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec²¹ se contente de renvoyer à la loi électorale pour déterminer la qualité d'électeur, y compris pour les référendums d'autodétermination. Si la loi électorale québécoise comporte bien une double condition de domicile et de durée, cette dernière est fixée à six mois seulement²².

Certes, la situation de l'Écosse et du Québec diffère de celle de la Nouvelle-Calédonie. Mais la restriction apportée au corps électoral pour la consultation d'autodétermination en Nouvelle-Calédonie n'a pas davantage d'équivalents dans l'histoire française des décolonisations. La France a, à plusieurs reprises, restreint le corps électoral en vue de consultations d'autodétermination et porté ainsi atteinte au principe d'universalité du suffrage. Ce fut le cas pour la consultation d'autodétermination du territoire des Afars et des Issas, où n'étaient invités à s'exprimer que les électeurs originaires de ce territoire ainsi que les électeurs qui, sans être originaires de ce territoire, y résidaient effectivement depuis trois ans à la date du scrutin²³. Pour la Côte française des Somalis, la rédaction était quelque peu différente puisque les électeurs devaient justifier avoir résidé sur ce territoire pendant trois ans²⁴. Ces restrictions peuvent s'expliquer par la volonté de ne faire participer que les personnes étroitement liées au territoire colonisé pour mieux identifier le « peuple » pouvant faire valoir son droit à l'autodétermination. Le Conseil constitutionnel semble d'ailleurs admettre ces atteintes, somme toute modestes, au principe d'universalité dans le cadre précis d'une consultation d'autodétermination. La loi du 5 juin 1987²⁵ qui organise la consultation calédonienne du 13 septembre 1987 a ainsi mis en place un corps électoral restreint en conditionnant la qualité d'électeur à une durée de résidence de trois ans à la date de promulgation de la loi. Les sages n'ont relevé aucune inconstitutionnalité²⁶. Sans constitutionnalisation des orientations de l'accord de Nouméa, peut-être auraient-ils jugé d'une autre manière la condition qui consiste à exiger des « nouveaux » arrivants en Nouvelle-Calédonie qu'ils y aient leur domicile depuis le 31 décembre 1994 pour participer à une consultation en 2018.

La constitutionnalisation des orientations de l'accord de Nouméa permet d'éclipser, du point de vue des juges internes, les dispositions éventuellement contraires du droit européen. La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a eu l'occasion de se prononcer sur la restriction mise en place pour les élections territoriales en Nouvelle-Calédonie. Dans un arrêt *Py contre France* de 2005²⁷, elle a en effet admis que le Congrès de la Nouvelle-Calédonie constituait un corps législatif dont les membres devaient dès lors être élus dans des conditions assurant « la libre expression de l'opinion du peuple », conformément à l'article 3 du premier Protocole de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Le juge européen a certes estimé que la fixation d'une condition de résidence de dix ans pour l'élection d'un corps législatif poursuit un but légitime puisque cela permet de révéler la solidité des attaches au territoire concerné. Toutefois, il lui a semblé que « cette exigence [...] pourrait paraître

²¹ Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec, *Recueil des lois et des règlements du Québec*, chapitre E-20.2.

²² Loi électorale, *Recueil des lois et des règlements du Québec*, chapitre E-3.3.

²³ Article 3, loi n°76-1221 du 28 décembre 1976 organisant une consultation de la population du territoire français des Afars et des Issas, *JORF* du 29 décembre 1976, p. 7530.

²⁴ Loi n°66-949 du 22 décembre 1966 organisant une consultation de la population de la Côte française des Somalis, *JORF* du 23 décembre 1966, p. 11304.

²⁵ Loi n° 87-369 du 5 juin 1987 organisant la consultation des populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie et dépendances prévue par l'alinéa premier de l'article 1er de la loi n° 86-844 du 17 juillet 1986 relative à la Nouvelle-Calédonie, *JORF* du 6 juin 1987, p. 6143.

²⁶ CC, décision n° 87-226 DC du 2 juin 1987, *Loi organisant la consultation des populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie et dépendances prévue par l'alinéa premier de l'article 1er de la loi n° 86-844 du 17 juillet 1986 relative à la Nouvelle-Calédonie*, *Rec.* 34.

²⁷ CEDH, 11 janvier 2005, *Py c/ France*, req. n° 66289/01.

disproportionnée au but poursuivi ». Ce n'est finalement qu'en raison de « nécessités locales », tenant à l'histoire de la Nouvelle-Calédonie et au caractère transitoire de son statut, que la restriction du corps électoral est validée²⁸. La CEDH a en outre jugé que l'absence de violation de l'article 3 du Protocole n° 1 rendait inutile de se prononcer sur la violation alléguée de l'article 14 de la Convention, qui sanctionne les discriminations. Mais c'est bien cet article qui serait au cœur d'un contentieux relatif à une restriction du corps électoral en vue d'une consultation d'autodétermination.

Il faut souligner que, en 2005, la CEDH a validé une condition de durée de résidence et non une condition de date d'installation²⁹. Or l'accord de Nouméa et le législateur organique fixent bien une condition de date d'installation pour pouvoir participer à la consultation d'autodétermination organisée en Nouvelle-Calédonie. Un « nouvel » arrivant doit effectivement pouvoir justifier d'une durée de résidence de vingt ans au plus tard au 31 décembre 2014. Un métropolitain arrivé sur l'archipel le 1^{er} janvier 1995 ne pouvait donc pas participer à la consultation du 4 novembre 2018 alors même qu'il résidait en Nouvelle-Calédonie depuis vingt-trois ans. De plus, la victoire du « non » à l'indépendance pourrait donner lieu à une nouvelle consultation d'autodétermination sans que les conditions de participation ne soient modifiées³⁰. Dans l'hypothèse où une troisième consultation se tiendrait en 2022, cet ancien métropolitain pourra justifier d'une durée de vingt-sept ans de domicile continu en Nouvelle-Calédonie, mais il ne pourra toujours pas exprimer sa volonté. Aucune nécessité locale ne semble justifier une telle discrimination. Il est vrai que, dans un avis du 15 juillet 2002, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies n'a pas condamné les dispositions relatives à l'organisation des consultations d'autodétermination en Nouvelle-Calédonie³¹. Le Comité considère même que la nature et l'objet d'une consultation d'autodétermination « impliqu[e] la participation de personnes justifiant d'attaches suffisantes au territoire dont l'avenir est en jeu ». Le processus de décolonisation semble inspirer une certaine bienveillance pour accepter une condition de vingt ans de résidence. Mais l'avis du Comité est surtout contestable dans la mesure où, en évoquant un critère de « durée de résidence », le Comité ne semble pas prendre la mesure de la condition de date d'installation posée à l'article 218 de la loi organique de 1999. À tout le moins, la conventionalité de la restriction du corps électoral dans le cadre de l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie interroge à cause de sa rigueur inédite.

