

NOUVELLE-CALÉDONIE ET POLYNÉSIE FRANÇAISE: LES "LOIS DU PAYS" DE LA SPÉCIALITÉ LÉGISLATIVE AU PARTAGE DU POUVOIR LÉGISLATIF

Yves Brard*

Hier, le principe de "spécialité législative" en vertu duquel les lois françaises ne sont pas applicables de plein droit dans les T.O.M., s'accompagnait de la dévolution à ces territoires d'un pouvoir normatif empiétant sur le domaine législatif mais demeurant un pouvoir réglementaire subordonné à la loi. Aujourd'hui, les "lois du pays" apparaissent comme la manifestation d'un véritable pouvoir législatif dévolu à des assemblées locales, soumis comme tel aux seuls contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité.

In the recent past, the principle of 'legislative specialty' limited the application of French law in France's Overseas Territories. As a result of the principle's implementation, a body of rules has been built up for the territories alongside metropolitan French legislation in areas where the territories acquired legislative powers. However, local legislation has never been accorded the same status as a French law. More recently, however, local territorial enactments have come to be regarded as the expression of a genuine legislative power which has been devolved to local territorial assemblies. At the same time, these assemblies must continue to respect underlying French constitutional principles and conventions.

I INTRODUCTION

Un changement capital a été apporté aux institutions de la Nouvelle Calédonie par la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998,¹ complétée par la loi organique du 19 mars 1999.²

* Professeur à l'Université du Maine.

Ces textes sont destinés à mettre en oeuvre l'accord de Nouméa, signé le 5 mai 1998 par les deux grandes forces politiques néo-calédoniennes, le FLNKS et le RPCR, et le Premier Ministre de la République française, puis approuvé par un référendum organisé en Nouvelle-Calédonie le 8 novembre 1998. Selon cet accord, "le partage des compétences entre l'Etat et la Nouvelle-Calédonie signifiera la souveraineté partagée. Il sera progressif". Or la "souveraineté partagée" passe par un partage du pouvoir législatif.

La Polynésie Française doit elle aussi, dans un proche avenir, franchir une nouvelle étape de son évolution institutionnelle³ qui se traduira par l'attribution d'un véritable pouvoir législatif à l'assemblée délibérante.

Il y a là une innovation constitutionnelle de première importance, le partage du pouvoir législatif touchant aux fondements mêmes de l'ordre juridique français. En effet, depuis le Code civil, la France est un pays de droit écrit où, parmi les sources du droit, la loi continue à occuper une place prééminente qualitativement en dépit du développement considérable du pouvoir réglementaire qui, sur le plan quantitatif, a supplanté le pouvoir législatif. Dans la République française indivisible (art 1^{er} de la constitution du 4 octobre 1958), le Parlement bicaméral, composé de l'Assemblée nationale et du Sénat sous la V^e République, est traditionnellement seul habilité à légiférer. C'est ce que le nouveau statut de la Nouvelle Calédonie et le projet de révision relatif à la Polynésie française remettent en cause en instituant les lois du pays qui apparaissent comme la manifestation d'un pouvoir législatif dévolu aux assemblées délibérantes de ces territoires.

Les territoires d'outre-mer bénéficiaient déjà d'un partage du "domaine" législatif, lié au principe de "spécialité législative" (I). Les lois du pays, inscrites dans le statut de la Nouvelle-Calédonie (II), vont beaucoup plus loin. Le contrôle juridictionnel auquel elles sont soumises (III) ne permet pas de leur dénier le caractère de normes législatives ni de douter d'un réel partage du pouvoir législatif.

-
- 1 Cette loi constitutionnelle a été intégrée au texte de la constitution française dont elle forme le nouveau Titre XIII: "Dispositions transitoires relatives à la Nouvelle Calédonie". Voir annexe.
 - 2 Publiée au Journal officiel de la République française, lois et décrets, du 21 mars 1999 p 4197. Le professeur Olivier Gohin a bien souligné l'ampleur du changement apporté par ces textes: "L'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie", AJDA (Actualité juridique droit administratif) juin 1999, p 502-503.
 - 3 Un projet de loi constitutionnelle a été adopté par l'Assemblée nationale le 10 juin 1999 et par le Sénat le 12 octobre 1999. Il est appelé à former le nouveau Titre XIV de la Constitution française: "Dispositions relatives à la Polynésie française". Il n'a pas encore été soumis au Parlement réuni en congrès (dernière étape de la procédure non référendaire de révision constitutionnelle).

II LA SPÉCIALITÉ LÉGISLATIVE ET LE PARTAGE DU "DOMAINE" LÉGISLATIF

Le principe de spécialité législative s'est accompagné de la dévolution aux territoires d'outre-mer d'un pouvoir normatif empiétant sur le domaine législatif mais demeurant un pouvoir subordonné. Leur participation à l'exercice de la fonction législative n'a été organisée que très timidement.

A *Le principe de spécialité législative*

En vertu de ce principe, les lois françaises ne sont pas applicables de plein droit dans les territoires d'outre-mer (TOM). Elles n'y sont applicables que si elles leur ont été expressément étendues. La spécialité législative ne se limite d'ailleurs pas aux lois stricto sensu, elle vaut pour l'ensemble des règles de droit.⁴

Ce principe a des origines anciennes qui remontent au 18^{ème} siècle, sous la monarchie française. Il a été solennellement affirmé par de nombreux textes.⁵ Le droit applicable dans les "colonies" relevait du pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat, qui faisait office de "législateur colonial", sauf dans les matières réservées au pouvoir législatif ou dans lesquelles le Parlement avait légiféré. Ainsi le droit colonial émanait en majeure partie de décrets qui édictaient des règles spéciales ou étendaient aux colonies l'application des lois métropolitaines.

