



HAL
open science

Lois du pays et question prioritaire de constitutionnalité: Vers une progression de l'état de droit en Nouvelle-Calédonie ”

Carine David

► **To cite this version:**

Carine David. Lois du pays et question prioritaire de constitutionnalité: Vers une progression de l'état de droit en Nouvelle-Calédonie ”. *Revue française de droit constitutionnel*, 2014, 2014/2 (n° 98), pp.317-344. hal-03998620

HAL Id: hal-03998620

<https://hal.science/hal-03998620>

Submitted on 21 Feb 2023

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.

**Lois du pays et Question prioritaire de constitutionnalité
Vers une progression de l'état de droit en Nouvelle-Calédonie**

Carine DAVID

Université de la Nouvelle-Calédonie

Centre des Nouvelles Études sur le Pacifique (CNEP)

Le statut constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie est issu de l'Accord de Nouméa, signé le 5 mai 1998 entre l'État français et les représentants des deux principales mouvances politiques en Nouvelle-Calédonie, à savoir le Rassemblement Pour la Calédonie dans la République (RPCR) pour les partisans du maintien de la Nouvelle-Calédonie dans la France et le Front de Libération Nationale Kanak Socialiste (FLNKS), fédération regroupant la plupart des partis politiques indépendantistes. La juridicisation de cet accord politique a nécessité de réviser la Constitution de 1958¹ puisque plusieurs stipulations de l'accord heurtaient des principes fondamentaux du droit français².

Parmi les dérogations constitutionnelles accordées à la Nouvelle-Calédonie figure la nécessité de mettre fin au monopole législatif du Parlement national : le Congrès de la Nouvelle-Calédonie peut en effet adopter des lois du pays, actes de nature législative à portée locale³. L'accord de Nouméa prévoit en effet en son point 2.1.3. que :

Certaines délibérations du Congrès auront le caractère de loi du pays et de ce fait ne pourront être contestées que devant le Conseil constitutionnel avant leur publication, sur saisine du représentant de l'État, de l'Exécutif de la Nouvelle Calédonie, d'un président de province, du président du Congrès ou d'un tiers des membres du Congrès.

En écho à cette stipulation, l'article 77 de la Constitution habilite le législateur organique à définir « les conditions dans lesquelles certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie pourront être soumises avant publication au contrôle du Conseil constitutionnel ». Les articles 99 à 107 de la loi organique statutaire⁴ établissent le régime juridique de la norme législative locale et notamment ses modalités de contrôle.

À l'origine, seul un contrôle de constitutionnalité *a priori* par voie d'action était donc prévu. Cette solution était logique puisque le législateur procédait par assimilation à la loi nationale. L'introduction dans la Constitution d'un nouvel article 61-1 par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, en permettant l'accès des justiciables à la justice constitutionnelle française, marque un tournant important du contrôle de constitutionnalité de la loi du pays, au même titre que pour la loi ordinaire adoptée par le Parlement français.

Bien qu'absente du projet de loi déposé par le Gouvernement⁵ sur le bureau de l'Assemblée nationale, la loi du pays est présente dans le texte final voté par les deux assemblées parlementaires. En effet, le principe de la soumission de la loi du pays à la procédure de l'article 61-1 de la Constitution avait été soulevé une première fois lors de la

¹ La Constitution de 1958 a en effet été révisée à deux reprises pour permettre la mise en œuvre de l'accord de Nouméa par les lois constitutionnelles n° 98-610 du 20 juillet 1998 et n° 2007-237 du 23 février 2007.

² À savoir notamment l'égalité devant le droit de vote, l'égal accès au travail, le monopole législatif du Parlement, l'unicité de la citoyenneté française...

³ Gindre David Carine, *Essai sur la loi du pays calédonienne – La dualité de la source législative dans l'État unitaire français*, Paris, L'Harmattan, « GRALE », 2008.

⁴ Loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, *JORF* du 21 mars 1999, p. 4197.

⁵ Projet de loi n° 1599 relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 8 avril 2009.

modification de la loi organique statutaire relative à la Nouvelle-Calédonie en juillet 2009⁶, pour finalement être introduite par amendement parlementaire et entériné dans la loi organique du 10 décembre 2009⁷.⁸ Il en ressort que les dispositions d'une loi du pays peuvent faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité, selon une procédure similaire à celle applicable aux dispositions législatives nationales, sous réserve de quelques ajustements.

En conséquence, l'article 107 de la loi organique statutaire du 19 mars 1999 a été modifié, renvoyant à la loi organique du 10 décembre 2009 relative à la question prioritaire de constitutionnalité, laquelle établit le principe et les modalités de la question prioritaire de constitutionnalité aux lois du pays de Nouvelle-Calédonie⁹.

Il semblait en conséquence important de mesurer l'impact de cette réforme en Nouvelle-Calédonie tant l'immunité constitutionnelle dont bénéficient les lois du pays depuis leur création apparaît discutable à bien des égards¹⁰. En effet, si on peut globalement constater une soumission importante aux avis du Conseil d'État rendus préalablement à l'examen du texte par les conseillers de la Nouvelle-Calédonie, il apparaît que l'immunité constitutionnelle dont jouissent jusque-là les lois du pays se fait au détriment d'une protection effective des droits fondamentaux (I).

Au regard des trois décisions QPC relatives à des dispositions contenues dans des lois du pays, l'extension de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité à la loi du pays calédonienne¹¹ s'avère extrêmement positive en termes de renforcement de l'état de droit. Cette procédure pourrait être l'occasion pour le juge constitutionnel d'apporter des précisions quant au cadre constitutionnel calédonien (II).

I – Un contrôle *a priori* ineffectif

Le contrôle de la loi du pays est en majeure partie calqué sur la procédure applicable à la loi ordinaire. Toutefois, dans le contexte politique de la Nouvelle-Calédonie (A), deux éléments spécifiques de la procédure revêtent une importance capitale dans l'immunité constitutionnelle dont jouissent les lois du pays et qui expliquent en grande partie l'ineffectivité du contrôle *a priori* par les autorités politiques (B).

⁶En effet, M. Christian Cointat, rapporteur du projet de loi organique, estimait que « À partir du moment où le congrès de Nouvelle-Calédonie vote des lois, il doit être traité, dans ce domaine, exactement comme le Parlement national et les dispositions qu'il adopte doivent pouvoir être contestées par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité », Compte rendu intégral, Séance du mardi 7 juillet 2009, Sénat, Année 2009, n° 80 S. (CR), p. 6711.

⁷Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

⁸David Carine, « La question prioritaire de constitutionnalité à l'égard de dispositions d'une loi du pays de Nouvelle-Calédonie », *Revue Juridique Politique et Économique de la Nouvelle-Calédonie*, n° 15, 2010/1, pp. 65 et s.

⁹L'alinéa 2 nouveau de l'article 107 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 précise désormais :

Les dispositions d'une loi du pays peuvent faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité, qui obéit aux règles définies par les articles 23-1 à 23-12 de l'ordonnance no 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

¹⁰Gindre David Carine, *Essai sur la loi du pays calédonienne – La dualité de la source législative dans l'État unitaire français*, Ibidem, p. 160 et s. Egalement David Carine, « La question prioritaire de constitutionnalité à l'égard de dispositions d'une loi du pays de Nouvelle-Calédonie », op. cit.

¹¹En effet, seules sont concernées les lois du pays calédoniennes. Les lois du pays polynésiennes ne sont pas concernées dans la mesure où elles constituent des actes de nature réglementaire.

A – Le contexte politique local ou la culture du consensus

La Nouvelle-Calédonie s'inscrit depuis quelques décennies dans un processus graduel et négocié de décolonisation, mettant en présence deux principales mouvances idéologiques dans le paysage politique local : le courant loyaliste, regroupant les tenants du maintien de la Nouvelle-Calédonie dans la France et le courant indépendantiste. Cette ambivalence est présente dans les institutions locales et impose une recherche permanente du consensus aux autorités politiques calédoniennes. Cette caractéristique est essentielle dans l'appréhension du fonctionnement du régime politique calédonien.

1/ Une ingénierie institutionnelle océanienne en faveur de la recherche du consensus

Afin de tenir compte de la fracture idéologique fondamentale entre les partis politiques locaux, l'ingénierie institutionnelle mise en place en Nouvelle-Calédonie prévoit un certain nombre de mécanismes permettant à la fois le partage du pouvoir par un découpage géographique de la Nouvelle-Calédonie en provinces et une prise de décision consensuelle au niveau des institutions territoriales.

Ainsi, le découpage de la Nouvelle-Calédonie en trois provinces a été un élément clé du retour de la paix civile par la signature de l'accord de Matignon en 1988 et de sa pérennisation avec l'accord de Nouméa en 1998. Ce découpage permet en effet à chaque mouvance politique de détenir le pouvoir sur les parties de territoire où elle est majoritaire, ce qui constitue un élément d'autant plus important que les provinces disposent de la compétence de droit commun¹². En conséquence, le camp indépendantiste gère les provinces Nord et des îles Loyauté, où se concentre une population très majoritairement autochtone et favorable à l'accession de la Nouvelle-Calédonie à la souveraineté. De son côté, le camp loyaliste est au pouvoir en province Sud où réside la plus grande part de la population européenne, largement acquise au maintien de la Nouvelle-Calédonie dans la République. La provincialisation est devenue essentielle au bon fonctionnement du régime politique local et son principe ne semble plus pouvoir être remis en cause. Les provinces constitueraient à n'en point douter la base de l'organisation verticale d'une structure étatique fédérale en cas d'accession de la Nouvelle-Calédonie à la souveraineté. Elles seront le cas échéant présentes dans le prochain statut de la Nouvelle-Calédonie qui devrait prendre la suite de l'accord de Nouméa, prévu pour une durée de 20 ans.