En permettant une telle dérogation au principe d'universalité du suffrage, la République, par sa loi fondamentale, a pris le parti de l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie. L'organisation de consultations multiples en cas de victoire du « non » à l'indépendance, qui menace le principe de loyauté du suffrage, trahit également cette inclination.

B. Le renoncement de la République à garantir l'expression de la volonté réelle des électeurs malgré le principe de loyauté du suffrage

²⁸ Voir A. Roblot-Troizier et J.-G. Sorbora, « Les règles constitutionnelles devant la Cour européenne des droits de l'homme. Commentaire de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 11 janvier 2005, *Py c/ France* », *RFDA* 2006, p. 139 et s.

²⁹ Telle était d'ailleurs l'interprétation de l'article 188 de la loi organique de 1999 retenue par le Conseil constitutionnel (CC, décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, précitée, consid. n° 33). Le constituant a remis en cause cette interprétation en gelant le corps électoral pour les élections territoriales en imposant une date d'installation et non simplement une durée de résidence.

³⁰ Voir *infra*.

³¹ L'avis est cité *in extenso* par la CEDH dans son arrêt *Py contre France*, précité.

Parce que les électeurs se sont majoritairement opposés à l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie, les deux consultations d'autodétermination de 2018 et de 2020 pourraient être suivies d'une troisième aux mêmes fins. Par la signature de l'accord de Nouméa puis par la constitutionnalisation de ses orientations, la République a accepté de conférer une portée très différente au « oui » et au « non » à l'indépendance (1), ce qui peut peser sur le choix des électeurs (2).

1. La différence de portée du « non » et du « oui » à l'indépendance

Bien qu'ils aient à nouveau majoritairement glissé dans l'urne un bulletin « non », les électeurs calédoniens n'ont pas obtenu le règlement définitif de la question calédonienne. Il faut encore attendre pour que le maintien de la Nouvelle-Calédonie dans la République soit acquis. Conformément au point 5 de l'accord de Nouméa, l'article 217 de la loi organique de 1999 prévoit en effet que le tiers des membres du Congrès de la Nouvelle-Calédonie peut provoquer une nouvelle consultation, sur la même question, en adressant au haut-commissaire une demande écrite six mois après la précédente consultation. À l'issue de ces trois consultations, en cas de résultat négatif, le législateur organique a simplement prévu que « les partenaires politiques se réuniront pour examiner la situation ainsi créée ». Le maintien de la Nouvelle-Calédonie dans la République n'est pas même évoqué. L'opposition déterminée des Calédoniens à l'indépendance n'a pour conséquence que de laisser le règlement de la question calédonienne en suspens. Le « non » aux consultations d'autodétermination est ainsi une réponse précaire. À l'inverse, une victoire du « oui » consommerait la rupture entre l'archipel et la République. Il est en effet stipulé dans le préambule de l'accord que le vote positif des Calédoniens « équivaldrait à la pleine souveraineté de la Nouvelle-Calédonie ». Contrairement aux sécessions dans le cadre de l'article 53 de la Constitution, l'intervention du législateur pour tirer les conséquences du scrutin n'est pas prévue. En tout état de cause, si le législateur intervenait, il serait lié par le résultat au regard de cette stipulation de l'accord de Nouméa, qu'il est difficile de ne pas regarder comme une de ses orientations. La jurisprudence du Conseil constitutionnel plaide également en ce sens. Celui-ci a eu l'occasion de distinguer la portée des consultations d'autodétermination de celle des consultations relatives à l'évolution de statut au sein de la République : « [...] les autorités compétentes de la République sont, dans le cadre de la Constitution, habilitées à consulter les populations d'outre-mer intéressées, non seulement sur leur volonté de se maintenir au sein de la République française ou d'accéder à l'indépendance, mais également sur l'évolution statutaire de leur collectivité territoriale à l'intérieur de la République ; [...] toutefois, *dans cette dernière éventualité*³², lesdites autorités ne sauraient être liées, en vertu de l'article 72 de la Constitution, par le résultat de cette consultation »³³. Le « oui » offre ainsi une solution définitive à la question de l'indépendance au citoyen calédonien moins soucieux du lien avec la France qu'à la stabilité politique du territoire sur lequel il vit.

La loi organique de 1999 plongeait un peu plus encore l'électeur dans l'incertitude puisqu'elle ne prévoit pas de date butoir au dépôt d'une demande de nouvelle consultation par le tiers des membres du Congrès. Certes, l'accord de Nouméa précise que la nouvelle consultation doit intervenir dans la deuxième année suivant la précédente consultation, ce qui implique que la demande soit formulée dans ce délai. Mais une minorité pourrait aussi adresser une demande écrite au haut-commissaire en dehors du délai prévu par l'accord de Nouméa, mais non

³² Nous soulignons.

³³ CC, décision n° 2000-428 DC du 4 mai 2000, *Loi organisant une consultation de la population de Mayotte, Rec. 70*, consid. n° 6. *Adde* J.-E. Schoettl, « Application du principe de libre détermination des peuples des territoires d'outre-mer », *AJDA* 2000, p. 565.

retranscrit par le législateur organique. Le refus de l'État de procéder à une nouvelle consultation marquerait sans doute le début d'une bataille juridique en posant la question de la conformité de la loi organique aux orientations de l'accord de Nouméa. Le Conseil constitutionnel ayant spécifiquement statué sur la conformité de l'article 217 de la loi organique, une question prioritaire de constitutionnalité semble en tout état de cause exclue³⁴. Mais le juge administratif devrait surmonter l'antagonisme apparent de la loi organique et de l'accord de Nouméa. Il peut interpréter le brevet de constitutionnalité délivré par le Conseil comme la conséquence de ce que le délai de deux années stipulé dans l'accord n'est pas une des « orientations » dudit accord, qui ont seules valeur constitutionnelle³⁵. Le refus de l'État de convoquer les électeurs pour une nouvelle consultation serait alors illégal. Le résultat négatif d'une précédente consultation pourrait indéfiniment être remis en cause sous l'empire de la loi organique de 1999. Mais le juge administratif peut également considérer que la validation de l'article 217 de la loi organique par le Conseil constitutionnel résulte de ce que le législateur organique a implicitement, mais nécessairement repris le délai de deux années figurant dans l'accord de Nouméa³⁶. Dans ce cas, le refus de l'État est légal. Quelle que soit la solution retenue, le juge administratif serait néanmoins confronté à un problème juridique épineux susceptible d'exploser politiquement à 16 000 kilomètres du Palais royal.

