



HAL
open science

Lois du pays, droits fondamentaux et unité de l'État

Ornella Seigneury

► **To cite this version:**

Ornella Seigneury. Lois du pays, droits fondamentaux et unité de l'État. PUAM. Carine David (dir.), 15 ans de lois du pays en Nouvelle-Calédonie. Sur les chemins de la maturité, pp.295-307, 2016, Droit d'outre-mer, 9782731410419. hal-04302758

HAL Id: hal-04302758

<https://hal.science/hal-04302758>

Submitted on 28 Nov 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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

Collection Droit d'outre-mer

**15 ANS DE LOIS DU PAYS
EN NOUVELLE-CALÉDONIE
SUR LES CHEMINS DE LA MATURITÉ**

Sous la direction de Carine DAVID

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
- 2016 -

PUAM – Presses Universitaires d’Aix-Marseille
Faculté de Droit et de Science Politique
29, Avenue Robert Schuman,
13621 Aix-en-Provence Cedex 1

puam@univ-amu.fr
<http://presses-universitaires.univ-amu.fr>

Titre : *15 ans de lois du pays en Nouvelle-Calédonie. Sur les chemins de la maturité*

© PUAM, 2016
ISBN : 978-2-7314-1008-2

Lois du pays, droits fondamentaux et unité de l'État

Ornella SEIGNEURY

*Doctorante en droit public à l'Université de la Nouvelle-Calédonie
École doctorale du Pacifique (ED - 469)
Laboratoire de Recherches Juridiques et Économiques (LARJE)*

La loi du pays procède sans nul doute de l'insertion du pluralisme juridique⁸¹⁸ dans l'État unitaire français. Or, un tel pluralisme juridique n'est pas à craindre ne serait-ce que grâce à l'extension du contrôle de constitutionnalité aux lois du pays calédoniennes⁸¹⁹. La question qui mérite néanmoins d'être soulevée est relative à l'articulation entre les lois du pays, les droits fondamentaux et l'unité de l'État à l'aune des concepts d'État plurilégislatif⁸²⁰ et d'État de droit⁸²¹.

Si nous ne pouvons présager avec certitude de ce que deviendra le droit calédonien du futur sans faire de l'astrologie incantatoire, nous pouvons néanmoins faire un bilan des quinze années d'activité de la loi du pays, comme le propose le maître de ces lieux Carine David, pour qui la loi du pays « aura le mérite de moderniser le droit public français »⁸²². En effet, un mouvement de renouveau du droit constitutionnel est en marche et se déploie, comme les saisons, de manière cyclique mais non linéaire et d'une intensité variable⁸²³. Repenser la rationalité normative, c'est donc s'interroger sur les transformations de l'État autrefois monocentrisme vers un État polycentriste

818 Il existe différentes conceptions du pluralisme juridique considéré soit comme le phénomène d'éclatement normatif ou de segmentation normative ayant pour conséquence la multiplicité des ordres juridiques (sociologie du droit), soit comme la théorie critique du positivisme juridique fondée sur le postulat que l'État n'est plus le seul producteur *légitime* du droit (anthropologie du droit, théorie(s) du droit).

819 Si le droit suit aujourd'hui une tendance à la constitutionnalisation, corrélativement la loi a perdu de son monopole de la représentation « de la volonté générale ».

820 Selon Claude Avril, dans sa thèse intitulée *L'État plurilégislatif et la République indivisible*, 2004, p. 380, il existe deux conceptions de l'État plurilégislatif : l'une « ouverte à l'expression de la diversité, [admettant] parfaitement l'existence sur une même matière d'une pluralité de législations applicables sur l'ensemble de son territoire [lui permettant] ainsi d'intégrer dans sa structure une forme de diversité tant normative qu'institutionnelle, dans la mesure, néanmoins, où les principes d'indivisibilité de la République et d'égalité, qui sont au fondement de son existence, ne s'en trouvent pas affectés [... l'autre pouvant] s'entendre comme traduisant une forme d'altération de la République indivisible dans la mesure où tant les implications de la loi plurielle que celles inhérentes à la pluralité des lois aboutissent à remettre en cause le caractère indivisible de la République », disponible à l'adresse <http://www.sudoc.fr/077603931>. Nous entendons l'État plurilégislatif au sens souple comme une mutation de l'État unitaire et non comme sa remise en cause.

821 L'État de droit se conçoit, d'une part, contre l'omnipotence du pouvoir législatif c'est-à-dire par l'affirmation de la primauté de la Constitution sur la loi et d'autre part, contre l'omnipotence du pouvoir exécutif c'est-à-dire contre la souveraineté du gouvernement et du président de la République lesquels sont également soumis au respect des normes fondamentales. Le droit est donc valorisé au détriment du politique, cf. Jacques Chevallier, *L'État de droit*, Montchrestien, 1992, p. 160.

822 Carine David, *Essai sur la loi du pays calédonienne*, L'Harmattan, 2008, p. 566.

823 Francis Delpere, « Le renouveau du droit constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, 2/2008, n° 74, p. 227-237.

c'est-à-dire que l'État, qui était le seul producteur légitime des normes juridiques, se voit dorénavant confronté à la multiplicité des centres de décisions, du « pouvoir de dire le droit »⁸²⁴.

Pour pasticher le professeur Baguenard écrivant à propos de la décentralisation, la loi du pays serait-elle une nouvelle phase d'alluvionnement de l'unité de l'État et d'une coagulation du domaine législatif et des droits fondamentaux ? Autrement dit, l'unité de l'État résiste-t-elle à la reconnaissance d'un nouveau législateur susceptible d'intervenir dans des domaines touchant aux libertés fondamentales, domaine exclusif du législateur national ? Et le cas échéant, quelles sont les garanties dont dispose l'État pour encadrer la loi du pays ? Quel est donc le domaine et les limites de la loi du pays ?

L'État unitaire français fait face à un problème complexe : trouver un équilibre entre la reconnaissance des spécificités locales et la garantie optimale de l'État de droit. Il convient donc d'étudier le domaine de la loi du pays, porteur d'aménagements de l'unité de l'État et des droits fondamentaux (I) puis son encadrement comme témoignage du maintien de l'unité de l'État et de l'uniformité de la garantie de ces droits (II).