Au niveau de la Nouvelle-Calédonie, les institutions reflètent également l'ambivalence du paysage politique, avec la mise en place d'un gouvernement élu à la représentation proportionnelle par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie, lui-même émanation des assemblées de province désignées selon cette même logique proportionnelle. Dès lors, cohabitent au sein de cet exécutif original et quasiment unique au monde¹³, des élus appartenant à toutes les mouvances politiques du pays, indépendantistes comme loyalistes, imposant un mode de prise de décision consensuel dans le cadre de réunions hebdomadaires,

¹² Article 20 de la loi organique modifiée n° 99-209, précitée.

¹³ Un tel gouvernement n'existe en effet que dans très peu d'États ou territoires autonomes. On peut citer l'Irlande du Nord ou encore le Liban, sous une forme un peu différente. Cela n'a pas fonctionné à Fiji où un tel gouvernement avait été prévu par la Constitution de 1997 qui n'a jamais pu s'appliquer correctement et qui a été abrogée en 2009.

symboliquement dénommées « réunions de collégialité ». Un garde-fou permet toutefois de prendre les décisions à la majorité en cas d'absence de consensus¹⁴.

Dans ce cadre, la plupart des lois du pays adoptées à ce jour sont issues de projets proposés par le Gouvernement et dont le contenu a au préalable été arrêté en réunion de collégialité, parfois après d'âpres négociations. On le comprend, l'originalité du système ainsi mis en place a pour conséquence que les discussions entre formations politiques ont lieu en amont, au sein de l'exécutif, et non devant l'assemblée législative. Cette spécificité est essentielle à souligner pour comprendre l'inefficacité du contrôle *a priori* de la loi du pays.

D'autant qu'au-delà de l'ingénierie institutionnelle, il apparaît que l'évolution du paysage politique local depuis 1999 n'a pas favorisé les recours à l'arbitrage du juge constitutionnel.

2/ Un paysage politique local ambivalent soumis aux aléas conjoncturels

Le paysage politique calédonien est structuré autour de la question de l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie depuis la naissance du mouvement souverainiste dans les années 70.

Le camp indépendantiste est organisé principalement dans le cadre du Front de libération nationale kanak et socialiste (FLNKS), fédération regroupant 4 partis politiques dont deux sont prédominants : l'Union Calédonienne (UC) et le Parti de Libération Kanak (PALIKA).

L'UC est le parti politique le plus ancien de Nouvelle-Calédonie. Fondé en 1953 avec pour devise « Deux couleurs, Un seul peuple », il finit par opter pour la cause indépendantiste en 1977. Originellement considérée comme la partie la plus modérée du FLNKS, elle en constitue désormais l'aile la plus radicale. Le PALIKA, parti d'inspiration marxiste, souvent allié aux deux autres partis politiques¹⁵ dans le cadre de l'Union Nationale pour l'Indépendance (UNI), a modéré progressivement sa revendication au point d'être devenu l'aile la plus favorable à la concertation avec le camp loyaliste. L'UC et l'UNI siègent dans des groupes politiques séparés au Congrès et disposent par ailleurs d'un président d'assemblée de province, dans le Nord pour l'UNI et dans les îles Loyauté pour l'UC. Depuis les dernières élections provinciales de 2009, un troisième parti indépendantiste, non membre du FLNKS, a fait son entrée au Congrès avec 4 conseillers. Il s'agit du parti travailliste, plus radical encore dans sa revendication.

Le camp loyaliste était originellement assez homogène, structuré autour du RPCR de Jacques Lafleur, auquel s'ajoutait quelques petits partis, dont le Front National et l'Alliance. Toutefois, son évolution depuis 1999 a rendu son appréhension plus complexe. Pendant la première mandature du Congrès de la Nouvelle-Calédonie (1999-2004), une alliance entre le RPCR et un parti politique modéré dissident du FLNKS a eu pour conséquence de donner une majorité absolue à ce groupe politique au Congrès (28 des 54 conseillers) et au Gouvernement (7 des 11 membres).

¹⁴ Article 128 de la loi organique modifiée n° 99-209, précitée.

¹⁵ Il s'agit de deux partis mineurs : l'Union Progressiste Mélanésienne (UPM) et le Rassemblement Démocratique Océanien (RDO).

L'implosion du RPCR en 2004 a conduit à la recomposition du camp loyaliste autour de deux partis de force équivalente : le Rassemblement UMP, héritier du RPCR et l'Avenir Ensemble. Cette division du camp loyaliste a eu des conséquences importantes sur les rapports de force entre partis politiques. Elle a notamment eu pour conséquence la nécessité d'alliances politiques d'un nouveau genre en Nouvelle-Calédonie, à savoir des coalitions entre partis loyalistes et indépendantistes, chaque parti préférant ponctuellement nouer des alliances de circonstances dans le camp adverse, plutôt que de pactiser avec les amis d'hier.

Ainsi entre 2004 et 2007, l'Avenir Ensemble, sorti en tête des urnes mais ne disposant pas d'une majorité absolue s'est allié au FLNKS. La scission de l'Avenir ensemble en 2007 a, à son tour, entraîné une redistribution des rôles politiques, de manière très temporaire. En 2009, suite aux dernières élections provinciales, c'est le Rassemblement UMP qui a décidé de s'allier avec l'Union Calédonienne, permettant d'ailleurs l'accès au perchoir du Congrès d'un élu indépendantiste pour la première fois, alors même que les partis souverainistes ne disposaient pas de la majorité. La sanction de cette politique « d'ouverture » par les électeurs du Rassemblement UMP lors des élections législatives de 2012 a entraîné la fin prématurée de cette alliance, laissant place à un paysage politique incertain dans l'optique des élections provinciales de 2014.

Cette conjoncture politique mouvante imposant une négociation permanente, couplée à une architecture institutionnelle favorable à la recherche du consensus, expliquent en grande partie l'absence de saisine du juge constitutionnel par les autorités politiques. Au surplus, les spécificités procédurales du contrôle de constitutionnalité de la loi du pays favorisent également l'immunité constitutionnelle des lois du pays calédoniennes.

B – Des spécificités procédurales favorisant l'immunité constitutionnelle des lois du pays

Deux spécificités dans la procédure de contrôle de la loi du pays accentuent encore un peu plus cette tendance à l'absence de saisine *a priori* du juge constitutionnel. Il s'agit de l'identité des autorités de saisine et de l'obligation de demander une seconde lecture de la loi du pays avant de pouvoir saisir le Conseil constitutionnel.

1/ Les autorités de saisine du Conseil constitutionnel

En application de l'accord de Nouméa, retranscrit sur ce point à l'article 104 de la loi organique statutaire de 1999, les autorités de saisine du Conseil constitutionnel sont le Haut-commissaire, le Gouvernement, le Président du Congrès, les présidents d'assemblée de province et un tiers des membres du Congrès, soit 18 conseillers. Néanmoins, il apparaît qu'aucune de ses autorités n'a jusqu'ici usé pleinement de ce pouvoir de saisine du juge constitutionnel.

Tout d'abord, la posture d'arbitre du Haut-commissaire de la République ne favorise pas une saisine du Conseil constitutionnel par le représentant de l'État en Nouvelle-

Calédonie. D'ailleurs, et on aura l'occasion d'y revenir, l'absence de saisine sur certaines lois du pays¹⁶ est très révélatrice de ce parti pris de l'État.

Ensuite, une saisine du Conseil constitutionnel par le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie paraît peu probable. En effet, le mode de désignation de l'exécutif local, à la représentation proportionnelle des groupes présents au Congrès, rend peu probable la saisine du juge constitutionnel. Par ailleurs, la pratique de prise de décision consensuelle et collégiale au sein du Gouvernement réduit *de facto* les risques de dissensions devant l'Assemblée et donc de saisine du Conseil constitutionnel.

Une saisine par le Président du Congrès paraît elle aussi peu probable dans la mesure où celui-ci est le plus souvent issu d'un parti qui dispose également d'une présidence d'assemblée de province. Dans ce cas, l'esprit consensuel mis en place au niveau territorial par l'accord de Nouméa induirait certainement de privilégier une saisine à l'échelon provincial¹⁷. Dès lors, une saisine par le Président de l'assemblée territoriale ne serait envisageable que dans l'hypothèse - rare - où le groupe politique réfractaire aurait obtenu la nomination d'un de ces membres en qualité de Président du Congrès sans être suffisamment représentatif au niveau de chaque province pour disposer d'un président d'assemblée de province¹⁸.

