

Note sur l'avis du Conseil d'État n° 407713 du 7 décembre 2023 relatif à la continuité des institutions en Nouvelle-Calédonie

Le gouvernement a interrogé le 16 novembre 2023 le Conseil d'État sur la question de savoir comment « *moderniser les règles électorales pour répondre aux exigences démocratiques élémentaires, notamment au regard des obligations conventionnelles de la France. Dans cet esprit, les évolutions démographiques et notamment celle du poids relatif de la population des trois provinces appellent-elles des évolutions de la composition du corps électoral ou du cadre électoral en vigueur ?* ». Même dissimulée derrière les bienséances, c'est la question du « dégel » du corps électoral aux arrivants français ayant 10 ans de résidence qui est ainsi posée frontalement.

L'avis du Conseil d'État est construit en deux parties contradictoires. La première, la plus orthodoxe, exige une révision de la Constitution pour ouvrir le corps électoral aux arrivants ou immigrants français. La seconde partie, plus hétérodoxe, résulte des pressions de l'exécutif pour obtenir la possibilité de modifier le corps électoral par la seule loi organique. La synthèse, plus politique que juridique, est construite par le Conseil d'État en émettant l'avis improbable qu'il faut tenter la révision constitutionnelle et qu'en cas de report indéfini de cette révision constitutionnelle, le gouvernement serait fondé à agir par la voie de la seule loi organique. Pile, le gouvernement gagne, face le gouvernement gagne.

En Kanaky-Nouvelle-Calédonie s'opposent traditionnellement les deux légitimités de la démocratie et du nombre et celle de la décolonisation. L'une est essentiellement soutenue par le droit national, l'autre surtout par le droit international. En faisant l'impasse sur la légitimité de la décolonisation, le Conseil d'État rejoint une posture politique en faveur de la seule communauté française en Nouvelle-Calédonie au détriment du peuple kanak. Ce faisant, il oublie à la fois les engagements internationaux de la France et la seule vraie question, sans laquelle il n'est pas de paix civile possible localement et qui nécessite l'esprit de nuance : comment faire peuple ici ?

1. La légitimité de la démocratie du nombre opposée à celle de la décolonisation

Il est nécessaire de rappeler que dans un pays en voie de décolonisation le droit de vote sur l'autodétermination est ouvert aux peuples coloniaux, ce qu'est le peuple kanak déjà visé par le préambule de la Constitution de 1946 dont il est le dernier représentant encore officiellement consacré en France. Dès 1983 à Nainville-Les-Roches, le peuple kanak a reconnu « *les victimes de l'histoire* » en leur permettant d'accéder à la future citoyenneté du pays indépendant en contrepartie de la reconnaissance du peuple kanak à son droit à l'autodétermination. Ces victimes de l'histoire ont été progressivement élargies à la notion de « *populations intéressées* ». Ce corps électoral n'est ainsi restreint que du point de vue de la communauté française arrivant ou immigrant en Nouvelle-Calédonie. Du point de vue du pays, ce corps électoral a représenté une offre politique très généreuse et il a été très largement ouvert, à tel point que les Kanak y sont légèrement minoritaires.

Selon le Conseil d'État, « *il résulte des informations données par le Gouvernement que la proportion des électeurs privés de droit de vote pour l'élection des assemblées de province et du congrès est passée de 7,46 % en 1999 à 19,28 % en 2023* » (cons. n° 8). Cet effet a pourtant été négocié et voulu. Le Conseil d'État oublie les nécessités internationales pourtant reconnues par l'Accord de Nouméa à son point 3.2.1. Suivant le plan d'action

adoptée pour le 20^e anniversaire de la résolution 1514 le 11 décembre 1980 (n° 35/118, point 8), l'assemblée générale de l'ONU demande aux États d'adopter « *les mesures nécessaires pour décourager ou prévenir l'afflux systématique dans les territoires sous domination coloniale d'immigrants et de colons venus de l'extérieur qui bouleverse la composition démographique de ces territoires et constitue un obstacle majeur à l'exercice véritable du droit à l'autodétermination et à l'indépendance par les habitants de ces territoires* ».