I. Le domaine des lois du pays, porteur d'aménagements de l'unité de l'État et des droits fondamentaux

L'unité de l'État français repose sur deux piliers : l'indivisibilité de la République et l'égalité de tous les citoyens devant la loi que la Nouvelle-Calédonie est venue éroder. Face à l'introduction de la loi du pays dans le paysage constitutionnel français, le Parlement français se voit indirectement concurrencer par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie par le prisme des libertés fondamentales. Le domaine de compétences de la loi du pays touchant, en effet, un certain nombre de libertés fondamentales.

Outre les aménagements de l'indivisibilité de la République (A), l'autre risque d'atteinte aux libertés fondamentales provient du principe d'égalité, droit-vecteur d'autres libertés fondamentales, lui aussi aménagé pour la Nouvelle-Calédonie (B).

A. Les aménagements du principe d'indivisibilité de la République en Nouvelle-Calédonie

Le Professeur Patrick Dollat définit l'indivisibilité comme « la qualité de ce qui ne peut être divisé »⁸²⁵ et l'auteur de poursuivre en distinguant la notion d'uniformité, proche de la tradition jacobine, de la notion d'unité qui, elle, n'interdit pas une certaine diversité des autonomies, des particularismes locaux au sein d'un seul État⁸²⁶.

824 André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique*, tome 2, LGDJ, 2003, p.183-185 et s.

825 M. Staub, *L'indivisibilité en droit administratif*, Paris, LGDJ, 1999, p. 1049, cité par Patrick Dollat, « Le principe d'indivisibilité et la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République française : de l'État unitaire à l'État uni ? », *Revue française de droit administratif*, 2003, p. 670-677.

826 En témoignent les États espagnol et italien qui sont considérés comme des États régionaux alors que leurs constitutions consacrent également un principe d'indivisibilité de la République.

Le principe d'indivisibilité de la République est caractérisé par l'indivisibilité du territoire, l'indivisibilité du peuple et l'indivisibilité de la souveraineté. Or, en Nouvelle-Calédonie, d'une part, la notion de la *souveraineté partagée* a fait l'objet d'une controverse⁸²⁷ (1) et d'autre part, l'introduction dans le paysage constitutionnel français de la notion de « peuple kanak » est l'occasion de s'interroger sur l'indivisibilité du peuple français (2).

1. La controverse sur la notion de la souveraineté partagée

Preuve de son importance, l'indivisibilité de la République est affirmée par l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958. Pour l'historien du droit et des institutions, l'affirmation de l'indivisibilité de la République n'est pas nouvelle⁸²⁸ et même si elle s'inscrit à l'origine dans le rejet du fédéralisme, le principe a subi des atténuations face à la nécessité grandissante de tenir compte de la diversité des besoins locaux. Il existe par ailleurs des constitutions qui n'évoquent pas la souveraineté et qui sont souveraines et des constitutions qui mentionnent la souveraineté sans pour autant qu'elle ne soit effective⁸²⁹. Ainsi, la présence de l'occurrence « souveraineté » dans la Constitution ne préjuge pas de la souveraineté effective de l'État. Ce qui ne rend donc pas vaine la question de savoir si la Nouvelle-Calédonie est un territoire souverain, et plus généralement, le fait que contrairement à ce qui a été dit, la simple présence de certaines expressions dans le texte constitutionnel telles que celles de l'Accord de Nouméa, ne leur donne pas pour autant une valeur normative encore moins une valeur constitutionnelle. Il n'y a pas de lien indéfectible entre l'inscription dans le texte fondamental et sa portée constitutionnelle.

Classiquement, on distingue deux sortes de souveraineté :

- la souveraineté externe qui signifie l'indépendance d'un État vis-à-vis des autres États ;
- la souveraineté interne qui signifie l'existence d'une puissance suprême et indépendante au sein de l'État.

Or, si la souveraineté externe de l'État français n'est pas remise en cause puisqu'aucune collectivité de la République française ne possède de compétences régaliennes et ne peut intervenir dans la représentation et le rôle de l'État sur la scène internationale⁸³⁰, la souveraineté interne est quant à elle plus confuse. Cette question

827 En témoigne par exemple l'ouvrage collectif dirigé par Jean-Yves Faberon et Guy Agniel intitulé : *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, éd. *La Documentation française* en 1999 ; également, un numéro de la *Revue Politeia* consacré au « Droit constitutionnel calédonien », n° 20, 2011.

828 La Constitution du 3 septembre 1791 mentionnait déjà l'indivisibilité du royaume, proclamé dans la Convention nationale du 25 septembre 1792.

829 Michel Troper, Dominique Chagnollaud et al., *Traité international de droit constitutionnel* - Tome 2, Dalloz, 2012, p. 844.

830 Par exemple en matière de diplomatie. Étant entendu que les collectivités d'outre-mer peuvent avoir des compétences internationales encadrées par l'État en raison de leur situation géographique qui les couperait de leur voisinage mais qui ne sont en aucun cas des compétences de type diplomatique ou conventionnelle au sens strict, qui est une compétence régalienne de l'État. En ce sens, Nicolas Clinchamps, « Les collectivités d'outre-mer et la Nouvelle-Calédonie : le fédéralisme en question », *Pouvoirs*, 2005/2, n°113, p. 81 et également, l'article L. 1115-5 du Code général des collectivités territoriales : « Aucune convention de quelque nature que ce soit, ne peut être passée entre une collectivité territoriale ou un

rejoint notamment le débat doctrinal sur la notion de compétence. Léon Duguit nous offre une conception générale de la compétence comme le « pouvoir de faire certains actes »⁸³¹ ou « le pouvoir juridique de vouloir »⁸³² qui s'oppose à la théorie de Georg Jellinek⁸³³ d'après qui la compétence n'appartient qu'à l'État.