La différence de portée du « non » et du « oui » à l'indépendance étant susceptible de peser sur le vote des électeurs, c'est la loyauté du suffrage qui était et reste menacée.

2. Une différence de portée menaçant la loyauté du suffrage

La doctrine ne cache pas son « malaise »³⁷ face à cette « machine infernale »³⁸ des consultations multiples. Le professeur Gohin y voit une « mesure de défiance envers une majorité du corps électoral pour le cas où, contre toute attente, elle serait durablement opposée à l'indépendance »³⁹. Et l'auteur de conclure : « Dans sa singularité, ce processus électoral dit assez combien [...] le maintien du territoire dans la République française n'est pas sérieusement envisagé au terme de la période transitoire [...] »⁴⁰. Même le législateur organique semble s'être ému de cette situation ubuesque. Entre 1999 et 2015⁴¹, la loi organique ne prévoyait pas expressément de troisième consultation. Mieux encore, le législateur organique entendait arrêter le processus de consultation après un deuxième rejet de l'accession à l'indépendance et renvoyait à une réunion du comité des signataires, contrairement aux stipulations de l'accord de Nouméa qui envisagent une troisième consultation. Cela lui a valu la censure du Conseil constitutionnel qui a considéré qu'il avait ainsi méconnu l'obligation constitutionnelle de respecter les orientations de l'accord de Nouméa⁴².

La valeur constitutionnelle des orientations de cet accord permet de déroger au principe de loyauté du suffrage pour que soient organisées des consultations multiples des mêmes électeurs

³⁴ CE, 29 juin 2011, *Président de l'Assemblée de la Polynésie française*, req. n° 347214 *Lebon T.* p. 1117.

³⁵ Voir CC, décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, précitée, consid. n° 7.

³⁶ Voir J. Courtial, F. Mélin-Soucramanien, *Réflexions sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, coll. « Rapports officiels », La Documentation française, 2014, p. 52.

³⁷ H. Alcaraz, « La consultation sur l'"accès à la pleine souveraineté et à l'indépendance" de la Nouvelle-Calédonie », *loc. cit.*, p. 299.

³⁸ J. Courtial, F. Mélin-Soucramanien, *Réflexions sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, *op. cit.*, p. 52.

³⁹ O. Gohin, « Commentaire des lois organiques n° 99-909 et 99-910 du 19 mars 1999 relatives à la Nouvelle-Calédonie », *AJDA* 1999, p. 502.

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ Loi organique n° 2015-987 du 5 août 2015 relative à la consultation sur l'accession de la Nouvelle-Calédonie à la pleine souveraineté, *JORF* du 6 août 2015, p. 13481.

⁴² CC, décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, précitée, consid. n° 52.

sur le même sujet. Ce principe constitutionnel a été identifié par le Conseil constitutionnel à l'occasion du premier scrutin d'autodétermination organisé en Nouvelle-Calédonie en 1987 en s'appuyant sur les principes de libre détermination des peuples et de libre manifestation de leur volonté prévus par le préambule de la Constitution pour les territoires d'outre-mer et sur l'article 53 de la Constitution⁴³. Le Conseil a pu identifier une violation de l'exigence de loyauté à partir d'un défaut de sincérité du scrutin⁴⁴. Selon le professeur Ghevontian, « vue de loin, on peut définir la sincérité du scrutin comme le révélateur de la volonté réelle de l'électeur »⁴⁵. Manifestement, les deux branches de l'alternative résultant de la question posée aux Calédoniens ne sont pas placées sur un pied d'égalité puisqu'une réponse est définitive, le « oui », quand l'autre est particulièrement précaire, le « non ». Plutôt que de répondre à la question de savoir s'ils veulent que la Nouvelle-Calédonie devienne indépendante, des électeurs ont pu et pourraient en réalité se prononcer sur celle de savoir s'ils veulent une réponse définitive à la question de l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie ou s'ils préfèrent y apporter une réponse précaire et continuer avec un statut transitoire vers l'inconnu. La réponse positive de ces électeurs ne reflète donc pas leur volonté réelle quant à l'indépendance et l'exigence constitutionnelle de loyauté n'est pas satisfaite. Il est vrai que les Mahorais ont été interrogés à deux reprises sur l'indépendance des Comores, en 1974⁴⁶ et en 1976⁴⁷. Cependant, la seconde consultation visait à mieux leur faire prendre conscience des conséquences d'un vote favorable au maintien dans la République, à savoir la « balkanisation »⁴⁸ de l'archipel des Comores. Cette seconde consultation ne concernait d'ailleurs que les Mahorais, les îles de Grande Comore, de Mohéli et d'Anjouan formant déjà un État indépendant. Il est même possible d'y voir une expression du principe de loyauté puisque l'enjeu des deux consultations est différent. La première peut permettre l'indépendance ou le maintien dans la République de tout l'archipel, dès lors que toutes les îles se prononcent dans le même sens. Mayotte s'exprimant contre l'indépendance, la seconde consultation peut permettre la préservation de l'intégrité des Comores pour les électeurs qui feraient primer cet objectif sur le maintien au sein de la République. La logique de l'accord de Nouméa, dont le point 5 interdit toute partition de la Nouvelle-Calédonie, est bien différente.

En inscrivant les orientations de l'accord de Nouméa dans sa loi fondamentale, la République s'est détournée de l'exigence constitutionnelle de loyauté pour organiser une, et même plusieurs, consultation(s) d'autodétermination. Comme l'accord, la République a ainsi pris le parti de l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie, ce que trahissent également les règles régissant la lecture des résultats de la consultation d'autodétermination.

II. Le parti pris de la République concernant la lecture des résultats de la consultation d'autodétermination

⁴³ CC, décision n° 87-226 DC du 2 juin 1987, précitée, consid. n° 4 et s.

⁴⁴ CC, décision n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003, Loi portant réforme de l'élection des sénateurs, *Rec.* 397, consid. n° 25-26.

⁴⁵ R. Ghevontian, « La notion de sincérité du scrutin », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n°13, p. 39.

⁴⁶ Loi n° 74-965 du 23 novembre 1974 organisant une consultation des populations des Comores, *JORF* du 24 novembre 1974, p. 11771.

⁴⁷ Loi n° 75-1337 du 31 décembre 1975 relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores, *JORF* du 3 janvier 1976, p. 151.

⁴⁸ A. Oraison, « Quelques réflexions critiques sur la conception française du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes à la lumière du différend comorien sur l'île de Mayotte », *RBDI*, 1983, n° 2, p. 658.