L'accord de Nouméa est un accord de décolonisation. Dans un processus de décolonisation, on arrête le peuplement français ou *a minima* on neutralise ses effets électoraux conformément au droit de l'ONU. Créer un corps électoral glissant sur une durée indéfinie, c'est rouvrir la colonie de peuplement. Il ne faut pas réfléchir longtemps pour comprendre que c'est inacceptable pour un peuple colonial dont l'identité politique s'est construite autour du combat de la décolonisation. Inacceptable veut dire qui ne sera pas accepté. Ceux qui prônent le corps glissant doivent accepter de sortir d'un double langage qui reprend trop aisément et trop souvent la logorrhée « *d'une solution négociée dans un esprit de dialogue et de confiance* » qui marquait l'accord de Nouméa (cons. 1) mais n'a alors plus de réalité.

Choisir la seule légitimité démocratique est un choix idéologique qui instrumentalise politiquement le droit au profit de la seule communauté française de Nouvelle-Calédonie et au détriment du dernier peuple colonial encore reconnu par la France. Cet avis complique singulièrement la recherche d'une solution consensuelle et d'un destin commun entre les deux peuples de la Nouvelle-Calédonie, le peuple kanak et le peuple français. Le peuple calédonien, dont la périphrase est le destin commun, ne peut émerger que du consentement à faire nation commune, pas avant. Se servir de la colonie de peuplement comme arme contre l'indépendance n'amènera que de l'amertume et de la désespérance, incompatibles avec le vivre ensemble.

2. L'obligation juridique alléguée d'ouvrir le corps électoral calédonien aux résidents français et aux natifs calédoniens

Le Conseil d'État se place exclusivement du côté des principes constitutionnels d'universalité et d'égalité du suffrage afin d'en corriger le caractère excessif résultant de l'écoulement du temps (cons. 12). Cette position en apparence modeste et débonnaire vise à faire appel au bon sens en éludant les questions difficiles.

Le corps électoral de l'article 188 de la loi organique est composé des personnes ayant voté au scrutin de 1998, c'est-à-dire ceux qui étaient présents au moment de l'accord de Matignon en 1988 ; ceux qui sont arrivés entre 1988 et 1998, inscrits sur le tableau annexe de 1998 des non-électeurs citoyens et qui bénéficient ainsi de l'accès à la citoyenneté au bout de 10 ans glissants ; les jeunes enfin qui sont les électeurs atteignant l'âge de la majorité pour la première fois après 1998 et qui ont un parent citoyen, soit parce déjà électeur soit parce qu'inscrit au tableau annexe de 1998 et justifiant de la durée de domicile de 10 ans. Ceux arrivés après l'accord de Nouméa de 1998 ne sont plus électeurs.

Le Conseil d'État interprète le corps électoral citoyen d'une manière qui n'est pas conforme au sens commun. Il entend démontrer par l'absurde que ce corps électoral a été défini pour une durée de 20 ans et qu'il est nécessaire de le modifier pour en permettre sa survie dans la durée.

Il soutient ainsi que si « *seuls les « enfants », et non les autres descendants (qui seraient les petits enfants) des électeurs inscrits sur les listes électorales en 1998 peuvent rejoindre le corps électoral pour l'élection des assemblées de province et du congrès, ce corps électoral connaîtrait à terme une attrition telle qu'il finirait par s'éteindre de façon certaine, privant ces institutions de tout corps électoral* » (cons. n° 13). Le Conseil d'État conclut « *qu'il en résulte nécessairement que les partenaires n'ont pas entendu donner à cette définition du corps électoral une application indéfinie, pas plus que le Constituant ne saurait être regardé comme ayant admis par avance, en 1998 puis en 2007, une telle aggravation des dérogations aux principes d'universalité et d'égalité du suffrage, devant aboutir à terme à la disparition du corps électoral.* » (cons. n° 13). Le Conseil d'État en tire la conclusion définitive que le législateur n'a pas voulu donner aux dispositions électorales une durée indéfinie.

Bien entendu, on ne peut que reconnaître que ni le Constituant, ni le législateur organique n'ont voulu une telle absurdité que serait un corps électoral en voie d'extinction. C'est sans doute que l'interprétation développée par le Conseil d'État est simplement fausse.