Sans formuler le principe de spécialité législative, la constitution de la 5^{ème} République, dans son article 74, pose le principe selon lequel les territoires d'outre-mer ont "une organisation particulière". Or ce principe semble impliquer le maintien du régime de spécialité législative et la jurisprudence du Conseil constitutionnel l'interprète ainsi dans la mesure où elle assimile l'"organisation particulière" à la non-applicabilité de plein droit du droit métropolitain, c'est à dire à la spécialité législative.

La portée du principe de spécialité législative se trouve assez sensiblement atténuée par des exceptions. En effet certaines règles, traditionnellement qualifiées de "lois de souveraineté", sont reconnues applicables de plein droit dans les TOM, sans qu'aucune mesure d'extension expresse ne soit nécessaire. Il s'avère impossible d'en établir la liste exacte car une fâcheuse incertitude demeure en la matière. Il ressort toutefois de la

4 Pour les DOM (départements d'outre-mer: Martinique, Guadeloupe, Guyane et La Réunion) prévaut au contraire le principe d'assimilation législative posé par la constitution du 27 octobre 1946 (art 73) et repris implicitement par la constitution du 4 octobre 1958 (art 73) qui ne prévoit que des "mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière".

5 Les constitutions françaises de l'an VIII, 1814, 1830, 1848, le sénatus-consulte du 3 mai 1854, et la constitution de 1946. Voir Y Brard, "Autonomie interne et sources du droit en Polynésie française", AJDA septembre 1992, p 553.

jurisprudence qu'y figurent les lois constitutionnelles et les lois organiques, les textes régissant les juridictions suprêmes, les textes définissant le statut des agents de l'Etat, les conventions internationales (sauf celles qui excluent expressément les TOM de leur champ d'application),⁶ mais aussi les principes généraux du droit qui sont des règles non écrites.

Une disposition expresse d'applicabilité est exigée pour une loi modifiant une loi déjà déclarée applicable. La mise en œuvre du principe de spécialité soulève bien d'autres difficultés qui sont loin d'avoir été toutes résolues.⁷

En dépit des incertitudes qui l'affectant, la spécialité législative est une condition nécessaire à l'autonomie: l'autonomie implique un droit propre. Notons à cet égard que le projet de la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie soumis au Parlement contenait un article consacrant l'applicabilité du principe de spécialité législative. Or il a été supprimé, à l'initiative du Sénat, parce qu'on a considéré que l'applicabilité de ce principe résultait si clairement du nouveau statut d'autonomie de la Nouvelle-Calédonie, qui fait sortir celle-ci de la catégorie des TOM, qu'il n'était pas besoin de l'y inscrire.

Mais si la spécialité législative est une condition nécessaire à une véritable autonomie, elle n'en est pas une condition suffisante. Spécialité législative est synonyme de spécificité du droit applicable et non d'autonomie car, même si le droit applicable dans un territoire d'outre-mer est différent de celui qui est applicable dans la métropole, ce droit peut très bien émaner des autorités étatiques ou être placé sous leur contrôle étroit.

Il a fallu attendre la mise en œuvre de la loi-cadre du 23 juin 1956, dite loi "Defferre", pour que, dans une optique décentralisatrice, la spécialité législative ait enfin pour corollaire l'attribution aux assemblées territoriales d'un large pouvoir normatif.

B Un large pouvoir normatif territorial, empiétant sur le domaine législatif

Grâce à la loi-cadre de 1956, les TOM ont vu s'élargir leur domaine de compétence mais il reste limité à une liste de matières (compétence d'attribution), la compétence de droit commun revenant à l'Etat qui d'ailleurs, à partir de 1958, coupe court aux velléités d'autonomie. Le phénomène d'élargissement du domaine de compétence des TOM a repris

6 Sur ce point voir: Olivier Dugrip, "Le tribunal administratif", in "La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et droit comparé", actes du colloque de Nouméa 17-19 décembre 1999, sous la direction de MM. JY Faberon et G Agniel, p 328-329. Voir aussi: Mathias Chauchat, "Les exigences du droit international", *ibid* p 416-417.

7 Sur la portée du principe et les difficultés de mise en œuvre, voir notamment: Y Brard, *op cit.* p 555; Régis Fraisse, "La hiérarchie des normes applicables en Nouvelle-Calédonie, RFDA (Revue française de droit administratif) 2000 p 82.

et s'est accentué dans les années 70 et 80 avec de nouveaux statuts⁸ qui ont opéré un changement radical: la compétence de droit commun revient désormais à ces territoires, l'Etat ne gardant qu'une compétence d'attribution (en particulier pour tout ce qui relève des fonctions dites régaliennes: justice, maintien de l'ordre, monnaie, défense). En conséquence les autorités territoriales disposent d'un vaste pouvoir normatif qui s'étend à toutes les matières qui ne sont pas réservées à l'Etat, notamment à des matières qui appartiennent pourtant au domaine législatif en vertu de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958. C'est le cas des impôts.