Le débat sur la notion de souveraineté partagée est d'ailleurs logiquement évacué par ceux qui n'envisagent la souveraineté que sous l'angle externe ou international. En revanche, s'agissant de la doctrine qui prend en compte l'aspect interne de la souveraineté, le débat oppose d'un côté, les tenants de la souveraineté « intouchable », inaliénable et indivisible et de l'autre, ceux pour qui la souveraineté peut être partagée. Le Professeur Yves Ménard affirme que « le partage de compétences ne saurait donc en aucun cas signifier partage de souveraineté, aussi large que soient les compétences transférées par l'État souverain à des collectivités autonomes »⁸³⁴. En ce sens, la compétence est la simple aptitude d'une autorité publique à édicter un acte alors que la souveraineté est bien plus en ce qu'elle est une qualité de posséder un pouvoir et d'en user sans conditions. Selon cette conception, même si l'État transfère des compétences à une collectivité infraétatique, il demeure le seul maître à bord. Il s'ensuit qu'un « quelconque partage de souveraineté est inconcevable dans l'ordre juridique interne »⁸³⁵. Cette conception de la souveraineté focalisée sur l'origine du pouvoir s'oppose clairement aux tenants de la théorie de la souveraineté partagée, selon lesquels le point de vue doit être déplacé au niveau du destinataire⁸³⁶. Notons que la Nouvelle-Calédonie est vouée à faire l'objet d'un référendum sur son autodétermination⁸³⁷ afin d'accéder à l'indépendance. Il ne s'agit donc pas pour l'État de maintenir la Nouvelle-Calédonie dans la France, ce qui est justement le processus de la fédération⁸³⁸ mais au contraire de lui permettre d'en sortir. De surcroît, le débat doit être soulevé en dehors de la définition bodinienne de la souveraineté⁸³⁹, qui comme

groupement et un État étranger ». De plus, sur le sujet, cf. L. Grard, « La capacité internationale des collectivités d'outre-mer », in F. Melin-Soucramanien (Dir.), *L'outre-mer français un « modèle » pour la République ?*, PUB, 2008, p. 87-111.

831 Léon Duguit, *L'État, les gouvernants et les agents*, (1903), éd. Dalloz, 2005, p. 493.

832 Léon Duguit, *ibid.*

833 Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit, Théorie juridique de l'État*, Tome II, 1913, LGDJ, 2005, p. 593.

834 Yves Brard, « Nouvelle-Calédonie et Polynésie française : les “ lois du pays ”. De la spécialité législative au partage du pouvoir législatif », *Les Petites Affiches*, n° 112, le 6 juin 2001, p. 4-16.

835 C. David, *op. cit.*, p. 381.

836 C. David, *op. cit.*

837 Entre 2014 et 2018 à l'initiative du Congrès et à défaut au terme de la période prévue par l'Accord de Nouméa, à l'initiative unilatérale de l'État français.

838 En ce sens, N. Clinchamps, « Un fédéralisme interne en Nouvelle-Calédonie ? », *Politeia*, n° 20, 2011, p. 187-196, qui remarque par ailleurs que si le terme « fédéral » a été employé dans les Accords de Matignon, il a disparu de l'Accord de Nouméa. Donc, selon cet auteur, le fédéralisme interne étant exclu et si la question du fédéralisme doit se poser, elle ne concerne que l'hypothèse d'un fédéralisme externe, à savoir l'accession de la Nouvelle-Calédonie à l'indépendance et son éventuelle association par un traité, à la France. Cela étant, à l'égal de l'Union européenne, on voit mal la France se transformer en une confédération dans les années qui viennent.

839 C'est-à-dire une conception stricte de la souveraineté comme l'impossibilité en soit d'admettre un partage de pouvoir.

le souligne Carine David, est « dépassée [...] et ne reflète plus aucune réalité »⁸⁴⁰. En effet, l'auteur nous enseigne qu'il faut adopter une approche nouvelle : « alors que la conception de la souveraineté comme attribut de la puissance suprême de l'État envisage l'origine de la souveraineté, la théorie de la souveraineté partagée considère les titulaires pouvant en exercer les attributs. La première exclut la possibilité d'un partage alors que la seconde l'admet. »⁸⁴¹

2. *L'indivisibilité du peuple français*

Le principe d'indivisibilité de la République s'entend également comme l'indivisibilité du peuple français c'est-à-dire l'interdiction d'une division du peuple ou de toute différenciation entre les citoyens français « constituant un même peuple »⁸⁴² y compris en dehors du territoire métropolitain. La question s'est néanmoins posée de savoir si le principe pouvait être aménagé pour les collectivités ultra-marines telles que la Corse et la Nouvelle-Calédonie. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de se prononcer à l'occasion de la décision rendue le 9 mai 1991 relative au statut de la Corse et dans une décision rendue le 15 mars 1999 sur l'accord de Nouméa s'agissant des notions de peuple kanak voire de « peuple calédonien ».

Dans la première décision⁸⁴³, le Conseil constitutionnel déclare dans son considérant n° 12, que la notion de peuple français a une valeur constitutionnelle et censure l'article 1^{er} de la loi litigieuse consacrant un peuple corse dans la République, distinct du peuple français. Pour écarter l'affirmation de l'existence d'un peuple corse, les Sages se sont appuyés sur un raisonnement simple : le constituant entend par « peuple » un tout indivisible. Il ne peut donc y avoir qu'un seul peuple comprenant l'ensemble des citoyens français sans distinctions de race, d'origine ou de religion. C'est pourquoi le Conseil a par la suite distingué la notion juridique de peuple⁸⁴⁴ de la notion, plus neutre, de population, qui elle signifie l'ensemble des habitants établis sur un territoire donné. En effet, le « peuple corse » est une notion politique et non juridique, au même titre que les peuples kanak et « calédonien » qui sont dépourvus d'effets normatifs.