Une autre interprétation est possible. La qualité de parent visée par l'art. 188 ou l'accord de Nouméa est évolutive. Elle se transmet par génération. On est l'enfant, puis le parent d'un autre enfant. Le parent votait en 1988 ; il a transmis la citoyenneté à son enfant. Cet enfant devenu parent citoyen transmet cette même qualité à son enfant. Évidemment ce parent ne votait pas lui-même en 1988 ou ne figurait pas lui-même sur le tableau annexe de 1998, mais le lien est avéré et l'esprit de l'accord respecté. L'accord de Nouméa n'a jamais voulu retirer le droit de vote à aucun citoyen, qu'il soit kanak ou calédonien ; il ne restreint le droit de vote qu'aux immigrants français arrivés après l'accord de décolonisation. Comme cela a déjà été pratiqué dans les commissions administratives spéciales, on considérerait que la citoyenneté se transmet par le droit du sang.

Cette réflexion a pourtant été déjà menée et était déjà partiellement surmontée. Cette citoyenneté calédonienne comme la nationalité à laquelle elle conduit se transmettrait par le sang ou par le sol. Lors du 14^e Comité des Signataires du 4 février 2016, les indépendantistes ont accepté que le corps électoral citoyen puisse être ouvert aux natifs du pays, même sans parents citoyens. Il était normal que ces natifs qui votaient aux référendums puissent voter aux provinciales. Ils ont alors renoncé à faire des recours contentieux. C'est le « politiquement clos ». C'était juridiquement étrange de faire des compromis sur l'application de la loi qui se résumaient à inscrire les natifs sans parents citoyens en les acceptant implicitement par absence de recours contentieux, mais c'est conforme à la nature même des accords politiques calédoniens. C'était aussi une aubaine pour les non-indépendantistes, puisque cela permettait de régulariser nombre d'allogènes. Il s'agissait alors pour les indépendantistes de faire peuple avant les référendums à venir.

Personne n'a toutefois voulu le reconnaître clairement, car il s'agissait d'une concession sans contrepartie pour les Kanak et cette concession pour les Loyalistes aurait pu laisser paraître l'abandon de la revendication du droit de vote aux arrivants français. Comme le dit si justement l'historien calédonien Louis-José Barbançon, la Calédonie « *est le pays du non-dit* ». Le corps électoral était de fait dégelé sur 18 ans. On pouvait devenir citoyen, soit parce qu'on avait un parent citoyen, soit parce que, né au pays, on bénéficiait du droit du sol. Ce corps électoral citoyen n'était gelé conformément au droit international que pour les immigrants/arrivants français postérieurs à 1998. Cette ultime concession du FLNKS

n'a pas été reconnue à sa juste valeur par un État français et des Loyalistes jamais rassasiés. C'était pourtant l'occasion de régler définitivement et d'une manière équilibrée la question du corps électoral calédonien. L'accord politique permettait une interprétation raisonnable des textes. Le consensus pouvait être trouvé là. Il suffisait pour l'État de le solliciter.

Une interprétation compréhensive et consensuelle dans les commissions administratives spéciales alliée à la promesse pourtant tenue de ne plus faire de recours permettaient l'évolution nécessaire de la citoyenneté en attendant la nouvelle organisation politique du pays.

Au lieu de conforter les partenaires dans la voie d'un compromis politique acceptable en vidant le texte de son venin, le Conseil d'Etat, suivant en cela l'exécutif, néglige ces avancées locales dont il n'est même pas sûr que le Gouvernement l'ait informé. Il laisse le champ libre aux ultras et à la voie unilatérale : « *L'intervention du législateur organique sera, en l'absence de modification de la Constitution, nécessaire à terme, pour modifier les dispositions du régime électoral des assemblées de province et du congrès qui dérogent aux principes constitutionnels d'universalité et d'égalité du suffrage afin d'en corriger le caractère excessif résultant de l'écoulement du temps.* » (cons. n° 15). Il limite toutefois son audace en mentionnant que « *la situation n'apparaît pas aujourd'hui de nature à justifier une intervention du législateur organique pour modifier la composition du congrès et la répartition des sièges entre les provinces.* » (cons. n° 16). La loi organique se limiterait ainsi à l'ouverture du corps électoral aux résidents « *d'une certaine durée* », aux natifs et aux descendants.

Cette négation de toutes les avancées proposées par les indépendantistes aux non indépendantistes en n'écoutant que la seule communauté française procède d'un mépris institutionnel qui éloigne encore du destin commun.