Ainsi l'Etat a accepté de partager le domaine législatif avec les territoires de Polynésie française et de Nouvelle-Calédonie. Plus exactement d'ailleurs il leur a ouvert ce domaine plus largement qu'auparavant. En effet ces territoires ont toujours pu exercer un pouvoir normatif propre dans des matières qui relèvent en principe de la loi, comme les impôts. Le phénomène n'est donc pas nouveau. Il a seulement pris une nouvelle dimension.

Mais si le "domaine" législatif est partagé, le "pouvoir législatif" ne l'est pas. Il n'est pas porté atteinte au monopole reconnu au Parlement national en matière de législation. Aussi large en effet que soit le pouvoir normatif de l'assemblée du territoire, ce n'est pas un pouvoir législatif, il demeure un pouvoir réglementaire subordonné.⁹

C Mais un pouvoir subordonné à la loi

1°) Un simple pouvoir de nature réglementaire. Avant la réforme issue de la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998, jamais une assemblée territoriale n'a acquis la qualité de "législateur territorial". Jamais auparavant les normes édictées par une autorité territoriale ne se sont vu reconnaître valeur de lois. Même quand elles interviennent dans des matières législatives, elles ne sont que de simples règlements, il s'agit de simples actes administratifs. En effet le partage du "domaine" législatif n'implique pas le partage du "pouvoir" législatif.

Le domaine de la loi a été défini par la Constitution de 1958, principalement par l'article 34 qui donne une énumération de matières législatives, mais aussi par d'autres

8 Statut du 28 décembre 1976 pour la Nouvelle-Calédonie, statut du 12 juillet 1977 pour la Polynésie française, puis statuts dit "d'autonomie interne" du 6 septembre 1984 pour les deux territoires, mais la Nouvelle-Calédonie, secouée par une grave crise politique va connaître une grande instabilité institutionnelle dans un contexte de violence jusqu'aux accords de Matignon et au statut approuvé par le referendum du 6 novembre 1988.

9 En Polynésie française, le statut d'autonomie de 1996 (Loi organique et loi du 12 avril 1996: en vertu de la révision constitutionnelle du 25 juin 1992 modifiant l'article 74 de la Constitution, les statuts des TOM sont fixés par des lois organiques complétées par des lois ordinaires), novateur à d'autres égards, a peu innové sur ce point.

dispositions constitutionnelles. Dans une décision de 1965,¹⁰ le Conseil constitutionnel a jugé qu'en conférant une "organisation particulière" aux TOM, l'article 74 autorise leurs statuts à "déroger au régime législatif résultant de l'article 34 de la Constitution" et à doter leur assemblée de compétences dans des matières figurant à l'article 34. L'article 74 est donc interprété comme permettant au législateur de réduire son propre domaine de compétence, tel qu'il est défini par l'article 34, au profit de celui du pouvoir réglementaire territorial. Une matière (il s'agissait en l'occurrence de la sécurité sociale) qui appartient en principe au législateur national (le Parlement) peut ainsi se trouver transférée à une autorité territoriale.

Le juge constitutionnel a pris soin de préciser que "dans les territoires d'outre-mer dont l'assemblée territoriale a reçu pleine compétence en matière de sécurité sociale, cette matière, pouvant faire l'objet de délibérations de l'assemblée territoriale, a un caractère réglementaire". Le transfert entraîne une mutation de la matière qui en fait l'objet: elle change de nature, elle cesse alors d'être une matière législative pour se transformer en matière réglementaire. Le Conseil d'Etat a adopté la même position.¹¹

Ainsi l'autorité territoriale se voit conférer un morceau du "domaine" législatif mais ne reçoit pas pour autant un morceau du "pouvoir" législatif qui demeure l'apanage du Parlement national. Elle n'acquiert pas la qualité de législateur territorial, elle ne "légifère" pas à proprement parler dans les matières législatives qui lui sont dévolues. Les règles qu'elle édicte dans ces matières ne sont pas des lois, ce ne sont que des règlements, beaucoup plus vulnérables. Leur place dans la hiérarchie des normes est moins élevée que celle des lois et ils se trouvent, par conséquent, soumis au contrôle de légalité.

2°) Un pouvoir soumis au contrôle de légalité. Les règlements sont passibles d'un contrôle juridictionnel de légalité a posteriori provoqué par toute personne qui y a intérêt, alors que le contrôle de constitutionnalité des lois est exercé a priori par le Conseil constitutionnel qui ne peut être saisi que par certaines autorités. Il en va ainsi pour les règlements pris par des autorités territoriales, même quand il s'agit de règlements pris dans le cadre des compétences qu'elles ont reçues dans le domaine du législateur national, tel qu'il est défini par l'article 34 de la Constitution.

Saisi dans le délai de recours d'un recours pour excès de pouvoir formé par un administré contre un tel règlement territorial, le juge administratif peut donc annuler celui-

10 Décision n° 65-34 L du 2 juillet 1965, *Penant* 1966 p 347, note P Lampué; *Dalloz* 1967 p 613, note L Hamon.

11 Conseil d'Etat 7 mars 1973 *Bouche*, *Penant* 1975 p 505 note P Lampué. Dans cet arrêt le Conseil d'Etat a bien précisé que les mesures édictées par une assemblée territoriale, relatives à des matières relevant sur le territoire métropolitain du domaine de la loi, revêtent dans le territoire un caractère réglementaire.

ci pour illégalité.¹² Il en va de même quand le règlement lui est déféré par le représentant de l'Etat dans le territoire (le Haut-Commissaire de la République). En outre le juge administratif (11) et même le juge judiciaire (quand celui-ci statue comme juge pénal ou comme juge de l'impôt)¹³ peuvent, à tout moment, sans annuler un tel règlement, en constater l'illégalité si l'exception d'illégalité a été soulevée à l'occasion d'un litige porté devant eux.