Le parti pris de l'accord de Nouméa en faveur de l'indépendance se manifeste à toutes les étapes du processus d'autodétermination, y compris au stade de la lecture des résultats de la consultation. En consacrant l'intégrité territoriale de la Nouvelle-Calédonie, la République pourrait se contenter d'une majorité équivoque acquise à l'indépendance malgré le principe d'indivisibilité (A) et provoquer l'effacement du principe de libre détermination des peuples inscrit dans la Constitution (B).

A. L'acceptation par la République d'une majorité équivoque acquise à l'indépendance malgré le principe d'indivisibilité

La conciliation des principes de libre détermination des peuples et d'indivisibilité de la République impose l'expression d'une majorité claire en faveur de l'indépendance (1). Dans l'hypothèse d'une majorité équivoque acquise à l'indépendance à l'échelle de la Nouvelle-Calédonie, l'indépendance devrait n'être accordée qu'à une partie de l'archipel. L'accord de Nouméa laisse au contraire ouverte la possibilité d'une indépendance de l'archipel malgré l'absence de majorité claire à cette échelle (2).

1. La nécessité d'une majorité claire en faveur de l'indépendance pour concilier libre détermination des peuples et indivisibilité de la République

L'article 53, alinéa 3, de la Constitution dispose que « nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées ». Conjugué au principe de libre détermination des peuples inscrit dans le préambule au profit des territoires d'outre-mer, l'article 53 fonde la sécession de territoires ultramarins de la République. C'est en tout cas la position du Conseil constitutionnel qui a ainsi validé la sécession des Comores en 1975⁴⁹ et le processus d'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1987⁵⁰. Ce droit à l'autodétermination doit cependant être concilié avec le principe antinomique d'indivisibilité de la République. Ce dernier, consacré dès le premier article de la Constitution, pourrait contraindre le législateur, si la République ne reposait que sur ce principe, à respecter l'intégrité du territoire national⁵¹. Certes, le Conseil constitutionnel a juxtaposé – et distingué ? – à trois reprises l'intégrité du territoire et l'indivisibilité de la République⁵². Mais la structuration de l'une de ses décisions tend à démontrer qu'il rattache l'intégrité territoriale à l'indivisibilité de la République. Dans sa décision 82-138 DC, les sages ont en effet vérifié que le législateur n'avait pas porté atteinte à l'intégrité du territoire dans un paragraphe « qui concerne le principe d'indivisibilité de la République »⁵³. Une atteinte à l'intégrité du territoire national aurait sans doute révélé une atteinte au principe racine d'indivisibilité de la République. Le seul fait que le principe d'indivisibilité n'ait pas permis de s'opposer

⁴⁹ CC, décision 75-59 DC du 30 décembre 1975, *Loi relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores*, Rec. 26, consid. n° 1-2.

⁵⁰ CC, décision n° 87-226 DC du 2 juin 1987, précitée, consid. n° 4-6.

⁵¹ Voir T. Michalon, « La République française, une fédération qui s'ignore ? », *RDP* 1982, p. 648 et s.

⁵² CC, décision n° 82-137 DC du 25 février 1982, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, Rec. 38, consid. n° 3 ; CC, décision n° 82-138 DC du 25 février 1982, *Loi portant statut particulier de la région de Corse*, Rec. 41, consid. n° 9 ; CC, décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse*, Rec. 70, consid. n° 29.

⁵³ CC, décision n° 82-138 DC du 25 février 1982, précitée.

efficacement à des sécessions ne signifie pas qu'il ne protège pas l'intégrité du territoire national, mais qu'il est confronté à des principes constitutionnels centrifuges.

Le principe d'indivisibilité doit influencer l'interprétation faite de l'article 53 et du préambule de la Constitution sinon pour empêcher toute sécession au moins pour limiter leur portée et préserver au mieux l'intégrité territoriale de la République. Alors que le libre jeu du droit à l'autodétermination permettrait de se satisfaire d'une majorité équivoque des électeurs en faveur de l'indépendance, l'intervention du principe d'indivisibilité de la République impose au contraire une majorité claire. Mais un État qui ne reposerait pas sur ce principe peut également partager cette exigence dans la mesure où la sécession d'une partie du territoire national peut faire vaciller l'État tout entier. Le Canada, qui est pourtant un État fédéral, a formulé cette obligation de recueillir une majorité claire en faveur de l'indépendance à la suite d'un jugement de la Cour suprême⁵⁴. Celle-ci s'appuie même sur le principe fédéral pour estimer qu'« un vote qui aboutirait à une majorité claire au Québec en faveur de la sécession [...] conférerait au projet de sécession une légitimité démocratique que tous les autres participants à la Confédération auraient l'obligation de reconnaître. » Le principe d'indivisibilité de la République française rend cette exigence d'une majorité claire acquise à l'indépendance plus forte. Or cette exigence est abandonnée pour l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie.

2. La possible indépendance de la Nouvelle-Calédonie malgré l'absence de majorité claire à l'échelle de l'archipel

La clarté d'une majorité favorable à l'indépendance peut s'apprécier à l'aune de différents facteurs. Parmi ces facteurs, la loi canadienne dite C-20⁵⁵ vise notamment « l'importance de la majorité des voix validement exprimées en faveur de la proposition de sécession » et « le pourcentage des électeurs admissibles ayant voté au référendum ». À l'évidence, cela rend plus difficile l'accession à l'indépendance et participe de la préservation de l'intégrité territoriale de l'État central. L'archipel des Tokelau est demeuré sous souveraineté néo-zélandaise dans la mesure où la majorité des deux tiers en faveur de l'indépendance n'a jamais été atteinte lors des référendums d'autodétermination de 2006 et de 2007. En France, le Conseil constitutionnel n'a toutefois jamais contraint le législateur à lire les résultats d'une consultation d'autodétermination en considérant l'importance de la majorité et le taux d'abstention. Ainsi a-t-il validé l'article 216 de la loi organique de 1999 par lequel la République se contente d'une majorité simple favorable à l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie⁵⁶. Pourtant l'accord de Nouméa n'imposait pas cette solution favorable aux indépendantistes puisqu'il demeurait silencieux sur ce point.