Dans la seconde décision⁸⁴⁵, le Conseil a estimé en son considérant n° 3 que « le contrôle du Conseil constitutionnel sur la loi organique doit s'exercer non seulement au regard de la Constitution, mais également au regard des orientations définies par l'accord de Nouméa, lequel déroge à un certain nombre de règles ou principes de valeur constitutionnelle ; que, toutefois, de telles dérogations ne sauraient intervenir que dans la mesure strictement nécessaire à la mise en œuvre de l'accord ». Autrement dit, si le principe d'indivisibilité est aménagé en Nouvelle-Calédonie en

840 C. David, *op. cit.* p. 375-376.

841 C. David, *op. cit.* p. 376.

842 L. Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, Précis Dalloz, 16^e éd., 2014, p. 523.

843 Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999 - Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, Recueil, p. 51, *Journal officiel* du 21 mars 1999, p. 4234 [Non conformité partielle].

844 Bien qu'une partie de la doctrine puisse rejeter la valeur juridique de la notion de peuple et plus encore de l'unicité du peuple. En ce sens, Olivier Gohin, « L'outre-mer dans la réforme constitutionnelle de la décentralisation », *Revue française de droit administratif*, 2003, note n° 18, p. 678.

845 Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991 - Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, Recueil, p. 50 - *Journal officiel* du 14 mai 1991, p. 6350 [Non conformité partielle].

ce qu'il permet des dérogations, celles-ci ne sont conformes à la Constitution qu'au regard des *orientations de l'accord de Nouméa* et dans la mesure où la dérogation est *strictement nécessaire à sa mise en œuvre*. Ce faisant, le Conseil a étendu sa marge d'interprétation et entend opérer un contrôle de proportionnalité.

En définitive, le Conseil constitutionnel a constamment réaffirmé l'indivisibilité du peuple français sans l'adapter alors que l'autre fondement de l'unité de l'État, a quant à lui était fortement aménagé en Nouvelle-Calédonie.

B. Les aménagements du principe d'égalité en Nouvelle-Calédonie

1. La relativisation du principe d'égalité en matière de citoyenneté locale ...

À l'origine, principe de philosophie politique érigé en principe général du droit par le Conseil d'État puis reconnu comme véritable droit fondamental constitutionnel, voire « suprafondamental » - dans la mesure où il conditionne l'exercice d'autres droits et libertés fondamentaux⁸⁴⁶- le principe d'égalité en France est d'une part, un des piliers de l'État unitaire et de l'État de droit et d'autre part, un vecteur de l'exercice d'autres droits et libertés fondamentaux en Nouvelle-Calédonie. Mais, ce principe est « un droit fondamental éminemment relatif »⁸⁴⁷ à savoir en matière de citoyenneté locale et d'emploi local. En effet, il est question de s'interroger d'un côté, sur le risque de la réalisation d'une atteinte aux principes démocratiques du fait du gel du corps électoral et d'un autre côté, sur les mesures de discriminations positives en Nouvelle-Calédonie.

Le principe d'égalité est particulièrement riche d'enseignements. De la même manière que l'indivisibilité de la République, « l'égalité ne signifie pas l'uniformité »⁸⁴⁸ parce qu'il est confronté au pluralisme juridique. Diversité incarnée notamment par l'expérience calédonienne dont les lois du pays font écho en ayant la possibilité de restreindre le principe d'égalité, d'une part dans son aspect socio-économique, et d'autre part, dans son aspect politique.

La possibilité de participer à l'élection du législateur calédonien est d'une importance capitale. Dans ce cadre, la question se pose donc de savoir si les restrictions électorales opérées portent atteinte aux libertés politiques. En principe, la citoyenneté au sens jacobin est universelle et n'admet aucune division. De la même manière que le peuple est indivisible, la citoyenneté ne peut être divisée ou différenciée. Or, compte tenu de l'histoire tumultueuse du territoire et de la montée des revendications susceptibles de s'épanouir dans la violence, l'État français est face à l'impossibilité de maintenir une conception si rigide de la citoyenneté. La pluri-citoyenneté signifie en l'occurrence la reconnaissance d'une citoyenneté locale au sein de la citoyenneté

846 C'est pourquoi, on l'appelle un « droit-support », un « droit-tuteur » ou encore un « droit-vecteur » qui a fait dire à Maurice Hauriou dans son *Précis de droit administratif et de droit public général*, que « le principe d'égalité [...] a une importance particulière parce qu'il a certainement amené une à une les diverses libertés. ».

847 Louis Favoreu et autres, *Droit des libertés fondamentales*, Précis Dalloz, 4^e éd., 2007, p. 342 ; en ce sens également, Jean Gicquel, « Préférence territoriale et démocratie », in *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, J-Y. Faberon et G. Agniel (Dir.), La documentation française, Paris, 2000, p. 383.

848 Jean-Paul Pastorel, « Le principe d'égalité en outre-mer », *NCCC*, 2012, n^o 35, p. 73 et s.

nationale, qui est donc plus restreinte. En outre, il est important de souligner qu'une citoyenneté propre ne saurait se fonder sur la race, l'origine, l'ethnie ou la religion. Une citoyenneté kanak par exemple, fondée sur une différenciation ethnique serait fatalement censurée par le Conseil constitutionnel. Alors que la citoyenneté fondée sur une différenciation territoriale est admissible même si la Constitution consacre le principe du suffrage universel car la citoyenneté restreinte ne vaudra que pour les élections locales et non nationales. L'autre argument justifiant la tolérance d'une citoyenneté propre repose sur le fait que la Nouvelle-Calédonie s'achemine vers l'indépendance et qu'il ne s'agit pas d'une simple revendication d'ordre économique ou sociale comme cela a pu être le cas en Polynésie-Française, en Corse ou en Guyane⁸⁴⁹. Si aujourd'hui les circonstances historiques justifient ces dérogations, en revanche, en cas d'accession à l'indépendance, rien ne pourrait plus justifier un tel écart à la démocratie.

Par ailleurs, outre les libertés politiques, la loi du pays peut notamment poser problème au regard des libertés économique et sociale. En effet, la citoyenneté locale et les discriminations positives en matière d'emploi local sont étroitement liées en ce qu'elles, les secondes, reposent sur les conditions fixées par la première.