Les règlements pris par des autorités territoriales dans le domaine du législateur national demeurent donc des actes administratifs ordinaires, ce qu'a d'ailleurs confirmé la jurisprudence selon laquelle ces règlements restent tenus au respect des "principes généraux du droit" qui ont été énoncés par le juge administratif suprême.¹⁴ Soumises, comme toutes les autorités administratives, aux "principes généraux du droit" dans l'exercice de leur pouvoir réglementaire, les autorités territoriales ont parfois mal senti la "tutelle" du juge administratif local. Le tribunal administratif de Nouméa et celui de Papeete, en censurant, au nom de principes supérieurs, des délibérations réglementaires de l'assemblée territoriale, ont fait figure de censeurs imposant les exigences de l'ordre juridique métropolitain au mépris de l'autonomie proclamée par les statuts et des réalités locales. Certains ont dénoncé le "jacobinisme juridictionnel". A titre d'exemple, fut très mal acceptée l'annulation, en 1989, par le tribunal administratif de Papeete¹⁵ d'une taxe sur les billets d'avion au départ de Tahiti au motif qu'elle portait atteinte à un principe de valeur constitutionnelle, la liberté d'aller et venir. Encore le juge avait-il pris soin, dans cette affaire, de souligner qu'un "principe de valeur constitutionnelle" était en cause. Il a par ailleurs fallu une loi organique¹⁶ pour valider la délibération de l'assemblée territoriale de la Polynésie française, en date du 8 décembre 1994, instituant un nouvel impôt (la contribution de solidarité territoriale), qui avait été annulée par le juge administratif.¹⁷

12 Conseil d'Etat 27 février 1970 Saïd Ali Tourqui, AJDA 1970 p 220 et chronique p 231, Penant 1971 p 215 note P Lampué.

13 Cour de cassation chambre criminelle 25 février 1971, Dalloz-Sirey 1971 p 548: articles du Code des Douanes de Nouvelle-Calédonie déclarés illégaux.

14 Conseil d'Etat 27 février 1970 Saïd Ali Tourqui, précité (principes d'égalité devant le service public et des droits de la défense); 18 février 1998 Section locale du Pacifique sud de l'Ordre des médecins, avec la note de Marc Joyau, "Libertés médicales, principes généraux du droit et Nouvelle-Calédonie", RFDA 1999 p47.

15 Jugement du 21 mars 1989, Rec. p 60.

16 Déclarée conforme à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 97-390 du 19 novembre 1997: voir note Y. Brard in Dalloz 1998 p 117.

17 Jugement du tribunal administratif de Papeete du 27 septembre 1994 et arrêt du Conseil d'Etat du 30 juin 1995 (AJDA 1995 p 688 et 751; RFDA 1995 p 1052 et 1241, notes L Favoreu et L Philip).

En définitive, le problème tient à ce que la susceptibilité des autorités territoriales, jalouses de leur autonomie, s'accommode mal d'un contrôle de légalité portant sur des textes qui s'apparentent à des lois, surtout quand il est exercé par un "petit" juge (administratif ou judiciaire), un juge "local". C'est avant tout pour ménager cette susceptibilité que le statut d'autonomie de la Polynésie française de 1996 (article 113) prévoit que le tribunal administratif de Papeete est tenu de solliciter l'avis avant dire droit du Conseil d'Etat lorsqu'un recours pour excès de pouvoir dont il est saisi présente à juger une question de répartition des compétences entre l'Etat, le territoire et les communes. La loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie contient d'ailleurs des dispositions analogues (article 205).

Mais le Conseil constitutionnel a déclaré non conformes à la constitution d'autres dispositions de la loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française qui avaient pour effet de priver de tout droit au recours devant le juge de l'excès de pouvoir la personne qui entend contester la légalité d'un acte pris en application d'une délibération de l'assemblée territoriale, plus de quatre mois après la publication de cette délibération, lorsque la question à juger porte sur la répartition des compétences entre l'Etat, le territoire et les communes.¹⁸ En censurant une "atteinte aussi substantielle" portée au "droit à un recours juridictionnel", il a rappelé avec vigueur que les actes administratifs des autorités territoriales ne sauraient échapper au contrôle de légalité. Il est ainsi clairement apparu aux gouvernants polynésiens et néo-calédoniens que leurs actes ne pourraient échapper au contrôle de légalité qu'en accédant au rang de lois.

3°) Un pouvoir à la merci du législateur. Avant la modification de l'article 74 de la Constitution par la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 (article 3), le statut d'un territoire d'outre-mer était défini par une loi ordinaire: loi du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Polynésie française, ou loi du 22 janvier 1988 portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie, par exemple, pour ne prendre que les derniers statuts antérieurs à la révision constitutionnelle de 1992. En conséquence, leur domaine de compétence était à la merci du législateur. Celui-ci pouvait très bien légiférer dans des matières que la loi portant statut avait attribuées à une autorité territoriale, et donc reprendre à tout moment par une loi ce qu'il avait donné par une loi. Ainsi le partage du domaine législatif opéré par la loi statutaire pouvait être remis en cause par le Parlement français au moyen d'une autre loi. Juridiquement rien ne s'y opposait. L'obstacle n'était que d'ordre politique.