Pour préserver l'indivisibilité de la République, le Conseil constitutionnel s'est plutôt intéressé à la répartition géographique des votes. L'existence de poches loyalistes empêche le législateur de caractériser une majorité claire en faveur de l'indépendance lorsqu'il intervient, *in fine*, pour tirer les conséquences de la consultation. Ce fut le cas aux Comores où les populations ont été interrogées en 1974 sur la question de l'indépendance. Si le résultat est très nettement favorable à l'indépendance à l'échelle de l'archipel, un examen plus attentif fait apparaître une forte disparité entre les îles. 99,9% des votants se prononcent pour l'indépendance sur les îles de Mohéli, d'Anjouan et de Grande Comore. En revanche, 63,2% des votants prennent le parti de

⁵⁴ Cour suprême du Canada, jugement du 20 août 1998 dans l'affaire d'un renvoi par le Gouverneur en conseil au sujet de certaines questions ayant trait à la sécession du Québec du reste du Canada formulées dans le décret C.P. 1996-1497 en date du 30 septembre 1996.

⁵⁵ Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec, *LC* 2000, ch. 26.

⁵⁶ CC, décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, précitée, consid. n° 46.

la République à Mayotte. Ce résultat a convaincu le législateur de permettre à cette seule île de demeurer française après une nouvelle consultation, en 1976, sensibilisant les électeurs à l'hypothèse d'une partition des Comores. Le législateur a ainsi privilégié le principe constitutionnel d'indivisibilité de la République aux accords signés le 15 juin 1973 entre le gouvernement français et le gouvernement de l'archipel, encore français. Ces accords n'ayant pas été constitutionnalisés, ils ne pouvaient habiliter le législateur à déroger à la Constitution. La jurisprudence du Conseil constitutionnel a montré *ex post* que le législateur était tenu de procéder à une lecture île par île des résultats en cas de majorité favorable à l'indépendance à l'échelle de l'archipel. Dans sa décision 75-59 DC, rendue sur la loi qui tire les conséquences de la consultation de 1974, le juge constitutionnel indique que l'« île de Mayotte est un territoire au sens de l'article 53, dernier alinéa, de la Constitution, ce terme n'ayant pas dans cet article la même signification juridique que dans l'expression territoire d'Outre-Mer, telle qu'elle est employée dans la Constitution ». Aussi Mayotte ne pouvait-elle participer à la formation d'un État indépendant sans le consentement des Mahorais, auxquels est reconnu « un droit collectif de demeurer français »⁵⁷. Le Conseil constitutionnel s'est contenté d'affirmer que Mayotte était un territoire au sens de l'article 53, sans donner de définition de ce terme. Il n'a en revanche pas vérifié si des localités comoriennes ne s'étaient pas prononcées contre l'indépendance, ce qui laisse entendre que ces localités ne pouvaient pas être regardées comme des territoires au sens de l'article 53. Il est vrai que les seules institutions territoriales prévues par la loi pour couvrir tout le territoire comorien étaient les quatre « circonscriptions » correspondant aux quatre îles⁵⁸. Il semble donc que le territoire doive être relativement étendu et présenter une certaine cohérence, juridique, politique et géographique. Mais faute de définir précisément la notion de territoire, le Conseil constitutionnel ne fixe pas l'échelle exacte à laquelle les résultats d'une consultation doivent être lus en cas de victoire des indépendantistes. La seule certitude à l'aune du cas mahorais est que cette échelle ne peut pas être la collectivité prétendant à l'indépendance dès lors qu'il existe des collectivités plus petites.

La grille de lecture imposée par le Conseil constitutionnel est une manifestation implicite du principe d'indivisibilité en vue de préserver l'intégrité du territoire national⁵⁹. Il est ainsi fait pression sur les indépendantistes qui pourraient certes gagner leur combat politique, mais au prix d'une partition du territoire auquel ils prétendaient. Les Comoriens ont ainsi perdu Mayotte. Cela ne manque pas de faire écho à la stratégie canadienne manifestée dans la loi C-20. Aux termes de cette loi, pour vérifier qu'une majorité claire s'est prononcée en faveur de l'indépendance, la Chambre des communes peut aussi prendre en considération tout facteur ou toute considération qu'elle juge pertinent⁶⁰. Cette disposition abonde dans le sens des partitionnistes qui estiment, comme Pierre Elliott Trudeau, que « si le Canada est divisible, le Québec l'est aussi »⁶¹. La belle province n'a pas manqué d'y voir une menace pour sa propre intégrité. Aussi a-t-elle répliqué par la loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec⁶², laquelle fait obligation au

⁵⁷ L. Hamon, « Note sous la décision du Conseil constitutionnel du 30 décembre 1975 relative à Mayotte », *D.* 1976, p. 540.

⁵⁸ Art. 13 et s., loi n° 61-1412 du 22 décembre 1961 relative à l'organisation des Comores, *JORF* du 23 décembre 1961, p. 11822.

⁵⁹ Voir A. Oraison, « Quelques réflexions critiques sur la conception française du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes à la lumière du différend comorien sur l'île de Mayotte », *loc. cit.*, p. 657.

⁶⁰ Voir P. Garant, « Au Québec, d'un référendum à l'autre », *RFDA* 2018, p. 260 et s.

⁶¹ Voir C. Hilling, « Débats », in O. Corten, B. Delcourt, P. Klein et N. Levrat (dir.), *Démembrements d'États et délimitations territoriales : l'uti possidetis en question(s)*, Bruylant, 1999, p. 264.

⁶² Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec, précitée.

gouvernement québécois de « veiller au maintien et au respect de l'intégrité territoriale du Québec ».

À l'image de la loi québécoise, l'accord de Nouméa garantit l'intégrité de la Nouvelle-Calédonie. Il y est en effet stipulé qu'« une partie de la Nouvelle-Calédonie ne pourra accéder seule à la pleine souveraineté ou conserver seule des liens différents avec la France, au motif que les résultats de la consultation électorale y auraient été différents du résultat global ». Mais si la loi québécoise est susceptible d'entrer en contradiction avec la législation de l'État central, la République a quant à elle intégré les orientations de l'accord dans sa loi fondamentale. La République se prive ainsi d'un moyen de pression sur les indépendantistes en refusant de faire planer la menace d'une partition de l'archipel. Les résultats des consultations d'autodétermination en Nouvelle-Calédonie ont montré qu'un clivage existe pourtant entre la province Nord et la province des îles Loyauté d'une part et la province Sud d'autre part. Alors que les premières sont majoritairement favorables à l'indépendance, la dernière rejette majoritairement cette perspective. Une mobilisation plus forte des indépendantistes et, en parallèle, une démobilisation des loyalistes pourraient parfaitement entraîner l'indépendance de toute la Nouvelle-Calédonie malgré le refus d'une majorité d'électeurs du Sud. Il s'agit donc bien de garantir ainsi aux indépendantistes ce qui leur aurait été refusé en vertu du dernier alinéa de l'article 53 de la Constitution, à savoir l'intégrité territoriale de l'archipel. Il est vrai que la stipulation de l'accord de Nouméa relative à la lecture globale des résultats justifie également de maintenir tout l'archipel sous souveraineté française malgré la victoire des indépendantistes en province Nord et dans les îles Loyauté. Mais dans cette hypothèse, cette stipulation est sans doute inutile. En effet, la décision 75-59 DC du Conseil constitutionnel s'inscrit dans un contexte où une très nette majorité des Comoriens s'est prononcée pour l'indépendance. Ce n'est que dans ce contexte que le juge a imposé la partition de l'archipel. Il n'imposerait sans doute pas une telle partition en cas de rejet de l'indépendance à une échelle globale. D'abord, le principe d'indivisibilité de la République impose une lecture dissymétrique de l'article 53 de la Constitution : les résultats sont appréciés « territoire » par « territoire » en cas de victoire du « oui » à l'indépendance à une échelle globale, mais ils sont appréciés à l'échelle globale du « territoire » consulté en cas de victoire du « non ». Ensuite, un nouvel État constitué sur le fondement d'un vote indépendantiste minoritaire serait un État privé du plus grand nombre d'électeurs et enfermé dans des frontières certainement très étroites. La viabilité d'un tel État ne serait pas assurée. À titre de comparaison, le rejet de l'indépendance par les Mahorais a privé les Comores de 9% seulement des votants de l'archipel et a donné naissance à un État occupant 72% de l'archipel.