2. La relativisation du principe d'égalité en matière d'emploi local : les mesures de discriminations positives en Nouvelle-Calédonie

Le principe d'égalité n'interdit pas la possibilité des traitements différenciés, des mesures de discriminations positives qui ne sont d'ailleurs pas propres à la Nouvelle-Calédonie. Ainsi, les libertés fondamentales sont potentiellement touchées dans la mesure où il est possible pour le législateur calédonien de mettre en place des discriminations positives en matière d'accès à l'emploi local dans la sphère privée et dans la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie.

Le préambule de l'accord de Nouméa mentionne la nécessité de « mesures de protection de l'emploi local » justifiées en raison de « la taille de la Nouvelle-Calédonie et ses équilibres économiques et sociaux [qui] ne permettent pas d'ouvrir le marché du travail ». Dans son point 2, l'Accord ajoute que « la notion de citoyenneté... sera une référence pour la mise au point des dispositions qui seront définies pour préserver l'emploi local ». Puis, dans le point 3.1.1, il justifie ces mesures de discriminations positives par la nécessité d'« offrir des garanties particulières pour le droit à l'emploi de ses habitants. ».

Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de préciser la loi organique, par la décision rendue du 15 mars 1999, précitée. Le Conseil précise que la durée de résidence exigée ne doit pas excéder celle pour acquérir la citoyenneté. Il émet d'ailleurs deux réserves quant à ces mesures de discriminations positives. La première condition nécessite que les mesures de priorité à l'emploi soient strictement nécessaires à la mise en œuvre de l'accord de Nouméa et la seconde, qu'elles soient conformes aux orientations de l'accord de Nouméa. En ce sens, il exige de ces mesures qu'elles soient prises en considération de critères objectifs et rationnels. C'est bien la preuve de la volonté du Conseil constitutionnel de préserver la substance de l'égalité et que malgré les atténuations faites au principe d'égalité, celles-ci ne sauraient remettre en

849 Carine David, *op.cit.*

cause l'uniformité de la protection des libertés fondamentales sur l'ensemble du territoire républicain, y compris en Nouvelle-Calédonie.

Dans ce cadre, privilégier une minorité territoriale au détriment des libertés individuelles semble inconcevable. Or, si l'on se déplace du niveau national au niveau territorial, il apparaît que ce que l'on appelle à l'échelon national une minorité est en réalité le partage entre communautés d'importance équivalente et dont les clivages sociaux nécessitent un rééquilibrage qui passe nécessairement par la revitalisation de la logique du groupe au détriment de l'individualisme de chacun. En effet, que l'individualisme dans une société homogène puisse être fondé n'est pas remis en cause. Nonobstant, dans une société hétérogène et très inégalitaire, il faut changer de postulat. Pourtant, il ne s'agit pas d'emboîter le pas à une logique communautariste mais de trouver un équilibre puisqu'en effet, « le droit à la différence ne doit pas dépasser un certain seuil au-delà duquel la vie en communauté deviendrait impossible. »⁸⁵⁰

En l'occurrence, les citoyens calédoniens sont prioritaires sur les personnes remplissant une durée de résidence suffisante. On le voit, le domaine matériel de la loi du pays est suffisamment étendu pour toucher à des domaines particulièrement sensibles comme par exemple celui du droit du travail. Et seul le Conseil constitutionnel peut sanctionner une loi du pays qui méconnaît les libertés fondamentales.

Par un avis rendu le 17 novembre 2005⁸⁵¹, le Conseil d'État a considéré que les dispositions qui excluent les personnes non citoyennes et ne remplissant pas la condition de dix ans de résidence, « imposent des restrictions autres que celles strictement nécessaires à la mise en œuvre des stipulations » de l'Accord. De surcroît, comme Jean-Yves Faberon⁸⁵² le remarque, la Haute juridiction administrative est allée plus loin en proposant l'instauration de « deux concours ou examens, dotés d'un jury commun, l'un réservé aux personnes citoyennes ou résidentes de la Nouvelle-Calédonie depuis plus de 10 ans, l'autre ouvert aux personnes ne remplissant aucune de ces conditions ». Finalement, ce projet est resté lettre morte.

Une meilleure illustration en est la décision QPC du 9 décembre 2011 « Patelise » par laquelle le Conseil constitutionnel a rappelé que le principe d'égalité n'est pas absolu en ce qu'il est « qu'il était loisible au législateur, pour mettre en œuvre la liberté syndicale et le principe de participation, d'adopter des dispositions particulières applicables aux agents des administrations publiques salariés dans les conditions du droit privé s'agissant du droit d'expression des salariés, du droit syndical, des institutions représentatives du personnel et des salariés protégés ». En d'autres termes, le législateur calédonien peut adopter des lois du pays particulières pour prendre en compte les spécificités de la Nouvelle-Calédonie. En ce sens, il adopte une jurisprudence constante. Néanmoins, aux termes de son considérant n° 7, le Conseil estime que l'absence de mise en œuvre de protection des agents publics est contraire à la liberté syndicale. Autrement dit, il sanctionne une compétence négative en ce que l'absence de dispositions soustrait « ces agents des administrations publiques du bénéfice des dispositions du Code du travail de Nouvelle-Calédonie applicables

850 Carine David, *op.cit.*, p. 537.

851 Avis n° 327-237 de l'assemblée générale du 17 novembre 2005 sur le projet de loi du pays relatif au soutien et à la promotion de l'emploi local dans les fonctions publiques de la Nouvelle-Calédonie.

852 Jean-Yves Faberon et Thierry Mennesson, *Peuple premier et cohésion sociale en Nouvelle-Calédonie. Identités et rééquilibrages*, PUAM, 2012, p. 136.

aux relations collectives du travail ; que ni ces dispositions ni aucune loi du pays de Nouvelle-Calédonie n'assurent la mise en œuvre, pour ces agents, de la liberté syndicale et du principe de participation des travailleurs ; que, par suite, les dispositions contestées portent une atteinte inconstitutionnelle aux exigences précitées du Préambule de 1946 ; qu'elles doivent être déclarées contraires à la Constitution ». Le silence du législateur a donc été sanctionné parce qu'il ne prévoyait pas de garanties suffisantes aux agents publics notamment la liberté syndicale.