Une garantie importante a été apportée par la révision de l'article 74 de la Constitution en 1992 puisque désormais "les statuts des territoires d'outre-mer sont fixés par des lois organiques". Or les lois organiques sont adoptées selon une procédure plus solennelle que

¹⁸ Décision n° 96-373 DC, AJDA 1996 p 371, note O Schrameck., Les Petites Affiches 14 septembre 1996 note B Mathieu et M Verpeaux, et 4 décembre 1996 note D Turpin.

les lois ordinaires, elles sont placées au dessus de celles-ci dans la hiérarchie des normes. Le domaine de compétence des autorités territoriales et notamment le partage du domaine législatif opéré à leur profit par la loi organique statutaire ne peut plus être remis en cause par une loi ordinaire. Ils sont mieux protégés qu'avant contre le pouvoir législatif. Néanmoins la protection offerte par une loi organique est moins solide que celle que peut offrir la constitution. Ce n'est qu'en obtenant que leur nouveau statut repose sur un fondement constitutionnel que la Nouvelle-Calédonie a pu et que la Polynésie française pourra voir leur pouvoir réglementaire élevé au rang de pouvoir législatif et passer du simple partage du "domaine" législatif au partage du "pouvoir" législatif, au-delà de la timide participation à l'exercice de la fonction législative qui était déjà admise mais dénuée de portée réelle.

D Une timide participation à l'exercice de la fonction législative

L'article 74 de la constitution prescrit la consultation de l'assemblée territoriale pour toute loi qui définit ou modifie "l'organisation particulière" d'un territoire d'outre-mer, la méconnaissance de cette formalité substantielle constatée par le Conseil constitutionnel étant sanctionnée par l'inapplicabilité au territoire des dispositions législatives qui auraient dû être soumises à son assemblée, et non leur invalidation, sauf si la loi concerne exclusivement les territoires d'outre-mer.¹⁹ L'article 90 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie prévoit la consultation du congrès sur les projets de loi et d'ordonnance qui introduisent, modifient ou suppriment des dispositions spécifiques à la Nouvelle-Calédonie.

Si la consultation de l'assemblée territoriale ou du congrès est obligatoire, le législateur national n'est pas tenu de suivre son avis, celui-ci n'est pas un "avis conforme" qui ferait de l'assemblée consultée le coauteur de la loi, la ferait réellement participer à l'exercice de la fonction législative. Ce n'est qu'un élément d'appréciation nécessaire mais qui ne lie pas le législateur. L'assemblée territoriale et le congrès ne disposent donc pas d'un droit de veto qui leur permettrait au moins de s'opposer à l'application d'une loi en Polynésie française ou en Nouvelle-Calédonie. Ils n'ont pas d'autre moyen d'intervenir dans l'élaboration, par le législateur national, de lois qui pourtant, par hypothèse, concernent directement ces territoires.

En outre, dans les matières qui sont de la compétence de l'Etat, ces deux assemblées peuvent émettre des vœux (article 70 de la loi organique du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française) ou adopter des résolutions (article 91 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie) tendant à modifier, compléter

¹⁹ Décision n° 80-122 DC du 22 juillet 1980.

ou abroger des dispositions législatives ou réglementaires applicables à ces territoires. Ce pouvoir de proposition ne lie évidemment pas davantage les autorités de l'Etat.

Ce n'est donc qu'en qualité d'organes consultatifs (avis) ou d'organes de proposition (vœux, résolutions) que l'assemblée de la Polynésie française et le congrès de la Nouvelle-Calédonie peuvent être associés à l'exercice de la fonction législative au niveau de l'Etat français.

Les autorités territoriales ont compris que le pouvoir réglementaire de plus en plus large qui leur a été attribué, aussi étendu que soit son champ d'application, reste très vulnérable, qu'il n'est pas et ne sera jamais en mesure de leur garantir un pouvoir normatif réellement autonome. Pour jouir d'un pouvoir normatif autonome il leur faut pouvoir exercer elles-mêmes un vrai pouvoir législatif qui leur permette de faire des lois échappant en tant que telles au contrôle de légalité exercé par les tribunaux administratifs ou judiciaires et que des lois nationales ne peuvent pas remettre en cause. Grâce aux lois du pays, la Nouvelle-Calédonie a déjà franchi cette étape capitale dans son évolution institutionnelle, la Polynésie française devrait la franchir prochainement.

III LES LOIS DU PAYS DANS LE CADRE DU STATUT DE LA NOUVELLE-CALÉDONIE

A La souveraineté partagée et le fondement constitutionnel des lois du pays

1°) La souveraineté partagée. La notion de "loi du pays" est une nouveauté marquante dans l'ordre juridique français. Elle trouve son origine dans le nouveau statut de la Nouvelle-Calédonie, de nature constitutionnelle. Issu de la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998, il fait l'objet du Titre XIII de la Constitution ("Dispositions transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie"), très bref (2 articles de quelques lignes seulement, les articles 76 et 77). Il renvoie à l'accord de Nouméa du 5 mai 1998, à une loi organique et à des lois ordinaires.

Ce statut s'inscrit dans un processus d'accession à l'indépendance, ou, plus exactement, dans un processus qui peut y conduire dans un délai de 15 à 20 ans.²⁰ En attendant de faire

20 Voir Préambule de l'accord de Nouméa (point 5): "Les signataires des accords de Matignon ont donc décidé d'arrêter ensemble une solution négociée, de nature consensuelle, pour laquelle ils appelleront ensemble les habitants de Nouvelle-Calédonie à se prononcer.