La constitutionnalisation des orientations de l'accord de Nouméa signe le sacrifice du principe d'indivisibilité pour donner aux indépendantistes une garantie de l'intégrité territoriale de l'archipel en cas de victoire du « oui ». L'attachement de la République à l'intégrité territoriale de la Nouvelle-Calédonie va également à l'encontre du principe de libre détermination des peuples.

B. L'attachement de la République à l'intégrité territoriale de la Nouvelle-Calédonie malgré le principe de libre détermination des peuples

En garantissant l'intégrité territoriale de la Nouvelle-Calédonie aux termes de l'accord de Nouméa, la République se détourne du principe de libre détermination des peuples pour consacrer le droit de la Nouvelle-Calédonie, et non des populations calédoniennes, de disposer d'elle-même. Elle fait effectivement prévaloir le territoire calédonien sur les populations

calédoniennes. Elle renverse la hiérarchie qui résulte normalement de la combinaison du préambule de la Constitution et de l'article 53 (1). Cela rappelle les conséquences du principe de droit international de l'*uti possidetis* (2).

1. Le renoncement à la prévalence des populations sur le territoire

La Constitution ne fait aucunement référence à l'objectif de décolonisation lorsqu'elle reconnaît dans son préambule les principes de libre détermination des peuples et de libre manifestation de leur volonté. Seule la situation géographique est considérée, le Conseil constitutionnel ayant rappelé que ces principes sont « spécifiquement prévus pour les territoires d'outre-mer »⁶³. L'article 53 garantit quant à lui que la mise en œuvre de ces principes ne se traduise pas par l'oppression d'une population qui se considérerait, par son vote, comme une composante du peuple français. La Constitution impose alors un démembrement de ce qui n'est pour elle qu'un territoire ultramarin⁶⁴. La combinaison du préambule de la Constitution et de l'article 53 met les populations au cœur du processus d'autodétermination. Finalement, l'enjeu d'une consultation d'autodétermination est double pour les électeurs qui, en se positionnant pour ou contre l'indépendance, se prononcent sur leur appartenance ou non à un peuple distinct du peuple français. Le principe de libre détermination n'appartenant qu'à des « peuples », un préalable nécessaire consiste à vérifier que les populations pressenties pour accéder à l'indépendance forment effectivement des peuples distincts du peuple français⁶⁵. Cette démarche se caractérise par son empirisme puisque l'hypothèse peut être infirmée par une majorité d'électeurs refusant l'indépendance. Elle peut au contraire être confirmée dans le cas où une majorité d'électeurs soutiendrait l'indépendance. Mais elle peut aussi conduire à l'identification d'un peuple d'une part et d'une population, composante du peuple français, d'autre part. La combinaison du préambule de la Constitution et de l'article 53 permet en somme d'affiner la réponse du législateur à une consultation d'autodétermination.

Par la multiplication des références à la colonisation, l'accord de Nouméa résume l'histoire de la Nouvelle-Calédonie à celle d'une colonie de peuplement : « 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. » Pour le professeur Gohin, l'accord de Nouméa développe « la thématique fautive de la colonisation durable de la Nouvelle-Calédonie à laquelle l'État français n'aura pas craint de s'associer publiquement »⁶⁶. C'est en tout cas dans ce cadre qu'est garantie l'intégrité territoriale de la Nouvelle-Calédonie. Ce faisant, en cas de majorité acquise à l'indépendance lors d'une des trois consultations d'autodétermination, la République condamne une population – minoritaire à l'échelle de l'archipel, mais majoritaire à celle d'une province – qui se considère comme une composante du peuple français à être enfermée dans les frontières d'un nouvel État à côté d'un peuple distinct. Les signataires de l'accord de Nouméa conviennent pourtant de ce que la Nouvelle-Calédonie n'abrite pas une population uniforme aux aspirations univoques. Ils réservent la qualification de « peuple » au peuple kanak tout en rappelant la coexistence de « populations nouvelles » et diverses « communautés ». Sans doute cet aspect composite de la Nouvelle-Calédonie avait-il convaincu le législateur en 1987 d'utiliser le pluriel en organisant la consultation des populations intéressées de la

⁶³ CC, décision n° 87-226 DC du 2 juin 1987, précitée, consid. n° 5.

⁶⁴ CC, décision 75-59 DC du 30 décembre 1975, précitée.

⁶⁵ Georges Scelle préconisait ainsi l'organisation d'« une sorte de référendum préliminaire destiné à préciser les contours de la collectivité intéressée, à déterminer les individus, groupes ou circonscriptions qui, manifestement ont un intérêt à intervenir et en manifestent la volonté réfléchie ». G. Scelle, *Droit international public*, Montchrestien, 1948, p. 151.

⁶⁶ O. Gohin, « Commentaire des lois organiques n° 99-909 et 99-910 du 19 mars 1999 relatives à la Nouvelle-Calédonie », *loc. cit.*, p. 501.

Nouvelle-Calédonie⁶⁷. D'ailleurs, le législateur avait également usé du pluriel concernant les Comores avant de procéder au démembrement de l'archipel⁶⁸. Mais pour la Nouvelle-Calédonie, il ne sera tiré aucune conséquence de cette hétérogénéité, conformément à l'accord de Nouméa. Le droit de l'entité coloniale à disposer d'elle-même éclipse ainsi le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes garanti par la Constitution.