On le voit, c'est la saisine à l'échelon provincial qui paraît être la plus opérationnelle politiquement. Ce n'est donc pas un hasard si les deux seules saisines recevables¹⁹ depuis 1999 ont été introduites par des présidents d'assemblée de province. Pour autant, les raisons pour lesquelles cette initiative n'a pas connu d'émule restent difficile à déterminer. Si on peut l'expliquer durant les premières années par l'inexpérience des élus calédoniens et leur méconnaissance du processus de contrôle de constitutionnalité de la norme législative, il paraît plus probable que ce soit le changement du paysage politique calédonien avec l'éclatement du camp loyaliste, jusqu'alors rassemblé autour de la personnalité charismatique de Jacques Lafleur, qui explique cette absence de saisine, y compris via les présidents d'assemblée de province. En effet, contrairement à la logique majoritaire qui a prévalu pendant le premier mandat du Congrès²⁰, l'éclatement du camp loyaliste en 2004 a imposé d'en revenir à un mode de prise de décision plus proche de la culture océanienne de consensus, qui par définition permet de lisser le contenu des lois du pays afin de trouver un compromis satisfaisant le plus grand nombre.

¹⁶ On pense particulièrement à la loi du pays n° 2010-9 du 27 juillet 2010 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local, JONC du 12 août 2010, pp. 6934 et s. et à la loi du pays n° 2001-017 du 11 janvier 2002 sur le domaine public maritime de la Nouvelle-Calédonie et des provinces, JONC du 18 janvier 2002, pp. 240 et s. On reviendra sur ces lois du pays dans le B/ de la deuxième partie.

¹⁷ En témoigne la récente saisine du Conseil constitutionnel par la Présidente de l'Assemblée de la province Sud dans le cadre de l'affaire n° 2013-3 LP du 1^{er} octobre 2013, Loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie.

¹⁸ Cela a déjà été le cas entre juillet 2007 et juillet 2009 et d'août 2012 à août 2013. Cette hypothèse est envisageable dans la mesure où le Président du Congrès est désigné tous les ans alors que les présidents d'assemblée de province le sont en début de mandat et pour la durée totale de celui-ci, soit 5 ans. Dès lors, la présidence du Congrès est plus à même d'être impactée par les changements conjoncturels induits par les négociations politiques.

¹⁹ Décision n° 2000-1 LP du 27 janvier 2000, Loi du pays relative à l'institution d'une taxe générale sur les services, Recueil, p. 53 et décision n° 2013-3 LP du 1^{er} octobre 2013, Loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie.

²⁰ De mai 1999 à mai 2004.

Enfin, un tiers des membres du Congrès peuvent saisir le Conseil constitutionnel. Cette modalité de saisine répond à une logique occidentale inadaptée à l'ingénierie institutionnelle consensuelle mise en place en Nouvelle-Calédonie. Ceci est d'autant plus vrai que le nombre d'élus devant signer la saisine est trop élevé pour être réellement effectif, comme en témoigne la saisine jugée irrecevable par le Conseil constitutionnel en 2006²¹. On ne peut que le regretter tant la saisine parlementaire joue tout son rôle au niveau national depuis la réforme constitutionnelle de 1974 avec des proportions, il est vrai, bien moindre pour le Sénat (moins de 20%) et l'Assemblée nationale (à peine plus de 10%). Or, depuis la recomposition du paysage politique depuis 2004, il est devenu très difficile pour une formation politique calédonienne de rassembler 18 membres du Congrès, chaque camp étant divisé en deux grandes factions de force assez équivalente. Pour autant, un abaissement du nombre de conseillers pouvant saisir le Conseil constitutionnel paraît peu probable dans la mesure où cette proportion est expressément inscrite dans l'accord de Nouméa. Cela est d'autant moins vraisemblable qu'il n'existe pas au niveau de l'Etat une volonté de favoriser une saisine politique du Conseil constitutionnel, source de division, comme en témoigne la seconde spécificité procédurale : la nécessité d'une seconde lecture de tout ou partie du texte comme préalable indispensable à une saisine du juge constitutionnel.

2/ La demande de seconde lecture, outil du consensus océanien

La saisine du Conseil constitutionnel ne peut avoir lieu que si une seconde lecture de tout ou partie du texte a eu lieu et à la condition d'être initiée par une autorité politique désignée pour ce faire. Dans les 15 jours qui suivent l'adoption d'une loi du pays, l'article 103 de la loi organique prévoit en effet la possibilité pour le Haut-commissaire, le Gouvernement, le Président du Congrès, le Président d'une assemblée de province ou onze membres²² du Congrès de demander une deuxième délibération sur tout ou partie du texte adopté. Cette deuxième délibération avait à l'origine une importance tout à fait relative. Ce n'est que suite aux modifications entérinées par le Sénat, suite à un amendement déposé par le Gouvernement²³, qu'elle acquiert un intérêt pratique conséquent puisqu'elle conditionne désormais la saisine du Conseil constitutionnel.

L'objet de cette spécificité procédurale est de permettre aux différentes tendances politiques de la Nouvelle-Calédonie de s'exprimer et, ainsi, de tenter d'établir un consensus le plus large possible. Ce faisant, a été octroyé à l'opposition parlementaire une arme redoutable. Elle est en effet en mesure d'obliger la majorité à négocier en la menaçant d'une saisine du Conseil constitutionnel. Ainsi, cette nouvelle délibération remplit une double fonction : elle contraint à la recherche d'un consensus politique et, par là même, dans un rôle dissuasif, limite le nombre de saisine du Conseil constitutionnel.

Les raisons d'une telle exigence sont multiples mais reflètent initialement surtout l'inquiétude du Conseil constitutionnel de se voir submerger par les recours. En effet, l'obligation d'une seconde délibération avant toute saisine du Conseil constitutionnel aurait été

²¹Décision n° 2000-1 LP du 27 janvier 2000, Loi du pays relative à l'institution d'une taxe générale sur les services, Recueil, p. 63.

²² Initialement, 18 membres étaient exigés. Le nombre a été rabaisé à 11 par les députés qui estimaient la disposition initiale trop stricte.

²³ Sénat, séance du 3 février 1999.

introduite à la demande de la Haute juridiction elle-même, afin de limiter le nombre de saisine²⁴.

Pour autant, peu de demandes de seconde lecture ont été formulées et lorsqu'elles l'ont été, il apparaît que la menace d'une saisine du juge constitutionnel n'ait été que latente sans jamais être exprimée. A cet égard, la demande de nouvelle lecture de la loi du pays sur l'emploi local dans le secteur privé²⁵ est exemplaire. Alors que le texte adopté en première lecture contenait une disposition notoirement inconstitutionnelle, les élus du FLNKS ont demandé une seconde lecture du texte pour y insérer en contrepartie une autre disposition à la constitutionnalité douteuse, les amendements ainsi déposés étant votés à l'unanimité. Il est bien entendu que la menace d'une saisine du Conseil constitutionnel, sans jamais être exprimée dans les débats parlementaires, a été essentielle dans le consensus qui a prévalu pour introduire les nouvelles dispositions litigieuses.

En conséquence, il apparaît clairement que la procédure de la QPC est primordiale en ce qu'elle permet à des justiciables de faire respecter leurs droits fondamentaux alors que leurs représentants font prévaloir un point de vue contraire au bloc de constitutionnalité, portant ainsi atteinte à l'essence même de la conception de la hiérarchie des normes dans une démocratie moderne.

II – La mise en œuvre de la procédure de QPC en Nouvelle-Calédonie : vers un état de droit spécifique ?

L'extension de la procédure de la QPC aux lois du pays calédoniennes ne connaît pour l'instant qu'un faible impact puisque seules trois décisions QPC ont été rendues sur des lois du pays, aboutissant à deux censures (A). S'il est certain que ce contentieux ne sera pas abondant puisque le Congrès n'a adopté qu'un peu plus d'une centaine de lois du pays depuis 1999, il devrait donner lieu à des décisions intéressantes dans un avenir plus ou moins proche et sur des sujets sensibles en Nouvelle-Calédonie (B).

A – Un premier bilan de l'application de la procédure de la QPC aux lois du pays

Trois décisions QPC ont donc été rendues par le Conseil constitutionnel sur des dispositions contenues dans des lois du pays depuis le 1^{er} mars 2010. La première est intervenue en droit du travail. La deuxième posait en réalité deux questions juridiques relatives à la liberté du commerce et de l'industrie et aux validations législatives. La troisième avait trait au respect de la charte constitutionnelle de l'environnement. Elles ont été l'occasion pour le Conseil constitutionnel de confirmer le principe de la transposition logique de sa jurisprudence relative à la loi nationale au législateur local. Poussée à son paroxysme, cette position peut néanmoins poser la question de l'autonomie du législateur calédonien.

²⁴Selon Bernard DELADRIÈRE, Secrétaire général du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie jusqu'en avril 2001, puis directeur de cabinet du Président du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie jusqu'en mai 2004 et par ailleurs signataire de l'accord de Nouméa. Thierry LATASTE a exercé les fonctions de Haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie de 1999 à 2002. Tous les deux ont participé aux négociations de l'accord de Nouméa et à la rédaction du projet de loi organique.

²⁵Loi du pays n° 2010-9 du 27 juillet 2010 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local, JONC du 12 août 2010, pp. 6934 et s.

1) Une assimilation de principe du législateur local au Parlement français

A la lumière des trois premières décisions QPC relatives à des lois du pays, il apparaît globalement une volonté du juge constitutionnel d'optimiser l'assimilation du régime juridique des lois du pays à celui des lois nationales. On retrouve à cet égard un certain nombre de qualificatifs et de formules consacrées qui ne laissent aucun doute sur l'intention assimilationniste du Conseil constitutionnel.

Ainsi, le Conseil a utilisé son considérant de principe s'agissant du principe d'égalité dans la première décision QPC relative à une loi du pays, en décidant que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit²⁶.