3. Le risque juridique allégué à tenir les élections du pays en 2024 au corps citoyen gelé

Pour être complet en allant au-delà de l'avis du Conseil d'État, il faut répondre à l'argument mille fois répété d'une même voix par l'État français et les non indépendantistes que les élections provinciales de 2024 au corps gelé se traduiraient par un risque juridique excessif et une annulation quasi certaine. Ce n'est absolument ni la position de la Cour européenne des droits de l'homme, ni celle de la Cour de cassation.

Sur le plan juridique, il est parfaitement possible de faire les élections provinciales au corps électoral citoyen dit « gelé », sans risque juridique. La Cour de cassation l'a dit le 22 juin 2023 (Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 22 juin 2023, 23-60.092). Elle a souligné que la Cour européenne des droits de l'homme a relevé que, « *après une histoire politique et institutionnelle tourmentée, la condition de dix ans de résidence fixée par le statut du 19 mars 1999 a constitué un élément essentiel à l'apaisement du conflit meurtrier en Nouvelle-Calédonie et retenu que l'histoire et le statut de la Nouvelle-Calédonie sont tels qu'ils pouvaient être considérés comme caractérisant des nécessités locales, au sens de l'article 56 de la Convention, de nature à permettre les restrictions apportées au droit de vote de certains résidents de cette collectivité. Il doit être constaté que l'organisation des consultations sur l'autodétermination de ce territoire n'a, à ce jour, pas permis de mettre un*

terme à ces nécessités locales ». L'argument tiré de la contrariété alléguée du corps gelé avec le droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme ne tient pas.

La Cour de cassation a également rappelé que les dispositions constitutionnelles, ainsi que celles issues de la loi organique du 19 mars 1999, « *ne sont pas limitées dans le temps et sont toujours en vigueur* », nonobstant l'organisation des consultations sur l'accession à la souveraineté prévues par les articles 77 de la Constitution et 217 de la loi organique. « *Au demeurant, le point 5 du document d'orientation, relatif à l'évolution de l'organisation politique de la Nouvelle-Calédonie, prévoit, dans l'hypothèse de trois consultations négatives, que les partenaires politiques se réuniront pour examiner la situation ainsi créée et que tant que les consultations n'auront pas abouti à la nouvelle organisation politique proposée, l'organisation politique mise en place par l'accord de 1998 restera en vigueur, à son dernier stade d'évolution, sans possibilité de retour en arrière, cette irréversibilité étant constitutionnellement garantie* ». L'argument tiré de la contrariété avec le droit constitutionnel et législatif ne tient pas. Il suffit de rappeler que le droit constitutionnel est au sommet de la hiérarchie des normes, comme l'a rappelé l'arrêt Sarran du 30 octobre 1998, déjà rendu sur l'affaire calédonienne. Ainsi, tant que la règle demeurera constitutionnelle et inchangée, aucun juge ne pourra annuler les élections provinciales qui se feraient au corps électoral gelé citoyen, parce que le juge est, avant tout autre argument, soumis à la Constitution. C'est le projet de loi constitutionnelle qui va créer le problème et franchir un point de non-retour.

Qui peut sincèrement croire qu'après les trois référendums, quelque chose ait été réglé ? La première victime des trois référendums est la notion de destin commun et de peuple calédonien. Coexistent à nouveau difficilement un peuple français et un peuple kanak, pouvant effacer 35 ans de construction commune.

Qui peut sincèrement croire que l'ouverture unilatérale et indéfinie du corps électoral aux arrivants français ayant une durée de 10 années de résidence sans contrepartie pour les Kanak en termes d'accession à la pleine souveraineté peut être la base d'une négociation et, plus improbable encore, d'un futur consensus ?

Qui peut sincèrement croire que la France en engageant une réforme constitutionnelle unilatérale qui rompt la parole donnée d'irréversibilité de l'accord de Nouméa et met fin à la promesse de souveraineté n'engage pas la Nouvelle-Calédonie à sortir d'une période où l'avenir était écrit pour entrer dans un temps d'incertitudes politiques, juridiques et économiques majeures.

La Kanaky-Nouvelle-Calédonie vient de revenir à l'actualité.

Mathias CHAUCHAT
Professeur des Universités
Agrégé de droit public
Université de la Nouvelle-Calédonie
mathias.chauchat@unc.nc - <https://larje.unc.nc>