La République a pu, par le passé, consacrer le droit des anciennes entités coloniales à disposer d'elles-mêmes avec l'article 76 de la Constitution dans sa rédaction originelle. Celui-ci donnait la possibilité pour les territoires d'outre-mer (TOM) de demeurer au sein de la République, en tant que TOM ou en tant que départements d'outre-mer, ou de devenir des États membres de la Communauté. Aucun démembrement des TOM n'était envisagé de sorte que les États membres conservaient le territoire qu'ils détenaient en tant que TOM. La seule exception prévue à l'intangibilité des frontières coloniales consistait pour plusieurs TOM de se grouper pour former un État membre. Si l'indépendance vis-à-vis de la République au profit de la Communauté a été le choix de beaucoup d'États africains avant de gagner leur totale indépendance, le choix de la Nouvelle-Calédonie a été de demeurer un TOM. Avec la caducité des dispositions relatives à la Communauté, la préservation de l'intégrité territoriale de l'archipel en cas d'indépendance nécessitait l'introduction de dispositions constitutionnelles spécifiques pour déroger à l'article 53 de la Constitution.

Avec l'accord de Nouméa, la République renonce certes au principe constitutionnel de libre détermination des peuples tel qu'il a pu être interprété par le Conseil constitutionnel. Mais elle s'inscrit ainsi dans la lignée du droit international qui consacre le principe de l'*uti possidetis*.

2. Une manifestation du principe de droit international de l'*uti possidetis*

Comme le droit constitutionnel, le droit international n'ouvre pas le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes⁶⁹ à toute population qui viendrait à considérer qu'elle forme un peuple. Mais alors que le droit constitutionnel se concentre sur la situation géographique d'un territoire, le droit international fait dépendre le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes d'une certaine situation juridique et politique, la colonisation le plus souvent⁷⁰. La déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux⁷¹, dite charte de la décolonisation, s'appuie ainsi sur le contexte juridique et politique particulier de la colonisation pour en déduire le droit à l'autodétermination. L'Assemblée générale entend favoriser de la sorte l'émancipation des peuples assujettis « à une subjugation, à une domination et à une exploitation étrangères ». Par exemple, l'affirmation du « droit inaliénable du peuple de la Nouvelle-Calédonie à l'autodétermination et à l'indépendance » procède de l'inscription récente de l'archipel sur la liste des territoires non autonomes⁷². Pour les autres peuples, la déclaration insiste sur le fait que « toute tentative visant à détruire partiellement ou totalement

⁶⁷ Loi n° 87-369 du 5 juin 1987 organisant la consultation des populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, précitée.

⁶⁸ Loi n° 74-965 du 23 novembre 1974 organisant une consultation des populations des Comores, précitée.

⁶⁹ Article 1, Charte des Nations Unies.

⁷⁰ Voir A. Oraison, « Quelques réflexions critiques sur la conception française du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes à la lumière du différend comorien sur l'île de Mayotte », *loc. cit.*, pp. 679-680.

⁷¹ Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 1514 du 14 décembre 1960, « Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux ».

⁷² Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 41/41A du 2 décembre 1986, « Application de la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux ». Voir M. Chauchat, « Transferts de compétences et avenir de la Nouvelle-Calédonie », *AJDA* 2007, p. 2243 ; J.-M. Regnault, *L'ONU, la France et les décolonisations tardives : l'exemple des terres françaises d'Océanie*, PUAM, coll. « Droit d'Outre-mer », 2013, pp. 83-157.

l'unité nationale et l'intégrité territoriale d'un pays est incompatible avec les buts et les principes de la Charte des Nations Unies »⁷³.

La situation juridique et politique qui ouvre le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes va en outre donner lieu à l'application du principe de l'*uti possidetis*, en vertu duquel, l'indépendance d'une entité transforme ses limites administratives en frontières internationales. La Cour internationale de justice, à l'occasion d'un différend frontalier opposant le Burkina Faso et le Mali, a souligné que le principe de l'*uti possidetis* constitue « un principe d'ordre général nécessairement lié à la décolonisation où qu'elle se produise »⁷⁴. Ce principe apparaît alors comme le « corollaire »⁷⁵ du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. La validation par le Conseil constitutionnel du morcellement des Comores sonne alors comme la consécration d'« une conception du droit des peuples qui méconnaît manifestement le principe de l'indivisibilité des entités coloniales »⁷⁶. L'Assemblée générale des Nations unies a tiré cette même conclusion lorsqu'elle a condamné les consultations organisées par la France à Mayotte après l'indépendance des Comores⁷⁷.

Mais la question se pose de savoir s'il est possible d'avoir une conception du droit des peuples qui ne méconnaîtrait pas le principe de l'*uti possidetis*, tant l'un et l'autre s'opposent. Il a même été soutenu que « là où commence l'"*uti possidetis*" s'achève le droit des peuples »⁷⁸. En reconnaissant l'intangibilité des frontières coloniales, le droit international fait prévaloir l'intégrité du territoire qu'il tient pour colonial sur la volonté des populations qui y vivent. Le concept central devient celui d'entité coloniale et le droit international dérive ainsi vers un « droit des entités coloniales à disposer d'elles-mêmes »⁷⁹. La Cour internationale de justice relève elle aussi l'antagonisme entre le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et le principe de l'*uti possidetis*⁸⁰. Elle ne donne aucun élément qui permettrait de dépasser cet antagonisme et semble au contraire justifier la prévalence du principe de l'*uti possidetis*⁸¹. Elle regarde en effet le *statu quo* résultant de ce principe comme un mal nécessaire pour aboutir à une « solution de sagesse visant à préserver les acquis des peuples qui ont lutté pour leur indépendance et à éviter la rupture d'un équilibre ». Pourtant, lors de la décolonisation du continent africain,

⁷³ Voir également Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 2625 du 24 octobre 1970, « Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies ».

⁷⁴ CIJ, *Affaire du différend frontalier entre le Burkina Faso et la République du Mali*, arrêt du 22 décembre 1986, *Rec.*, p. 554, §23. Voir également CIJ, *Différend frontalier entre El Salvador et le Honduras*, arrêt du 11 septembre 1992, *Rec.*, p. 351.

⁷⁵ C. Blumann, « L'article 54 de la Constitution et le contrôle de la constitutionnalité des traités en France », *RGDIP*, 1978, pp. 585-586 ; O. Corten, « Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et *uti possidetis* : deux faces d'une même médaille », *RBDI*, 1998, p. 174.

⁷⁶ A. Oraison, « Quelques réflexions critiques sur la conception française du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes à la lumière du différend comorien sur l'île de Mayotte », *loc. cit.*, p. 657.