On notera également que le Conseil constitutionnel qualifie dans cette même décision le Congrès de la Nouvelle-Calédonie de « législateur » à plusieurs reprises²⁷.

Dans cette affaire, le Conseil constitutionnel était amené à se prononcer sur l'absence de réglementation en Nouvelle-Calédonie visant à assurer le droit d'expression, l'exercice du droit syndical et la présence d'institutions représentatives du personnel pour les agents contractuels de l'administration locale.

Les faits à l'origine de cette affaire sont les suivants : M. Patelise, lié par un contrat à durée indéterminée au Centre hospitalier de Nouvelle-Calédonie, et par ailleurs délégué syndical, avait pu être licencié sans que l'inspecteur du travail soit saisi d'une demande d'autorisation. Pourtant, contrairement au principe issu de la jurisprudence Berkani au niveau national, le Tribunal des conflits²⁸ a décidé que les agents contractuels de l'administration sont en Nouvelle-Calédonie des agents de droit privé dont la situation est régie par le Code du travail local. Néanmoins, s'agissant des dispositions relatives au droit d'expression, à l'exercice du droit syndical ou aux institutions représentatives du personnel, l'article Lp. 311-2 du Code du travail local exclut les agents publics contractuels des administrations publiques du champ d'application de la protection des salariés délégués syndicaux ou des représentants du personnel. Dès lors, M. Patelise, contestant son licenciement dans le cadre d'une procédure de référé devant le tribunal du travail de Nouméa, souleva une QPC en invoquant diverses dispositions constitutionnelles relatives à la liberté syndicale et au principe de participation des travailleurs.

Dans sa décision du 9 décembre 2011, le Conseil constitutionnel considère que l'absence de règles relatives au droit d'expression, à l'exercice du droit syndical et à la présence d'institutions représentatives du personnel pour les agents contractuels de l'administration locale porte atteinte à la liberté syndicale et au principe de participation des

²⁶ Décision n° 2011-205 QPC du 09 décembre 2011, considérant n° 4. Janicot Laeticia, Roblot-Troizier Agnès, « Liberté syndicale, principe de participation des travailleurs et agents des collectivités publiques: le cas de la Nouvelle-Calédonie. Conseil constitutionnel, 9 décembre 2011, n° 2011-205 QPC », *Revue française de droit administratif*, mars-avril 2012, n° 2, p. 355-362. Carine David, « L'assimilation du régime des lois du pays à celui des lois nationales dans le cadre de la QPC », *Revue française de droit constitutionnel*, octobre 2012, n° 92, p. 863-866.

²⁷ Considérants n° 4, 6 et 9.

²⁸ Tribunal des conflits, 26 novembre 1990, n° 02629.

travailleurs garantis par le Préambule de la Constitution de 1946. S'il ne conteste pas l'opportunité de traiter différemment les salariés du secteur privé et les agents contractuels de l'administration au regard des règles relatives au droit d'expression des salariés, à l'exercice du droit syndical, aux institutions représentatives du personnel et celles spécifiques aux salariés protégés, il reproche au législateur local de ne pas mettre en œuvre les droits garantis par le Préambule de la Constitution de 1946 en ne prévoyant pas de règles alternatives applicables à ces personnels et d'instaurer ainsi un vide juridique les concernant. Le Conseil constitutionnel, par le biais de cette décision, a ainsi imposé au législateur local de régler une carence pointée du doigt de longue date par les syndicats calédoniens²⁹.

En conséquence, il a laissé au législateur local un peu plus d'un an pour prévoir des dispositions mettant en œuvre les principes constitutionnels en la matière. Faute d'intervention du Congrès dans le délai imparti, les dispositions du Code du travail local s'appliquent désormais aux personnels contractuels de l'administration. Une telle solution pourrait notamment avoir pour conséquence d'obliger les personnes publiques de Nouvelle-Calédonie à mettre en place en leur sein des comités d'entreprise ou encore des comités d'hygiène et de sécurité, si les syndicats le demandaient.

Dans sa deuxième décision relative à une QPC, le Conseil constitutionnel avait à se prononcer sur une loi du pays de validation, confirmant le monopole d'un établissement public s'agissant de l'importation de viande en Nouvelle-Calédonie. Cette validation avait été opérée suite à un arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris accueillant une exception d'illégalité à l'égard des dispositions réglementaires instaurant ce monopole³⁰.

L'enjeu de la décision du Conseil était attendue afin d'endiguer les risques de recours abusifs à une telle procédure, l'inexpérience du législateur local et surtout la proximité des intérêts politiques et économiques en Nouvelle-Calédonie constituant des facteurs propices à des validations justifiées non pas par l'intérêt général mais par des intérêts particuliers.

Dans cette décision, le Conseil constitutionnel transpose logiquement sa jurisprudence en matière de lois de validation et confirme par la même occasion la possibilité pour le Congrès de la Nouvelle-Calédonie de recourir au mécanisme de la validation législative. Cette possibilité avait déjà reçu l'assentiment du Conseil d'État en 2006 lors de son avis préalable obligatoire sur une loi de pays de validation³¹.

En l'espèce, s'il valide le choix du Congrès de confirmer le monopole de l'établissement public, le Conseil constitutionnel censure le recours à la validation législative, estimant que la démarche ne répond pas en l'espèce à un motif d'intérêt général suffisant.

La troisième décision QPC relative à une loi du pays, soulevée par une association environnementale, portait sur la conformité de la procédure d'attribution de permis de recherche minier à l'article 7 de la charte constitutionnelle de l'environnement, sur le droit d'information et de participation du public en matière environnementale.

²⁹ Cette carence trouve son origine dans l'article 89 de l'ordonnance n°85-1181 du 13 novembre 1985.

³⁰CAA Paris, 1er février 2010, Gouvernement de Nouvelle-Calédonie, n° 07PA04864.

³¹ Conseil d'État, section des finances et section sociale, avis n° 371.362 du 8 mars 2005 sur le projet de loi du pays portant validation des impositions perçues au titre de la taxe sur le fret aérien et validant la délibération relative à la sécurité sociale en Nouvelle-Calédonie, non publié. Loi du pays n° 2005-5 du 6 juillet 2005 portant validation des impositions perçues au titre de la taxe sur le fret aérien et validation de la délibération relative à la sécurité sociale en Nouvelle-Calédonie, J.O.N.C. du 19 juillet 2005, p. 4294.

En effet, l'association requérante reprochait aux dispositions législatives contenues dans le Code minier de Nouvelle-Calédonie de ne pas prévoir de mesures d'information et de participation du public dans le cadre de la procédure d'attribution de permis de recherche minier, dans la mesure où les sociétés titulaires d'un tel permis procèdent à des opérations de prospection, lesquelles ont nécessairement un impact sur l'environnement.

Au regard de la jurisprudence jusque-là plutôt volontariste du Conseil constitutionnel sur l'article 7 de la Charte, il ne faisait peu de doute que le juge constitutionnel censurerait les dispositions litigieuses du Code minier. C'était néanmoins sans compter sur la jurisprudence du Conseil récemment élaborée. Dans une décision rendue quelques mois plus tôt³², le Conseil constitutionnel avait en effet exigé une atteinte « *directe et significative* » à l'environnement pour imposer les mesures d'information et de participation du public, en référence à l'article L. 120-1 du Code de l'environnement, dans sa rédaction antérieure à la loi du 27 décembre 2012³³. Procédant par assimilation tout en faisant évoluer sa jurisprudence, le juge constitutionnel considère qu'il n'est pas démontré que les atteintes portées à l'environnement lors de travaux réalisés dans le cadre de permis de recherche miniers soient significatives. En conséquence, il valide les dispositions litigieuses.

Le Conseil a néanmoins apporté deux limites quant à la portée de sa décision en considérant que celle-ci devait être entendue « compte tenu de la nature des substances minérales susceptibles d'être recherchées et en l'état des techniques mises en œuvre »³⁴.

D'une part, la décision ne concerne donc que les substances minérales actuellement recherchées en Nouvelle-Calédonie, à savoir le cobalt, le nickel et le chrome.

D'autre part, le Conseil a limité sa décision aux techniques actuellement mises en œuvre en Nouvelle-Calédonie. En effet, les travaux de recherches des substances sont actuellement réalisés par deux techniques de forage dont l'instruction n'aurait pas démontré qu'elles ont des incidences significatives sur l'environnement.

Au-delà du parallélisme des jurisprudences, les décisions du Conseil constitutionnel permettent d'appréhender l'autonomie dont bénéficie le législateur local et donc d'apprécier l'intérêt politique pour les autorités locales de disposer d'un pouvoir législatif. Pour autant, il convient d'être attentif et de veiller à ce que la volonté assimilationniste du juge constitutionnel ne se fasse pas au détriment de l'autonomie du législateur du pays.

2) L'autonomie du législateur calédonien en question

³² Décision n° 2012-282 QPC du 23 novembre 2012, Association France Nature Environnement et autres [Autorisation d'installation de bâches publicitaires et autres dispositifs de publicité].

³³ Article L. 120-1 du Code de l'environnement dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 :

Sauf disposition particulière relative à la participation du public prévue par le présent code ou par la législation qui leur est applicable, les décisions réglementaires de l'État et de ses établissements publics sont soumises à participation du public lorsqu'elles ont une incidence directe et significative sur l'environnement.

³⁴ Considérant n° 11.