Ce faisant, malgré la jurisprudence constitutionnelle favorable au développement des spécificités calédoniennes, on le voit plus nettement avec cette décision, que son contrôle se « resserre » lorsqu'il s'agit du maintien de l'application du régime de l'État de droit sur le territoire calédonien.

II. L'encadrement des lois du pays, témoin du maintien de l'unité de l'État et de l'uniformité de la garantie des droits fondamentaux

La garantie des libertés fondamentales dans l'État français a subi quelques adaptations s'agissant du contrôle de constitutionnalité de la loi du pays par rapport aux lois nationales (A). Toutefois, l'État conserve le monopole du contrôle de constitutionnalité des lois du pays (B).

A. A. Le contrôle de constitutionnalité des lois du pays

Non sans humour, Karl Loewenstein nous explique avec justesse que confier au législateur local le soin de contrôler ses propres lois reviendrait à « confier à des lapins le rôle de gardien d'un jardin de carottes. »⁸⁵³. En effet, le concept de l'État de droit prend donc tout son sens dès lors que gage de son efficacité, le monopole étatique du contrôle de constitutionnalité des lois du pays est un préalable indispensable dans un État plurilégislatif. Il est indéniable que l'érosion de l'unicité de l'État par la consécration de spécificités locales a pu conduire certains auteurs à se demander si l'État de droit régnait en Nouvelle-Calédonie⁸⁵⁴. Mais, c'était une vingtaine d'années auparavant. Le législateur calédonien est d'une part, obligé de respecter le corpus de ces droits et la jurisprudence du Conseil constitutionnel et d'autre part, il lui est impossible de modifier ou d'intervenir dans l'élaboration ou l'interprétation de ces droits. Même si cette prérogative régaliennne s'exprime au détriment de l'autonomie du législateur calédonien, elle favorise néanmoins une harmonisation de la protection des droits fondamentaux et donc des valeurs de notre société sur l'ensemble du territoire de la République française.

853 Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución* (Théorie de la Constitution), Ariel, Barcelona, 1987 cité par Gerardo ETO CRUZ, « La juridiction constitutionnelle au Pérou », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1/2015, n° 46, p. 77-87.

854 Jean-Claude Douence, « État de droit et droit d'outre-mer » in Jean-Yves Faberon, *Territoires d'outre-mer et État de droit : le régime législatif de la Nouvelle-Calédonie*, Dalloz, 1994, p. 11-21.

1. Les modalités du contrôle de constitutionnalité des lois du pays

Avant la réforme du 23 juillet 2008 avec l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité en 2010, seul le contrôle de constitutionnalité des lois *a priori* existait. Or, l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité, que ce soit pour les lois nationales ou désormais pour les lois du pays, constitue une avancée considérable et « sans conteste un progrès dans l'État de droit ».

Désormais, le Conseil constitutionnel peut effectuer son contrôle soit *a priori* c'est-à-dire en amont, avant la promulgation de la loi, soit *a posteriori* c'est-à-dire en aval, après la promulgation de la loi et de son entrée en vigueur.

Pour les lois du pays, le régime juridique du contrôle de constitutionnalité *a priori* découle des articles 61 et 77 de la Constitution⁸⁵⁵. De surcroît, l'article 77 renvoie à l'accord de Nouméa⁸⁵⁶ lesquels sont, à leur tour, mis en œuvre par la loi organique du 19 mars 1999.

Le point 2.1.3 énonce « 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 » à savoir dix-huit membres sur les cinquante-quatre membres. La possibilité de dix-huit membres du Congrès de déférer une loi du pays devant le Conseil peut apparaître dans la réalité difficile à remplir. C'est précisément ce qui est arrivé dans une affaire, où le Conseil constitutionnel devait se prononcer sur une loi du pays, sans nul doute inconstitutionnelle, mais dont les conditions de recevabilité n'étaient pas remplies. En l'espèce, seules quinze signatures ont pu être réunies au lieu des dix-huit requises. Le Conseil a donc logiquement rejeté la saisine sur le fondement de l'article 104 de la loi organique et de l'Accord, alors que la loi du pays aurait certainement été censurée. La loi du pays en question faisait notamment intervenir la liberté d'entreprendre. Les domaines du droit du travail, du droit syndical ou du droit de la sécurité sociale sont pour l'instant relativement épargnés par les atteintes des lois du pays aux libertés fondamentales mais pour combien de temps ? Et si le Conseil constitutionnel est un garde-fou, encore faut-il qu'il soit saisi. Or, ce n'est pas souvent le cas.

2. La portée du contrôle de constitutionnalité des lois du pays et des décisions du Conseil constitutionnel

La doctrine a pu identifier une certaine immunité des lois du pays⁸⁵⁷ induit de l'ineffectivité du contrôle avant la promulgation liée au contexte politique calédonien. Enfin, il semble qu'au regard de certaines décisions de censure du Conseil constitutionnel, le législateur calédonien n'ayant pas réagi depuis, nous nous interrogeons

855 En effet, la Nouvelle-Calédonie faisant l'objet de dispositions constitutionnelles spécifiques, ce contrôle des lois du pays est également régi par l'article 77 de la Constitution, issu de la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998.

856 Du moins à ses orientations.

857 Carine David, « Lois du pays et QPC : vers un renforcement de l'État de droit en Nouvelle-Calédonie », *RFDC*, n° 98, 2014/2, p. 317-344.

sur l'autorité du juge constitutionnel et si elle tend à s'affaiblir au détriment de l'efficacité de la garantie des libertés fondamentales en Nouvelle-Calédonie. Si avant l'introduction de la QPC, cet état du droit était insoutenable dans un État de droit, dorénavant la procédure *a posteriori* est venue corriger ce défaut.