⁷⁷ Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 31/4 du 21 octobre 1976, « Question de l'île comorienne de Mayotte ».

⁷⁸ D. Bourjorl-Flécher, « Heurs et malheurs de l'"*uti possidetis*". L'intangibilité des frontières africaines », *Revue Juridique et Politique. Indépendance et Coopération*, 1981, vol. 35, p. 817. Adde A. Beaudouin, *Uti possidetis et sécession*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », vol. 101, 2011, p. 146 et s.

⁷⁹ A. Oraison, « Quelques réflexions critiques sur la conception française du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes à la lumière du différend comorien sur l'île de Mayotte », *loc. cit.*, p. 674.

⁸⁰ CIJ, *Affaire du différend frontalier entre le Burkina Faso et la République du Mali*, précité, §25.

⁸¹ Voir M. Shaw, « *The heritage of states: the principle of uti possidetis juris today* », *British Year Book of International Law*, vol. 67, 1997, p. 124 ; J.-M. Sorel et R. Mehdi, « L'*uti possidetis* entre la consécration juridique et la pratique : essai de réactualisation », *AFDI*, 1994, 40, p. 37 ; B. Stern, *Vingt ans de jurisprudence de la Cour internationale de justice*, Kluwer Law International, 1998, p. 421.

l'application du principe de l'*uti possidetis* a aussi engendré des conflits au sein des nouveaux États à défaut d'avoir pu donner naissance à un peuple uni⁸².

La situation de la Nouvelle-Calédonie est quelque peu différente. La conséquence de l'application du principe de l'*uti possidetis* en cas d'indépendance de la Nouvelle-Calédonie ne serait en effet pas la coexistence sur l'archipel de plusieurs peuples distincts du peuple français. En revanche, un peuple distinct du peuple français partagerait la Nouvelle-Calédonie avec une partie du peuple français. En imposant à ces deux peuples un État et un territoire communs en cas d'indépendance, le principe de l'*uti possidetis* efface le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dans cette hypothèse également.

L'organisation du processus d'autodétermination révélait déjà le parti pris de la République pour l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie. Les modalités définies de lecture des résultats le confirment en mettant l'accent sur le respect de l'intégrité territoriale de l'archipel.

Le sort de la Nouvelle-Calédonie n'est pas réglé par la consultation du 4 octobre 2020. Mais le signal donné par les Calédoniens reste d'autant plus fort que la République a pris le parti de l'indépendance du Caillou.

Peut-être était-ce d'ailleurs un objectif de la République. Soutenir l'indépendance de l'archipel permet de s'assurer la participation massive des indépendantistes, qui avaient boycotté la consultation d'autodétermination de 1987. La légitimité d'une majorité loyaliste et du maintien de la Nouvelle-Calédonie dans la République pourrait s'en trouver renforcée. Paradoxalement, en laissant paraître son inclination en faveur de l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie, la République aurait œuvré à la conservation de l'archipel en son sein. Mais le pari est risqué et la (trop) courte majorité qui s'est dessinée à l'avantage des loyalistes le 4 octobre 2020 plonge l'archipel dans l'incertitude.

Le parti pris de la République peut avoir une autre explication. À cause de son passé colonial et au regard de la vigueur des tensions agitant l'archipel, la République a pu croire que les Calédoniens finiraient par se détourner d'elle. La constitutionnalisation des orientations déséquilibrées de l'accord de Nouméa peut alors sonner comme l'abandon résigné de la Nouvelle-Calédonie par la République avant que celle-ci ne soit elle-même quittée. Mais telle n'est pas – encore ? – l'intention des Calédoniens.

Enfin, il n'est pas à exclure que la République souhaitât l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie. Le maintien de l'archipel en son sein ne devrait pas se traduire par une normalisation de cette collectivité. Cette perspective n'est d'ailleurs aucunement envisagée par Jean Courtial et Ferdinand Mélin-Soucramanien⁸³. C'est donc une collectivité que le juge ne parvient pas à qualifier de « collectivité territoriale de la République »⁸⁴ qui pourrait se maintenir en son sein. D'ailleurs, les dernières élections provinciales qui ont conduit un indépendantiste, Roch Wamytan, à la présidence du Congrès traduisent l'attachement des Calédoniens à leur autonomie sinon à leur indépendance. Faute d'indépendance, une révision constitutionnelle est nécessaire pour pérenniser le statut de la Nouvelle-Calédonie ou pour étendre son autonomie. Cristalliser des dérogations qui n'étaient que transitoires ne manquerait pas de poser de

⁸² Voir R. Yakemtchouk, « Les frontières africaines », *RGDIP* 1970, p. 61 ; J.-M. Sorel et R. Mehdi, « L'*uti possidetis* entre la consécration juridique et la pratique : essai de réactualisation », *loc. cit.*, p. 31 et s. ; M. Chemillier-Gendreau, « Quel avenir pour la souveraineté : interrogations sur un concept en crise », in D. Maillard Desgrées du Loû (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Montchrestien, coll. « Grands colloques », 2006, p. 131.

⁸³ Voir J. Courtial, F. Mélin-Soucramanien, *Réflexions sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, *op. cit.*, p. 17 et s. Adde H. Alcaraz, « La consultation sur l'"accès à la pleine souveraineté et à l'indépendance" de la Nouvelle-Calédonie », *loc. cit.*, p. 293.

⁸⁴ CE, sect., 13 décembre 2006, *Genelle, Lebon* p. 561.

sérieuses difficultés constitutionnelles. Il en va ainsi de la restriction du corps électoral pour l'élection des membres des assemblées provinciales, qui sont par ailleurs membres du collège électoral qui élit les sénateurs de la République en Nouvelle-Calédonie⁸⁵. Une telle entorse aux principes d'indivisibilité de la République, d'égalité, d'universalité du suffrage, à la souveraineté nationale – autant de principes qui se satisfont davantage de l'indépendance d'un territoire que de sa conservation au prix d'une forte autonomie – pourrait convaincre le Conseil constitutionnel à opérer un contrôle sur les lois constitutionnelles, notamment au regard de l'article 89 de la Constitution⁸⁶. Le législateur se verrait contraint de procéder à la normalisation de la Nouvelle-Calédonie alors que cette perspective n'a jamais été clairement envisagée comme une conséquence possible du « non » à l'indépendance. En soutenant l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie, la République espérait peut-être éviter toute complication politique et juridique. Mais les Calédoniens ne l'entendent pas ainsi. Pour l'instant.

⁸⁵ Art. L. 441, C. élect.

⁸⁶ Voir J. Courtial, F. Mélin-Soucramanien, *Réflexions sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, op. cit., p. 45.