Si globalement il semble que le Conseil constitutionnel considère le législateur calédonien comme ayant autant d'autonomie que le Parlement français, il y a néanmoins lieu de s'interroger s'agissant de la dernière décision QPC relative au Code minier.

Dans les deux premières décisions QPC relatives à des lois du pays, le Conseil a en effet semblé accorder une grande autonomie normative au législateur du pays. Il reprend d'ailleurs son considérant de principe en décidant que « le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation de même nature que celui du Congrès de Nouvelle-Calédonie »³⁵ et décide en conséquence de l'application différée de sa décision afin de permettre au législateur calédonien de pallier la censure opérée.

S'agissant de sa deuxième décision portant sur la question d'une éventuelle atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, le Conseil décide que le monopole d'importation de viande octroyée à un établissement public peut être considéré comme un complément nécessaire de la mission de régulation de la commercialisation de la viande en Nouvelle-Calédonie et ce, alors que la Cour administrative d'appel avait décidé le contraire. Corrélativement, le Conseil considère que ce monopole s'explique par la prise en compte des spécificités du marché local, bien que non évoqué dans l'accord de Nouméa, alors que le juge administratif avait estimé que la nécessité de protection du marché local ne constituait pas un motif d'intérêt général suffisant pour justifier de l'ampleur de l'atteinte à la liberté considérée.

On le voit, la marge d'appréciation laissée au Congrès de la Nouvelle-Calédonie par le Conseil constitutionnel en sa qualité de législateur du pays n'est pas la même que celle dont le juge administratif permet à cette même institution de disposer en tant qu'assemblée délibérante locale, titulaire d'un pouvoir réglementaire. Au-delà d'une divergence d'appréciation entre deux juges, cette affaire illustre la différence entre pouvoir de nature politique et pouvoir administratif et permet de bien mesurer l'autonomie politique dont dispose le Congrès de la Nouvelle-Calédonie.

Néanmoins, cette liberté d'appréciation doit être relativisée au regard de la troisième décision du Conseil constitutionnel relative à une QPC sur une loi du pays. En effet, la décision du juge constitutionnel de procéder par assimilation au Code de l'environnement français semble discutable. Cette transposition peut être interprétée comme portant atteinte à l'autonomie du législateur calédonien. En effet, aucun article du Code minier de Nouvelle-Calédonie ne qualifie les incidences ou effets sur l'environnement que doivent avoir les décisions prises par l'autorité publique pour faire l'objet d'une information et d'une participation du public. En décidant ainsi, le Conseil impose au législateur calédonien des limites déterminées par le législateur national et qu'il n'a donc pas lui-même choisies et l'empêche par là même d'imposer une législation plus protectrice de l'environnement que son homologue national. Cela semble d'autant plus vrai que le Parlement français a décidé de ne plus retenir la notion d'atteinte « direct et significative » à l'environnement, comme critère d'application du droit à l'information et à la participation du public. En effet, les parlementaires ont réécrit l'article L. 120-1 qui ne qualifie plus les incidences sur l'environnement, rehaussant ainsi le niveau d'exigence en matière d'information et de participation. Or, en maintenant l'exigence d'une atteinte « significative » à l'environnement dans le cadre calédonien, en dehors de toute référence locale, le juge constitutionnel semble imposer cette caractéristique de manière absolue.

³⁵ Décision n° 2011-205 QPC du 09 décembre 2011, considérant n° 9.

3) Des problèmes d'effectivité des décisions du Conseil

Enfin, il est nécessaire d'évoquer l'effectivité des décisions du Conseil constitutionnel. Seule la première décision du Conseil imposait une intervention du législateur local et force est de constater que malgré un délai plutôt généreux pour des dispositions simples à adopter, le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie n'est pas parvenu à se conformer à la décision du Conseil constitutionnel dans le délai imparti.

En effet, plutôt que de se focaliser sur l'objet de la décision du Conseil constitutionnel et de ne traiter, au moins dans un premier temps, que la question des droits collectifs des agents contractuels, le gouvernement local a fait le choix d'une réforme globale du statut des agents non titulaires de l'administration, en prévoyant notamment leur basculement en agents de droit public. Au surplus, l'absence de consultations en amont des acteurs concernés (organisations représentatives du personnel et collectivités publiques concernées) a eu pour conséquence une opposition ferme des syndicats et des associations de maires. Il apparaît aujourd'hui que la réforme est bloquée, faute de dialogue constructif entre les parties prenantes.

Le choix d'une réforme d'une telle envergure pose réellement question en termes d'opportunité, d'autant que les carences que le Conseil constitutionnel a imposé de combler n'étaient pas réglées de manière satisfaisante dans la première mouture du projet de loi du pays. En effet, le principe retenu par le gouvernement est celui d'une assimilation la plus poussée possible entre le statut du fonctionnaire et de l'agent contractuel local. En conséquence, il a notamment été décidé d'étendre aux agents contractuels les dispositions du statut général de la fonction publique de Nouvelle-Calédonie en matière de droit d'expression, de droit syndical, d'institutions représentatives du personnel et de salariés protégés³⁶. Le projet de délibération d'application de la loi du pays procédait ensuite à l'extension aux contractuels de nombreux articles du statut général. Outre le fait qu'il paraît discutable d'étendre ses dispositions du statut général par la voie réglementaire, ce qu'a d'ailleurs souligné le Conseil d'État dans son avis relatif au projet de loi du pays³⁷, les dispositions étendues ne semblent pas à même de répondre aux exigences du Conseil constitutionnel.

Ainsi, pour le droit à la participation par exemple, le fait d'étendre une disposition applicable aux fonctionnaires et de prévoir que les agents contractuels participent par l'intermédiaire de leurs délégués siégeant dans des organismes consultatifs, à l'organisation et au fonctionnement des services publics, à l'élaboration des règles statutaires et à l'examen des décisions individuelles relatives à leur carrière³⁸, sans y adjoindre d'autres dispositions qui permettraient une mise en œuvre effective du principe de participation s'avérait totalement insuffisant.

Le Conseil d'État, saisi en amont du projet de loi du pays³⁹, a formulé de nombreuses réserves sur le projet de texte et, fait exceptionnel, il a émis un avis défavorable sur le projet

³⁶ Ainsi l'article 3 2° du projet de loi prévoit que : « L'article Lp. 311-2 du code du travail de Nouvelle-Calédonie est ainsi complété :

Les règles applicables à la Nouvelle-Calédonie et ses institutions, aux provinces, aux communes ainsi qu'à leurs établissements publics administratifs en matière de droit d'expression des salariés, d'exercice du droit syndical, d'institutions représentatives du personnel et de salariés protégés sont celles applicables aux agents non titulaires des fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie.

³⁷ Conseil d'État, section de l'administration, avis n°387.142 du 11 décembre 2012, non publié.

³⁸ Extrait du projet de loi du pays dans sa version initiale.

de loi du pays. Il accompagne toutefois les services du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie en formulant un certain nombre de lignes directrices, lesquelles ont été reprises dans la nouvelle mouture du texte. Il en ressort un projet qui prévoit le comité technique paritaire comme organe de représentation des personnels non titulaires de l'administration locale⁴⁰. Les représentants des personnels aux comités techniques paritaires seraient répartis en deux collèges distincts – celui des fonctionnaires et celui des agents non titulaires – au prorata des effectifs. Les délégués des agents non titulaires, outre les fonctions de droit commun, seraient chargés de représenter les agents et d'être des interlocuteurs privilégiés de l'employeur s'agissant des mesures individuelles et collectives relatives aux agents non fonctionnaires.

En tout état de cause, on se retrouve en Nouvelle-Calédonie dans une situation inédite dans laquelle la menace de l'entrée en vigueur d'une décision du Conseil constitutionnel n'a pas eu l'effet escompté sur l'exécutif local. Certes, les dispositions du Code du travail sur les droits collectifs des travailleurs sont désormais applicables aux agents contractuels des administrations locales. Néanmoins, cette applicabilité est sans effet concret dans la mesure où, afin de ne pas rompre le minimum de dialogue social, les syndicats ont opté pour une position d'ouverture à l'égard du gouvernement local et n'utilisent donc pas les possibilités ouvertes par les dispositions applicables aux salariés, comme demander la mise en place de comités d'entreprise ou de CHSCT dans toutes les administrations employant plus de 50 agents non titulaires par exemple. Au surplus, l'extension aux agents contractuels de la protection des délégués syndicaux en cas de licenciement serait de peu d'effet dans la mesure où il semble peu probable qu'un inspecteur du travail, agent de la Nouvelle-Calédonie, s'oppose à une mesure de licenciement prise par le chef de l'administration de la Nouvelle-Calédonie, c'est-à-dire son supérieur hiérarchique...

Néanmoins, il reste à savoir si cette inertie de l'exécutif local relève d'une irrévérence à l'égard de la Haute juridiction ou, plus prosaïquement, de difficultés des services administratifs à produire un texte à même de contenter toutes les parties prenantes.

B – Les perspectives ouvertes par la QPC en Nouvelle-Calédonie

On le voit, l'intervention du Conseil constitutionnel dans le cadre de la QPC a permis d'établir un certain nombre d'éléments. Des décisions ultérieures permettront certainement au juge constitutionnel de préciser certaines règles et de répondre à certaines questions récurrentes dans le cadre de l'accord de Nouméa. À cet égard, il apparaît que la position du Conseil constitutionnel est particulièrement attendue dans des champs d'intervention propres à la loi du pays. En effet, si nombre de positions jurisprudentielles constitutionnelles sont transposables aux lois du pays, il serait intéressant de connaître la position du juge constitutionnel sur des dispositions de lois du pays mettant en œuvre des dérogations constitutionnelles ou des spécificités locales permises par le cadre statutaire particulier de la Nouvelle-Calédonie. Ainsi, la procédure de la QPC pourrait par exemple permettre au Conseil de préciser la portée de la constitutionnalisation de l'accord de Nouméa.