Le contrôle de constitutionnalité *a priori* trouve également une autre limite : celle de la dissolution de l'autorité du Conseil constitutionnel. La dissolution de l'autorité peut avoir plusieurs causes notamment dans deux situations : soit le Congrès ne réagit pas à l'injonction de modifier la loi du pays pour la rendre conforme à la Constitution, soit il réagit mais il ne respecte pas la décision. Dans ce cas, existe-t-il un moyen de faire respecter l'autorité de la chose jugée au Conseil ? Dans la décision « Patelise », le Conseil a décidé de reporter les effets de sa décision dans le temps (à savoir au 1^{er} janvier 2013) en laissant au législateur le soin de remédier à l'inconstitutionnalité de l'article Lp. 311-2 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie. Malgré ce délai d'un an environ, assez « généreux pour des dispositions simples à adopter », ni le Congrès ni le gouvernement de Nouvelle-Calédonie n'ont respecté la décision du Conseil. Par suite, dans cette même décision, la question se pose de savoir si effectivement le Congrès et le gouvernement éprouvent des difficultés à respecter la décision du juge constitutionnel ou s'il s'agit d'une « irrévérence à l'égard de la Haute juridiction ». Pour autant, cette attitude est isolée et, en général, les assemblées législatives sont vigilantes.

B. Le monopole étatique en matière de garantie des droits fondamentaux

1. La conciliation réussie du pluralisme juridique et de l'unité dans la République française

Le domaine de la loi du pays est limité puisqu'il n'est pas étendu à la garantie des libertés fondamentales. L'ancienne conception de la loi comme expression de la volonté générale avait trouvé à s'épanouir dans un contexte où le Parlement était souverain. Or, les dérives des régimes d'assemblée notamment sous la IV^e République ont conduit le Constituant à rationaliser le parlementarisme en instituant notamment un véritable contrôle de constitutionnalité des lois, au travers de l'institution du Conseil constitutionnel en 1958, faisant désormais primer la Constitution sur la loi. Le contrôle de constitutionnalité, au départ assez limité, s'est ensuite étendu au bloc de constitutionnalité par la décision « Liberté d'association » de 1971. La saisine du Conseil constitutionnel a ensuite été ouverte à soixante députés ou à soixante sénateurs par la révision de 1974 et la révision du 23 juillet 2008 a ouvert la saisine au justiciable par l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité. Même si la protection des droits et libertés fondamentales est concentré entre les mains des membres du Conseil, il s'avère que les droits irriguent, par le haut, l'ensemble de l'ordre juridique.

Le Conseil constitutionnel affirme de manière constante que si les spécificités locales peuvent justifier des dérogations aux principes républicains, la Nouvelle-Calédonie ne peut s'en affranchir par sa propre volonté tant qu'elle demeure une collectivité territoriale.

Rappelons que la loi du pays est seulement encadrée par le contrôle du Conseil constitutionnel au regard de la Constitution et non au regard de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Le Conseil constitutionnel, à la différence

des juridictions ordinaires, n'est pas compétent pour exercer un contrôle de conventionalité. La loi du pays échappe donc à tout contrôle de conventionalité puisque le juge ordinaire qui l'effectue, en l'occurrence le Conseil d'État, n'est pas compétent pour examiner la loi du pays. Néanmoins, cela n'est pas un obstacle à ce que la Cour européenne puisse se prononcer indirectement sur une loi du pays dans le cas où elle méconnaîtrait un droit fondamental. En effet, dans la mesure où un justiciable, après avoir épuisé toutes les voies de recours internes, saisisrait la Cour européenne pour faire condamner la France comme dans la décision *Py c/France*⁸⁵⁸, la loi du pays se trouverait indirectement condamnée par le juge européen au regard du droit international. L'influence de la CEDH s'exerce également indirectement sur le contrôle de constitutionnalité des lois du pays.

2. *Approche comparée de la garantie des droits fondamentaux dans les États à pluralisme législatif*

L'approche comparée nous enseigne que les garanties des libertés fondamentales ne sont pas uniquement assurées contre le législateur par la justice constitutionnelle mais également par le juge ordinaire. En ce qui concerne la loi du pays, qui est dans ce cadre, difficilement comparable à une loi d'un État fédéré, le Doyen Favoreu insiste sur la comparaison du point de vue du modèle de justice constitutionnelle car « le contrôle diffus à l'américaine permet certes d'assurer directement cette protection ; mais il n'en va pas de même à notre sens du contrôle concentré à l'euro-péenne. En effet, il est impossible qu'une dizaine ou une vingtaine de juges constitutionnels puissent faire le même travail que des milliers, voire des dizaines de milliers, de juges ordinaires ».

Lorsqu'il s'agit de concilier les libertés fondamentales aux nécessités pratiques, la Cour constitutionnelle fédérale allemande opère ce que l'on appelle le contrôle de proportionnalité, que l'on a pu observer également dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français. En réalité, cette technique juridictionnelle est courante dans les États européens, inspirée notamment de la Cour européenne des droits de l'homme. Le contrôle de proportionnalité trouve tout son sens en l'espèce puisqu'il s'agit, selon le Professeur Xavier Bioy, de « l'adéquation de la mesure à la fin poursuivie, sa nécessité, faute de mesure moins attentatoire à la liberté, le caractère minimum du sacrifice demandé » et l'auteur de poursuivre que « la proportionnalité implique ainsi que les moyens liberticides soient aptes à réaliser l'objectif d'intérêt général poursuivi, qu'ils soient nécessaires, c'est-à-dire sans équivalent (même efficacité) moins liberticides et enfin, ils doivent être réalistes au vu de ce que les destinataires de la norme peuvent supporter ». Or, si le principe de proportionnalité trouve à s'appliquer à la Nouvelle-Calédonie en raison de ce que la population peut supporter, en Allemagne, la Loi fondamentale précise que le législateur peut restreindre les libertés de manière générale, alors qu'en France seule le législateur national le peut.

858 CEDH, n° 66289/01, *Bruno Py c/France*. Par cet arrêt, la Cour de Strasbourg a tranché l'affaire du corps électoral restreint en Nouvelle-Calédonie en considérant qu'il n'y avait aucune atteinte aux droits et libertés garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

En Espagne, le Tribunal constitutionnel n'effectue le contrôle de constitutionnalité des lois qu'à titre exceptionnel. En effet, le recours d'*amparo*⁸⁵⁹, qui signifie « de protection » permet de suspendre un procès en cours afin que le Tribunal constitutionnel se prononce sur la conformité de la loi litigieuse par rapport à la norme suprême. Or, les délais sont très longs et corrélativement, les décisions assez rares. Au demeurant, plus le contrôle est concret et concentré, moins les décisions constitutionnelles sont fréquentes.