Cette solution définit pour vingt années l'organisation politique de la Nouvelle-Calédonie et les modalités de son émancipation" ... "Au terme d'une période de vingt années, le transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences régaliennes, l'accès à un statut international de pleine responsabilité et l'organisation de la citoyenneté en nationalité seront proposées au vote des populations intéressées. Leur approbation équivaldrait à la pleine souveraineté de la Nouvelle-Calédonie".

sortir la Nouvelle-Calédonie un jour peut-être de la République, il se contente pour le moment de la faire sortir de la catégorie des territoires d'outre-mer. Elle jouit désormais d'un statut qui ne relève d'aucune catégorie définie. Elle est certes indirectement qualifiée de "pays": l'accord de Nouméa fait état des "lois du pays", des "institutions du pays" et des "signes identitaires du pays". Mais la catégorie des "pays d'outre-mer" n'existe pas à ce jour en droit français. Il n'y a donc pas de référence possible à un modèle juridique préétabli.

Les idées dont s'inspire le nouveau statut ont été énoncées dans l'accord de Nouméa. Son préambule énonce notamment, en matière institutionnelle, les principes directeurs suivants: "il convient d'ouvrir une nouvelle étape, marquée par la pleine reconnaissance de l'identité kanak, préalable à la refondation d'un contrat social entre toutes les communautés qui vivent en Nouvelle-Calédonie, et par un partage de souveraineté avec la France, sur la voie de la pleine souveraineté"... "les institutions de la Nouvelle-Calédonie traduiront la nouvelle étape vers la souveraineté: certaines des délibérations du congrès du territoire auront valeur législative et un exécutif élu les préparera et les mettra en œuvre"... "Le partage des compétences entre l'Etat et la Nouvelle-Calédonie signifiera la souveraineté partagée".

Le juriste ne peut manquer de s'interroger sur le sens et la portée juridiques de l'expression "partage de souveraineté" et de la dernière phrase citée selon laquelle le "partage de compétences" traduirait un "partage de souveraineté".²¹ La souveraineté n'est-elle pas indivisible? Ne signifie-t-elle pas, sauf à en lui donner un sens nouveau dans la théorie du droit, que l'Etat, doté de la souveraineté, a la "compétence de sa compétence" et qu'ainsi il organise la répartition des compétences, notamment en transférant le cas échéant certaines de ses compétences à des collectivités autonomes? Partage de compétences ne saurait donc en aucun cas signifier partage de souveraineté, aussi large que soient les compétences transférées par l'Etat souverain à des collectivités autonomes.

Dans ces conditions, eu égard aux incertitudes et aux interrogations que soulève l'expression "souveraineté partagée" dans la mesure où elle implique un partage de la souveraineté de l'Etat qui est, pour le moins, difficilement concevable sur le plan juridique, il est tentant de n'y voir qu'une formule politique, revêtue sans doute d'une forte valeur symbolique, mais dénuée de portée juridique.²² Juridiquement cette formule ne couvre rien d'autre qu'un partage de compétences entre l'Etat et la Nouvelle-Calédonie, un

Document d'orient° (point 5 in fine): "L'Etat reconnaît la vocation de la Nouvelle-Calédonie à bénéficier, à la fin de cette période, d'une complète émancipation".

21 O Gohin n'a pas hésité à y voir un "non-sens": op cit, AJDA juin 1999, p 505.

22 Voir A Moyrand, "Théorie de la souveraineté partagée", in "La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et droit comparé", actes du colloque de Nouméa 17-19 décembre 1999, sous la direction de MM. JY Faberon et G Agniel, p 29.

transfert progressif et définitif de compétences du premier à la seconde (le caractère définitif de ces transferts de compétences est garanti par la constitution à l'article 77: juridiquement il pourrait donc être remis en cause par une révision constitutionnelle) pouvant (devant?) conduire celle-ci à terme à la "pleine souveraineté", c'est à dire à l'indépendance.

Toutefois si l'on veut donner, en droit, un sens et un contenu à ce que l'accord de Nouméa appelle, par un abus de langage, la "souveraineté partagée", on ne peut les trouver que dans l'importance des compétences transférées par l'Etat (celles qui ont déjà été transférées, notamment la possibilité reconnue à la Nouvelle-Calédonie d'exercer une certaine forme d'action internationale dans le Pacifique, et celles qui le seront), et surtout dans deux innovations majeures: l'institution d'une "citoyenneté néo-calédonienne" et la création des "lois du pays".

2°) Le fondement constitutionnel des lois du pays. A la "citoyenneté néo-calédonienne", qui repose sur une résidence continue en Nouvelle-Calédonie de dix ans au moins, s'attachent des droits politiques et sociaux: le droit de voter aux élections locales et au scrutin d'autodétermination d'une part, et la priorité d'accès aux emplois privés et publics locaux d'autre part.²³ Cette citoyenneté met en cause des principes constitutionnels aussi fondamentaux que le suffrage universel et l'égalité devant la loi et devant l'emploi.

Pour ce qui est des lois du pays, la Constitution française, en ce qu'elle dispose que "la loi est votée par le Parlement" (art 34), ne permettait pas de conférer le pouvoir de faire des lois, fussent-elles appelées "lois du pays", à une autre autorité que le Parlement, seul détenteur du pouvoir législatif (sous réserve de l'article 11 qui prévoit des lois adoptées par référendum).