³⁹ Tout projet ou proposition de loi du pays fait l'objet d'une saisine obligatoire pour avis du Conseil d'État, en application de l'article 100 de la loi organique du 19 mars 1999 précitée.

⁴⁰ Comme le souligne le Conseil d'État dans son avis, rien n'est prévu pour les contractuels de l'État alors même que ceux-ci sont soumis à la réglementation locale.

D'ores et déjà, la validation par le Conseil constitutionnel de l'application de la réforme de la QPC aux lois du pays⁴¹ permet de considérer qu'il est loisible pour le Constituant, voire en l'espèce pour le législateur organique, d'aller au-delà de la lettre de l'accord, qui prévoit seulement un contrôle *a priori* des lois du pays. Peut-être serait-ce néanmoins différent lorsque le dispositif est expressément prévu par l'Accord et qu'il s'agirait de le modifier. On pense ici particulièrement à l'exigence d'un tiers des conseillers pour pouvoir saisir le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle *a priori*. À cet égard, les questions qui ne manqueront pas d'être posées au Conseil dans le cadre de la QPC permettront certainement à celui-ci d'affiner sa position sur la portée de la notion « d'orientations définies par l'accord » de l'article 77 de la Constitution.

Outre la question récurrente de la constitutionnalisation du préambule de l'accord⁴², se pose celle de la portée de la constitutionnalisation du document d'orientation de l'accord de Nouméa qui constitue son volet opérationnel. À cet égard, plusieurs interrogations restent sans réponse quant à l'intangibilité du contenu de l'accord⁴³ et quant à savoir si c'est la lettre ou l'esprit de l'accord qui a été constitutionnalisé.

Dans ce cadre, il semble intéressant de se pencher sur deux lois du pays qui pourraient faire l'objet d'une QPC, permettant au Conseil constitutionnel d'apporter des précisions quant à la marge de manœuvre offerte au législateur local pour s'écarter de la lettre de l'accord politique. D'une part, la loi du pays sur l'emploi local pourrait être l'occasion pour le Conseil d'arbitrer entre la volonté des élus locaux de faire évoluer la lettre de l'accord dans un sens favorable au respect du principe d'égalité et la nécessité de se conformer strictement à l'accord constitutionnalisé. D'autre part, la loi du pays sur le domaine public maritime pourrait amener le Conseil à se prononcer sur la portée de l'accord.

1) La question du caractère évolutif de l'accord de Nouméa à travers l'examen de constitutionnalité de la loi du pays sur l'emploi local dans le secteur privé

L'article 77 de la Constitution énumère de manière implicite les dérogations constitutionnelles permises pour la mise en œuvre de l'Accord de Nouméa.

L'article 77 alinéa 4 autorise notamment une dérogation au principe d'égalité devant l'emploi en permettant l'instauration d'une protection du marché de l'emploi local par la possibilité de mettre en place une préférence à l'embauche en faveur des personnes résidant en Nouvelle-Calédonie depuis un certain temps, à définir ponctuellement.

Le risque d'atteinte au principe d'égalité par la loi du pays est ici particulièrement prégnant puisque la détermination des modalités de mise en œuvre de cette dérogation constitutionnelle relève de la compétence du législateur local. L'article 24 de la loi organique dispose en effet que la durée et les modalités de ces mesures préférentielles sont définies par des lois du pays.

Bien entendu, la marge de manœuvre du législateur local se trouve ici considérablement réduite par la protection juridictionnelle de la compétence de l'État en

⁴¹ Décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, Loi organique relative à application de l'article 61-1 de la Constitution, considérant n° 34.

⁴² Ce préambule reconnaît notamment la qualité de « peuple » à la communauté kanak.

⁴³ Chauchat Mathias, « Le principe d'irréversibilité constitutionnelle de l'organisation politique de la Nouvelle-Calédonie », *Politeia*, n° 20, 2011, pp. 149-157.

matière de garantie des libertés publiques et le nécessaire respect du bloc de constitutionnalité, certes aménagé dans le cadre particulier de la Nouvelle-Calédonie.

La faculté accordée au Congrès de la Nouvelle-Calédonie d'adopter des lois du pays restreignant l'égalité d'accès à l'emploi a par ailleurs été encadrée par le juge constitutionnel de manière à ce que les atteintes au principe d'égalité soient proportionnelles aux nécessités engendrées par l'application de l'accord de Nouméa. En cette matière, la loi du pays devient l'instrument de mise en œuvre d'une politique de discrimination positive, puisque l'on conçoit qu'un « principe d'égalité compensatrice ou correctrice se substitue à une stricte égalité de traitement »⁴⁴ et est en conséquence soumise à l'appréciation par le juge constitutionnel de la proportionnalité des atteintes au principe d'égalité au regard des nécessités locales.

On le sait, les mesures de discrimination positive pouvant être prises en faveur des populations des collectivités d'outre-mer dotées de l'autonomie en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement ou de protection du patrimoine foncier sont interprétées strictement par le Conseil constitutionnel lors de l'examen des lois organiques qui en fixent les modalités. Comme il l'a fait en 1999 et en 2009 s'agissant de l'accès préférentiel à l'emploi local en Nouvelle-Calédonie ou en 2004 concernant les discriminations positives en matière foncière en Polynésie française⁴⁵, le juge constitutionnel veille au respect des principes fondamentaux de la République dans la mise en œuvre de ces compétences, encadrant ainsi le pouvoir normatif local. En effet, le Conseil constitutionnel veille au respect d'un bloc de règles à valeur constitutionnelle essentiel auquel il est impossible pour le législateur du pays de déroger, assurant ainsi une uniformité des droits fondamentaux sur tout le territoire national permettant de garantir le maintien de l'unité de l'État, tout en permettant des aménagements tenant compte des contraintes locales.

Le Conseil constitutionnel a pour rôle de préserver ce socle de normes fondamentales constitutionnellement protégées mais encore faut-il qu'il soit saisi pour être amené à se prononcer. En ce sens, la QPC est essentielle pour préserver ce socle dans la mesure où le risque accru de saisine limite les arrangements politiques susceptibles d'être conclus au détriment de la garantie des libertés fondamentales.

Il serait en conséquence intéressant de connaître la position du conseil sur la seule loi du pays mettant en œuvre les dispositions constitutionnelles permettant à l'assemblée locale d'instaurer des mesures de protection de l'emploi local, adoptée pour le secteur privé en juillet 2010⁴⁶. En effet, certaines dispositions de ce texte, introduites par des amendements parlementaires en première, puis en seconde lecture, seraient très certainement censurées par le juge constitutionnel car non conformes à la réserve d'interprétation qu'il a émise en 1999 lors du contrôle de la loi organique statutaire⁴⁷, d'une part et à une censure opérée en 2009, d'autre part.

Le Conseil constitutionnel a en effet entendu encadrer le recours aux mesures favorisant la main d'œuvre locale. Les dispositions des lois du pays intervenant en matière de

⁴⁴ Calves Gwenaële, « Avant propos », in *Les politiques de discrimination positive*, Paris, La Documentation française, Coll. Problèmes politiques et sociaux, n° 822, 1999, p. 3.

⁴⁵ Décision n° 2004-490 DC, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, Recueil, p. 41, *JORF* du 2 mars 2004, p. 4220.

⁴⁶ Loi du pays n° 2010-9 du 27 juillet 2010 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local, *J.O.N.C.* du 12 août 2010, p. 6934.

⁴⁷ Décision n° 99-410 DC, Loi relative à la Nouvelle-Calédonie, rec. p. 51.

protection de l'emploi local doivent être strictement nécessaires à la mise en œuvre de l'Accord de Nouméa et respecter les orientations définies par cet Accord. Les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel en 1999 ont pour conséquence une double limitation pour le législateur local, qui constitue dans le même temps une double marge d'appréciation pour les autorités étatiques.

Il a tout d'abord exigé que les mesures de restriction soient fondées sur des critères objectifs et rationnels, en relation directe avec la promotion de l'emploi local, qui constitue une orientation définie par l'Accord de Nouméa.

Le législateur local doit par ailleurs s'appliquer à ne pas imposer de restrictions autres que celles imposées par la mise en œuvre de l'Accord. Aussi floue qu'elle puisse paraître, cette affirmation reçoit immédiatement une illustration par le Conseil constitutionnel : comme le précise le point 2 de l'Accord, la citoyenneté sert aussi de référence pour la mise au point des dispositions définies pour préserver l'emploi local. Le Conseil constitutionnel en déduit que la durée de résidence exigée pour bénéficier des dispositifs préférentiels ne saurait excéder celle fixée pour acquérir la citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie, soit dix ans. En effet, cette réserve du Conseil constitutionnel doit être appréhendée au regard du contexte prévalant alors en termes d'acquisition de la citoyenneté. Lors de cette même décision, le Conseil avait en effet interprété les dispositions relatives à l'acquisition de la citoyenneté, c'est-à-dire du droit de vote aux élections provinciales et au Congrès de la Nouvelle-Calédonie, comme constituant un corps électoral glissant permettant d'acquérir la citoyenneté après 10 ans de résidence en Nouvelle-Calédonie, quelle que soit la date d'arrivée sur le territoire. A la lumière de cette interprétation, le parallèle réalisé par le Conseil constitutionnel entre emploi local et citoyenneté doit être interprété comme signifiant que les mesures de restriction d'accès à l'emploi ne peuvent être conçues que dans la limite d'une durée de résidence exigible de 10 ans maximum.