À la différence de l'État unitaire, en Allemagne, en Espagne et en Italie, la saisine de la Cour constitutionnelle pour examiner la conformité de la loi nationale par rapport à la constitution est ouverte aux entités fédérées et régionales, ce qui n'est pas le cas de la Nouvelle-Calédonie vis-à-vis de la métropole.

*

* *

Si le droit est un organisme vivant, le droit calédonien est un droit en gestation. Le juriste y voit donc une formidable opportunité de novation. Mieux, de maturation. En même temps que le droit calédonien se développe, expérimente et s'émancipe, le juriste mûrit avec lui. Celui-ci se retrouve, sans le savoir, dans la peau de ce petit prince hagard qui demande à l'aviateur perdu dans le désert, *s'il vous plaît... Dessine-moi la loi du pays* ; ce à quoi celui-là pourrait répondre : *quand le mystère est trop impressionnant, on n'ose pas désobéir*. Or, dessiner le bilan des quinze dernières années d'activité de la loi du pays calédonienne pour en saisir les principales perspectives d'évolution n'est guère chose aisée, mais néanmoins passionnante. Jean Gicquel a ainsi écrit que cette réflexion « contribue à renouveler la pensée relative à la loi et à l'État, ces passions françaises, comme on aime à le dire, au vu du prisme insulaire »⁸⁶⁰. Or, si *renouveler* signifie la modification des caractéristiques de quelque chose pour lui donner un aspect différent et nouveau, cette opération implique nécessairement l'existence d'une construction antérieure soit l'opération par laquelle on assemble des éléments pour former un tout fonctionnel. Et partant, le renouvellement de la pensée juridique s'exprime en premier lieu par la déconstruction de l'existant. En Nouvelle-Calédonie, d'aucuns ont parlé d'un droit en construction. Il est paradoxalement un droit de la déconstruction. Déconstruction des mentalités. Déconstruction des fausses idoles. Déconstruction des certitudes axiologiques, en particulier celle d'un droit meilleur, celui de l'État.

859 Équivalent espagnol de la QPC française.

860 Jean Gicquel, Préface de la thèse de Carine David, *op. cit.*, p. 12. Le sujet est d'autant plus intéressant qu'il n'intéresse pas seulement les juristes mais aussi les sociologues, les anthropologues et les ethnologues du droit tels que Norbert Rouland et Régis Lafargue.

TABLE DES MATIÈRES

39. LISTE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS p. 2

PRÉFACE p. 4

Guy AGNIEL p. 4

INTRODUCTION HISTORIQUE p. 10

De la question de la représentativité d'un « peuple citoyen » en Nouvelle-Calédonie. Retour sur l'histoire, Isabelle MERLE p. 10

Le point de vue d'un président du congrès de la Nouvelle-Calédonie, Simon LOUECKHOTE p. 28

LA LOI DU PAYS, LOI FORMELLE : UN PARLEMENTARISME EN CONSTRUCTION .p. 37

Au cœur de l'appareil législatif calédonien : la procédure d'élaboration et d'adoption de la loi du pays, un véritable travail parlementaire mené par le congrès de la Nouvelle-Calédonie, Lyvia BRIAULT p. 38

L'impulsion du conseil économique, social et environnemental de la Nouvelle-Calédonie dans le processus d'adoption des lois du pays, Christelle DENAT p. 53

La place du gouvernement calédonien dans la procédure législative, Robert BERTRAM p. 59

Le contrôle de la loi du pays, une jurisprudence entre assimilation et autonomisation, Carine DAVID p. 71

Quelles réformes du régime contentieux des « lois du pays » de la Polynésie française ?, Stéphane DIEMERT p. 80

Le nouveau Haut conseil de la Polynésie française, Hervé Raimana LALLEMANT-MOE p. 101

LA LOI DU PAYS, LOI MATÉRIELLE : UN DOMAINE MATÉRIEL EN MOUVEMENT p. 108

Bilan de 15 ans de lois du pays, Vidjaya TIROU p. 109

DES DOMAINES D'INTERVENTION PRIVILÉGIÉS p. 114

La loi fiscale du pays de Nouvelle-Calédonie au regard de la loi fiscale nationale : entre identité et spécificité, Jocelyn BÉNÉTEAU p. 114

15 ans de la loi du pays : De la naissance à l'émancipation du droit du travail calédonien !, Nadège MEYER p. 128

Relations collectives du travail et autonomie législative : des lois du pays pour quoi faire ?, Laure CHARLIER p. 142

DES DOMAINES EN SOUFFRANCE p. 159

La loi du Pays et la Coutume, Thierry XOZAME p. 159

Lois du pays en matière de santé publique : une compétence à conquérir,
Guylène NICOLAS p. 162

Loi du pays et signes identitaires en Nouvelle-Calédonie, Guy AGNIEL p. 169

**PERSPECTIVES D'ÉVOLUTION DU DOMAINE LÉGISLATIF EN
NOUVELLE-CALEDONIE** p. 180

L'avènement d'un droit civil calédonien, Sandrine SANA-CHAILLE DE NÉRÉ
p. 180

La loi du pays en droit commercial : mythe ou réalité ?,
Nancy TAGLIARINO-VIGNAL p. 189

La loi du pays fera-t-elle la « constitution civile de la Nouvelle-Calédonie » ?,
Isabelle DAURIAC p. 201

*« Les lacunes du domaine matériel de la loi du pays : l'exemple du droit de
l'environnement »,* Victor DAVID p. 221

Lois du pays, droits fondamentaux et unité de l'État, Ornella SEIGNEURY p.
233

ANNEXE p. 245

Récapitulatif des avis rendus sur les lois du pays par le conseil économique, social et
environnemental de la Nouvelle-Calédonie (CESE-NC) p. 245