Dans ces conditions, pour donner à de telles innovations un fondement juridique qui puisse faire disparaître leur non-conformité à la Constitution, il a fallu conférer valeur constitutionnelle à l'accord de Nouméa dont elles sont issues, alors qu'il n'était en lui-même qu'un accord politique dénué de toute valeur juridique. Tel est l'objet de la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998. Et le Conseil constitutionnel a admis que la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie a pu, sans violer la Constitution, apporter des dérogations implicites à des règles ou principes de valeur constitutionnelle dès lors que ces dérogations trouvent elles-mêmes un fondement constitutionnel dans les orientations définies par l'accord de Nouméa auxquelles le nouvel article 77 de la Constitution a donné valeur constitutionnelle en y faisant expressément référence: "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

23 La "citoyenneté néo-calédonienne" est appelée à se transformer en "nationalité" à l'indépendance.

par l'accord de Nouméa, lequel déroge à un certain nombre de règles ou principes de valeur constitutionnelle".²⁴

Les dispositions de la loi organique instituant la citoyenneté néo-calédonienne et celles qui créent les lois du pays ont donc été finalement jugées conformes à la Constitution sur le fondement d'une norme constitutionnelle qui n'est autre que l'accord de Nouméa, plus particulièrement les orientations qu'il définit. Or nul ne sait ce qu'il faut entendre exactement par "orientations définies par l'accord de Nouméa". Cette incertitude est fâcheuse. Quoi qu'il en soit on doit considérer qu'en se référant à la mise en œuvre de l'accord de Nouméa en général, et non à ses seules orientations, l'article 77 nouveau de la Constitution a conféré valeur constitutionnelle à "l'ensemble des stipulations de l'accord".²⁵

Formellement la procédure de révision de la constitution a été respectée: conformément à l'article 89 de la Constitution, un projet de révision a été soumis successivement aux deux assemblées parlementaires, l'assemblée nationale et le Sénat, en juin 1998, puis aux députés et sénateurs réunis en Congrès le 6 juillet 1998. Ils ont approuvé ce texte qui se réfère expressément à l'accord de Nouméa qu'ils ont ainsi en quelque sorte ratifié et promu au rang de norme constitutionnelle, mais sans pouvoir, évidemment, en modifier un mot. Un processus qui permet de transformer le contenu d'un accord politique signé par le chef du gouvernement français et les représentants de deux partis politiques en normes constitutionnelles, d'intégrer un tel accord au bloc de constitutionnalité, sans que le pouvoir constituant puisse finalement faire autre chose qu'approuver ou rejeter en bloc les termes de l'accord soumis à son approbation, ne peut que susciter la perplexité du juriste qui a de bonnes raisons de s'interroger sur sa validité. Il lui faut néanmoins s'incliner devant la décision du Conseil constitutionnel du 15 mars 1999 (24) qui a reconnu conforme à la Constitution la plupart des dispositions de la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, notamment celles qui instituent et régissent les "lois du pays".

B Les lois du pays selon la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie

Selon l'accord de Nouméa (document d'orientation 2.1.3), "certaines délibérations du Congrès auront le caractère de loi du pays ...". La formule "loi du pays" ne figure pas dans le texte de la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998, mais on sait que celle-ci donne valeur constitutionnelle à l'accord de Nouméa et a ainsi constitutionnalisé, de manière implicite mais certaine, les lois du pays. En revanche, le projet de loi constitutionnelle relatif à la Polynésie française s'y réfère expressément.

24 Décision du Conseil constitutionnel n° 99-410 DC du 15 mars 1999: Nouvelle-Calédonie, AJDA avril 1999 p 379.

25 Voir O Gohin, op cit. AJDA juin 1999, p 504.

La loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie définit le régime juridique des lois du pays (dans le chapitre II de son titre III: articles 99 à 107). Elle en donne une définition purement matérielle puisque, selon l'article 99 alinéa 1er, "les délibérations par lesquelles le congrès adopte des dispositions sur les matières définies à l'alinéa suivant sont dénommées: lois du pays". Pas de loi du pays hors de ces matières dont certaines ne seront transférées qu'ultérieurement par l'Etat à la Nouvelle-Calédonie, le transfert devant d'ailleurs être lui-même décidé par une loi du pays dans certains cas.

Le domaine des lois du pays ne couvre pas l'ensemble des matières relevant de la compétence de la Nouvelle-Calédonie. Il ne correspond pas non plus forcément aux matières législatives énoncées par l'article 34 de la Constitution. On y retrouve bien les impôts, les principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et du droit de la sécurité sociale, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités, les principes fondamentaux concernant le régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales. Mais il est plus large à certains égards (institutions et droit coutumiers, règles relatives à l'accès au travail des étrangers...), et plus étroit à d'autres égards (par exemple l'enseignement n'y figure pas alors que l'article 34 de la constitution place les principes fondamentaux de l'enseignement dans le domaine législatif).

Le congrès de la Nouvelle-Calédonie ne légifère donc que dans certaines des matières relevant de sa compétence. Les règles qu'il adopte hors du domaine des lois du pays sont de simples règlements, soumis en tant qu'actes administratifs réglementaires, au contrôle de légalité exercé par les juges (voir supra I, C, 2°). Il y a là une différence fondamentale avec le Parlement de la République: les textes normatifs que celui-ci adopte ont valeur de loi même s'ils sortent du domaine législatif défini par l'article 34.