Le juge constitutionnel avait au surplus eu l'occasion d'apporter certaines précisions lors du contrôle opéré à l'occasion du toilettage de la loi organique statutaire en 2009⁴⁸. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel rappelle, comme il l'avait fait en 1999, que la mise en œuvre du principe de l'emploi local dérogeant aux principes constitutionnels d'égalité devant la loi et d'égal accès aux emplois publics, garantis par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, les restrictions mises en place doivent être strictement nécessaires à la mise en œuvre de cet accord. En conséquence, le juge constitutionnel considère que

l'application des mesures de priorité à l'emploi au conjoint d'un citoyen de Nouvelle-Calédonie ou d'une personne justifiant d'une durée suffisante de résidence, à son partenaire ou à son concubin, qui n'aurait pas la qualité de citoyen de Nouvelle-Calédonie ou ne remplirait pas la condition de durée suffisante de résidence en Nouvelle-Calédonie, n'a pas de fondement dans l'accord de Nouméa et ne constitue pas une mesure nécessaire à sa mise en œuvre,

concluant ainsi à l'inconstitutionnalité d'une telle disposition.

Par ces jurisprudences, le Conseil constitutionnel s'emploie à faire respecter à la fois la discrimination positive établie par la Constitution en faveur de la population locale et le principe d'égalité en fixant les limites au traitement différencié.

Pourtant, malgré cette censure récente, le projet de loi présenté au Conseil d'État pour avis contenait les dispositions en faveur des conjoints dans une rédaction très proche de celle

⁴⁸ Décision n° 2009-587 DC du 30 juillet 2009, rec. p. 152.

invalidée par le Conseil constitutionnel l'année précédente. Constatant l'inconstitutionnalité, le Conseil d'État avait logiquement demandé la suppression de telles dispositions étendant le bénéfice des mesures d'accès privilégié à l'emploi local aux conjoints des citoyens et des personnes remplissant la condition de résidence.

Néanmoins, ces dispositions ont été maintenues dans le projet de loi, en violation délibérée de la décision du Conseil constitutionnel⁴⁹.

Au surplus, lors de la seconde lecture du texte, préalable indispensable à une éventuelle saisine du Conseil, les élus indépendantistes ont obtenu qu'un degré de priorité soit établi entre les citoyens d'une part, et les personnes justifiant d'une certaine durée de résidence d'autre part. Il s'agit là encore d'une disposition discutable au regard de la réserve d'interprétation émise par le Conseil en 1999.

Cet exemple pose la question de l'intangibilité du contenu de l'accord de Nouméa. Le Conseil constitutionnel peut-il faire évoluer son interprétation de l'accord de Nouméa, notamment lorsqu'une telle évolution aurait pour conséquence de réduire les dérogations constitutionnelles accordées à la Nouvelle-Calédonie. Ainsi en est-il par exemple de l'admission des conjoints de résidents ou de citoyens dans le dispositif de protection de l'emploi local. D'autant que ceci n'aurait rien de nouveau pour le Conseil constitutionnel qui accepte de faire évoluer sa jurisprudence lorsqu'il estime qu'il y a changement de circonstances de fait ou de droit⁵⁰.

2/ La mesure de la portée de l'accord de Nouméa : la loi du pays sur le domaine public maritime

La loi du pays du 11 janvier 2002 sur le domaine public maritime des provinces et de la Nouvelle-Calédonie⁵¹ constitue à n'en point douter un excellent exemple de la difficulté de concilier deux philosophies diamétralement opposées. Certaines dispositions de cette loi du pays posent en effet question au regard de leur conformité à l'accord de Nouméa et du nécessaire équilibre à trouver entre deux conceptions du droit radicalement opposées, en l'espèce dans la perception du rivage de la mer.

L'accord de Nouméa précise au dernier alinéa du point 1.4 du document d'orientation que :

les domaines de l'État et du Territoire doivent faire l'objet d'un examen dans la perspective d'attribuer ces espaces à d'autres collectivités ou à des propriétaires coutumiers ou privés, en vue de rétablir des droits ou de réaliser des aménagements d'intérêt général. La question de la zone maritime sera également examinée dans le même esprit.

Cette disposition de l'accord met en exergue la nécessité, pour réussir la construction d'une citoyenneté locale, de prendre en considération à la fois les droits individuels et de respecter le droit de chaque groupe à la différence. En effet, la mise en place d'une citoyenneté différenciée en Nouvelle-Calédonie a été rendue nécessaire par la volonté de

⁴⁹ Référence rapport rapporteur, commission, séance publique

⁵⁰ Voir par exemple la décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, Recueil, p. 179.

⁵¹ Loi du pays n° 2001-017 du 11 janvier 2002 sur le domaine public maritime de la Nouvelle-Calédonie et des provinces, *J.O.N.C.* du 18 janvier 2002, p. 240.

refuser une assimilation de toutes les composantes de la population. L'assimilationnisme ne peut en effet pas convenir à une société plurielle.

La loi du pays sur le domaine public maritime⁵² constitue un exemple de confrontation du droit domanial français et de la coutume mélanésienne⁵³ et symbolise parfaitement les difficultés rencontrées localement par le législateur. En effet, l'importance donnée à la terre dans les cultures présentes dans le Pacifique est souvent source de difficultés lorsqu'il s'agit de confronter cette donnée à la conception occidentale du droit de propriété et à la conception française de la domanialité publique. Alors qu'un « métissage » de la norme s'avérait indispensable, force est de constater que le législateur local a bien du mal à dépasser la vision conservatrice du droit français. À cet égard, il semble que les élus kanak s'autocensurent dans la formulation de propositions innovantes qui permettrait à la Nouvelle-Calédonie d'utiliser pleinement l'autonomie normative que lui confère le pouvoir d'adopter des actes de nature législative.

La loi du pays sur le domaine public maritime est symptomatique. Alors que la confrontation des visions occidentales et traditionnelles du rivage de la mer aurait pu aboutir à la mise en place de règles novatrices, la loi du pays adoptée en 2001 n'est qu'une pâle copie de la « loi littoral », amputée de ses dispositions protectrices de l'environnement, notamment s'agissant de l'endigage.

Pourtant, lors de l'examen de l'avant-projet de la loi du pays par la Commission de la législation et de la réglementation relative aux affaires coutumières du Congrès de la Nouvelle-Calédonie, le problème de l'applicabilité du droit coutumier au regard des dispositions relatives au domaine public maritime avait été clairement posé. L'objet de la réunion résidait dans la meilleure appréhension possible, par les élus, du contexte

concernant les règles de vie quotidienne des tribus du littoral, afin d'éviter d'éventuelles incompréhensions qui pourraient déboucher sur des situations délicates opposant, par exemple, des gens du clan de la mer à des personnes extérieures à la société mélanésienne⁵⁴.

On le voit, les difficultés posées par cette loi du pays illustrent parfaitement une problématique classique en Nouvelle-Calédonie : la dualité sociale exprimée par les différents acteurs politiques, représentant chacun des perceptions sociétales radicalement différentes. Lors de cette réunion, le conseiller Nidoïsh Naisseline, l'un des grands chefs coutumiers de l'île de Maré, avait fait observer que la vision océanienne, qui reconnaît la mer comme prolongement du foncier, c'est-à-dire propriété coutumière, est différente de la vision française qui considère que la mer territoriale appartient à tout le monde.

L'absence de différenciation, par le droit indigène, entre la terre et la mer constituait donc une première difficulté importante. Là où le droit français opère une différenciation entre la terre et la zone littorale⁵⁵ d'une part et la mer⁵⁶ d'autre part, la culture mélanésienne

⁵² Loi du pays n° 2001-017, *préc.*

⁵³ Un certain nombre d'informations mentionnées dans ce paragraphe sont tirées d'un document rédigé par le conseiller de la Nouvelle-Calédonie, par ailleurs Grand Chef d'un district de l'île de Maré, Nidoïsh NAISSELINÉ, intitulé « *Domaine public maritime et coutume indigène* » qu'il a bien voulu nous communiquer.

⁵⁴ Rapport n° 053 du 17 juillet 2001 de la commission de la législation et de la réglementation relative aux affaires coutumières, p. 3.

⁵⁵ La zone littorale est ici entendue comme composée du rivage, de la zone des pas géométriques, des estuaires des fleuves, des ports et installations sur le rivage.

⁵⁶ La mer est ici entendue comme les eaux intérieures, les eaux territoriales, le plateau continental et la zone économique exclusive ;

n'en fait aucune. En effet, selon la coutume, la mer fait partie du foncier et obéit aux mêmes règles d'appropriation. En conséquence, opérer une distinction entre la terre susceptible d'appropriation et la mer qui en est insusceptible n'a aucun sens pour un mélanésien. Le conseiller François Garde avait bien compris que la mer est dans la continuité de la propriété riveraine et que, pour un mélanésien, « il n'y a pas de différence fondamentale entre le cocotier sur le rivage, le poisson dans le lagon et la langouste sur le récif. Tous sont susceptibles d'être objet de droits personnels »⁵⁷.

Par ailleurs, un deuxième élément ajoutait à la confusion. Selon une jurisprudence bien établie, la domanialité publique peut être mise en échec par un droit de propriété antérieur à l'institution d'un domaine public inaliénable. En 1978, la Cour d'appel de Bordeaux a reconnu la validité d'un droit de propriété antérieur à 1566 sur des terrains considérés par l'État comme faisant partie du domaine public maritime. De plus, en Polynésie française, l'introduction d'un domaine public et la règle de l'inaliénabilité date de 1866. Les tribunaux polynésiens ont, depuis le XIX^e siècle, toujours reconnu l'existence d'un droit de propriété sur le lagon, fondé sur des droits existants avant 1866. En Nouvelle-Calédonie, la zone des cinquante pas géométriques fait partie du domaine public maritime depuis un arrêté du 19 octobre 1867, soit bien après l'installation de la population mélanésienne, qui se considérait alors déjà comme propriétaire de la zone littorale, de la mer côtière et des récifs. Par ailleurs, la propriété clanique a été reconnue en Nouvelle-Calédonie par une ordonnance du 15 octobre 1982. Néanmoins, les droits de propriété des kanaks sur le domaine public maritime actuel ne sont toujours pas entièrement reconnus⁵⁸.

Le Sénat coutumier, qui constitue en quelque sorte la deuxième chambre du Parlement calédonien, dans le cadre d'un bicamérisme partiel puisque limité à la matière coutumière, avait été saisi pour avis de l'avant-projet de loi du pays. Composé exclusivement de représentants coutumiers désignés par les autorités coutumières, le Sénat a tout d'abord considéré que la conception coutumière des espaces terrestres et maritimes du bord de mer, laquelle suppose que la mer est la continuité de la terre, n'avait pas été prise en compte par le projet de loi du pays.

Le domaine public maritime faisant partie intégrante des terres coutumières dans la perspective traditionnelle⁵⁹, l'institution coutumière a ensuite souligné la nécessité de demander à tout le moins l'avis des conseils coutumiers pour toute décision relative au domaine public maritime. Pour le Sénat coutumier, cet avis s'imposait pour toutes les opérations réalisées sur le domaine public maritime, à savoir pour la délimitation et le déclassement de la zone des pas géométriques, la constitution de servitudes, les délimitations transversales de la mer aux embouchures, les autorisations d'occupation temporaire, les transferts de gestion, les concessions d'endiguage et l'établissement de bassins aquacoles.

Dans la version finale du texte, cette demande d'avis n'a finalement été imposée que s'agissant de la délimitation transversale de la mer aux embouchures, de la détermination du tracé d'une servitude transversale de passage et de l'attribution d'indemnité suite à l'institution d'une telle servitude et des transferts de gestion de dépendances du domaine public maritime. En revanche, la saisine des conseils coutumiers d'aire n'est pas prévue pour les opérations les

⁵⁷ Propos cités par Nidoïsh NAISSÉLINE, *op. cit.*

⁵⁸ Toutefois, il est important de noter que la loi du pays sur le domaine public maritime ne concerne pas les terrains du domaine public maritime des provinces déclassées pour être attribués en jouissance aux tribus bien que la propriété de ces terrains ne leur ait pas été transférée.

⁵⁹ Et non l'inverse.

plus significatives, à savoir la délimitation et le déclassement de la zone des pas géométriques, les autorisations d'occupation temporaire, y compris celles constitutives de droits réels ou encore les concessions d'endigage.

Si la conciliation des deux conceptions diamétralement opposées de la mer paraissait difficile, il était néanmoins possible de mettre en place des mécanismes permettant la prise en compte des autorités coutumières, quelle que soit la décision à prendre concernant le domaine public maritime. Le respect de l'autre constitue un élément fondamental pour instaurer une relation de confiance entre les communautés. La loi du pays sur le domaine public maritime est à cet égard une occasion manquée de faire prévaloir le consensus sur les intérêts particuliers d'un groupe.

D'ailleurs le climat houleux qui a présidé à l'adoption de cette loi du pays, les élus du groupe politique de l'Union Calédonienne (UC) ayant quitté l'hémicycle au tout début de la discussion générale, démontre le caractère tendu de la discussion.

Dans ce contexte, l'absence de saisine du Conseil constitutionnel par les représentants de la population mélanésienne est difficilement compréhensible. Certes, l'inexpérience des élus sur une matière technique pourrait être un élément d'explication.

Au-delà du respect de l'accord de Nouméa, le Conseil d'État avait également attiré l'attention du législateur local sur la nécessité de respecter la décision du Conseil constitutionnel n° 94-346 DC du 21 juillet 1994 selon laquelle d'une part, le domaine public ne peut être durablement grevé de droits réels sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine comme aux missions de service public auquel il est affecté et d'autre part, que toute autorisation d'occupation du domaine public doit être entendue comme excluant l'autorisation d'activités qui ne seraient pas compatibles avec l'affectation du domaine public concerné. Il n'en a pas été tenu compte dans la version du projet déposé sur le bureau du Congrès. De ce point de vue, c'est l'absence de saisine par le représentant de l'État qui pose question.

D'autres lois du pays contiennent des dispositions non conformes au bloc de constitutionnalité tel qu'applicable en Nouvelle-Calédonie. Ainsi, on peut s'interroger sur le contenu de la loi du pays sur la fiscalité minière au regard du droit des peuples autochtones sur leurs ressources naturelles ou encore par rapport à la charte constitutionnelle de l'environnement. On peut encore citer la loi du pays du 7 juin 2001 relative à la cotisation des employeurs sur les salaires au titre de la formation professionnelle⁶⁰. Pour cette dernière loi du pays, le haut-commissaire avait, à la suite du Conseil d'État⁶¹, souligné plusieurs inconstitutionnalités... le lendemain de la promulgation⁶². Une telle mise en retrait de la part du représentant de l'État, qui n'est pas isolée au cas de cette loi du pays, démontre l'absence de volonté de l'État de se positionner en garant des droits et libertés fondamentaux sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie.

⁶⁰ Loi du pays n° 2001-008, *préc.*

⁶¹ Conseil d'État, section sociale, n° 365.836 du 27 février 2001, non publié.

⁶² Lettre du 8 juin 2001 adressée au Président du Congrès de la Nouvelle-Calédonie, relativement à la loi du pays n° 2001-008 du 7 juin 2001 relative à la cotisation des employeurs sur les salaires au titre de la formation professionnelle.

Cela renforce en tout état de cause la satisfaction de voir la procédure de QPC étendue aux lois du pays calédoniennes. Il apparaît en effet que l'application de la QPC à la loi du pays, en démocratisant le recours au juge constitutionnel à l'égard des dispositions des lois du pays⁶³, constitue un progrès indéniable de l'état du droit en Nouvelle-Calédonie.

Toutefois, par réalisme, il y a lieu de s'interroger sur la portée des décisions QPC en Nouvelle-Calédonie.

En effet, la non-application de la seule décision QPC impliquant une intervention du législateur local encadré dans le temps, combinée à la compétence réglementaire autonome des collectivités de la Nouvelle-Calédonie⁶⁴ dans des matières relevant en métropole du domaine législatif posent la question de l'effectivité des décisions du Conseil constitutionnel en Nouvelle-Calédonie. Ainsi, à titre d'exemple, des dispositions du Code de l'environnement français censurées par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la QPC, reprises par ailleurs dans les codes provinciaux de l'environnement, restent en vigueur en Nouvelle-Calédonie malgré leur inconstitutionnalité déclarée.

Cela montre les limites des censures constitutionnelles dans le cadre statutaire particulier de la Nouvelle-Calédonie où l'on peut rencontrer des décisions du Conseil constitutionnel non respectées, des censures non prises en compte par les collectivités mais également des violations frontales et affirmées de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

La paix civile est peut-être à ce prix. En tout état de cause, cela pose la question de la prévalence des valeurs démocratiques reconnues au niveau national dans le contexte politique spécifique et provisoire mis en place en Nouvelle-Calédonie, où plus que jamais un cadre propice à la garantie des libertés fondamentales doit être préservé.

Le cas de la Nouvelle-Calédonie pose par ailleurs la question de la relativité de la notion de liberté fondamentale et de l'uniformité des droits et libertés fondamentaux sur l'ensemble du territoire. Si la loi du pays venait progressivement à produire un métissage de la norme calédonienne pour y inscrire les valeurs kanak, quelle serait la position du Conseil si une QPC était posée sur une telle loi du pays ? Favoriserait-il la perception occidentale de ces mêmes droits fondamentaux ou aménagerait-il cette perception afin de tenir compte de la perception de la société kanak. La question reste ouverte.

Si la Nouvelle-Calédonie n'accède pas à l'indépendance dans le cadre du processus prévu dans les prochaines années, elle bénéficiera d'un statut lui octroyant une autonomie encore accrue et très probablement un domaine législatif élargi. Il y a fort à parier que le Conseil constitutionnel sera alors amené à trancher ce type de problématique.

⁶³Notons que le recours n'est pas réservé aux seuls citoyens calédoniens puisque un non citoyen de la Nouvelle-Calédonie peut voir sa situation affectée par des dispositions d'une loi du pays.

⁶⁴ Nouvelle-Calédonie et provinces.