Sur le plan de la procédure d'élaboration organisée par la loi organique (LO), la ressemblance des lois du pays avec la procédure prévue par la Constitution pour les lois de la République est assez frappante. Elle est d'ailleurs soulignée par l'emploi fréquent des mêmes mots.

L'initiative appartient concurremment au gouvernement, sous forme de projets de loi du pays, et aux membres du congrès, sous forme de propositions de loi du pays (art 73 et 100 LO). Le gouvernement doit soumettre les projets de lois au Conseil d'Etat pour avis avant leur adoption (art 100 LO): il en va de même, en vertu de l'article 39 de la Constitution pour les projets de loi de la République. Mais la consultation préalable du Conseil d'Etat est obligatoire aussi pour les propositions de loi du pays (elle incombe alors au président du congrès: art 100 al.2 LO), ce qui n'est pas le cas pour les propositions de loi de la République. Cette consultation permet au Conseil d'Etat de donner, en qualité d'organe consultatif, sur tous les textes pouvant devenir des lois du pays, une appréciation juridique qu'il ne peut pas donner en qualité d'organe juridictionnel (voir infra III). Il est

d'ailleurs intéressant de relever que le projet de loi organique prévoyait la consultation du tribunal administratif de Nouméa. Plus gratifiante pour les autorités néo-calédoniennes, celle du Conseil d'Etat n'en constitue pas moins la manifestation d'une sorte de contrôle étatique préventif à caractère juridique sur les lois du pays.

La procédure d'élaboration des lois de la République se retrouve encore en ce que chaque projet ou proposition de loi du pays doit faire l'objet, avant discussion, d'un rapport établi par un membre du congrès (art 102 LO), ou en ce qu'une deuxième délibération de la loi peut être demandée (par certaines autorités: art 103 LO). Enfin, avant d'être publiée, la loi du pays doit être promulguée (par le Haut-commissaire: art 106 LO).

Ainsi les lois du pays sont élaborées selon une procédure inspirée à bien des égards de celle que la constitution a organisée pour les lois de la République.²⁶ Si l'on ajoute que la loi organique leur reconnaît "force de loi" (art 107 LO), faut-il en conclure qu'elles sont de même nature? On ne saurait répondre à cette question sans avoir préalablement analysé le contrôle que le juge peut exercer sur les lois du pays.

IV LE CONTRÔLE DES LOIS DU PAYS PAR LE JUGE

A Problématique

"N'étant plus un territoire d'outre-mer, la Nouvelle-Calédonie est une collectivité territoriale d'outre-mer à statut spécifique en vertu du Titre XIII de la Constitution. Pour autant, elle demeure une collectivité territoriale de la République, au sens de l'article 72 de la Constitution, et les actes pris par ses différentes autorités restent des actes administratifs, soumis au contrôle du juge de la légalité", rappelle le Professeur Dugrip.²⁷ Tel est du moins le principe. Or la création des lois du pays tend justement à y apporter une exception. Elle répond en effet à "la volonté de l'assemblée territoriale ... d'échapper exceptionnellement au contrôle de légalité par une autorité de l'Etat, serait-elle juridictionnelle, en tant que la proximité, la facilité et donc la fréquence d'un tel contrôle par le tribunal administratif manifesterait par trop la situation de dépendance de toute collectivité territoriale infra-étatique envers les contraintes nombreuses et sévères imposées par le respect de l'Etat de droit et résultant de la prééminence du droit de l'Etat", pour reprendre les termes du Professeur Gohin²⁸ (voir supra I, C, 2°).

26 Une particularité mérite toutefois d'être relevée: les lois du pays sont adoptées par le congrès à la majorité des membres qui le composent (art 101 LO). Cette condition de majorité qualifiée est destinée à en renforcer l'autorité politique.

27 Op cit p 326.

28 Op cit AJDA juin 1999, p 509.

Manifestation de la souveraineté de l'Etat (non partageable!), le contrôle juridictionnel, monopolisé par l'Etat souverain, doit donc concilier les exigences de l'Etat de droit et du droit de l'Etat avec celles de l'autonomie reconnue à la collectivité territoriale infra-étatique lorsqu'il s'exerce sur des règles édictées par un pouvoir normatif censé être autonome. Or le respect de l'Etat de droit et la prééminence du droit de l'Etat peuvent être garantis sans recourir au contrôle de légalité tel qu'il est mis en œuvre par le juge ordinaire, que ce soit le juge administratif ou le juge judiciaire.

C'est pourquoi, tout en étant soustraites au contrôle de légalité auquel sont soumis les actes administratifs, les lois du pays restent soumises à un contrôle juridictionnel, condition du "respect de l'Etat de droit" ainsi que de la "prééminence du droit de l'Etat", mais ce contrôle est exercé par le Conseil constitutionnel.

B Le contrôle du Conseil constitutionnel (objet, modalités, normes de référence)

Aux termes de l'accord de Nouméa (document d'orientation 2.1.3), "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..." La loi constitutionnelle du 20 juillet 1998 (article 77 de la Constitution) a renvoyé à la loi organique le soin de déterminer "les conditions dans lesquelles certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante pourront être soumises avant publication au contrôle du Conseil constitutionnel". Et la loi organique dispose que "la loi du pays qui a fait l'objet d'une nouvelle délibération du Congrès ... peut être déférée au Conseil constitutionnel..." (art 103 al. 3) et que les lois du pays "ne sont susceptibles d'aucun recours après leur promulgation" (art 107 al.1).

L'objet du contrôle du Conseil constitutionnel sur les lois du pays est précisé, de façon indirecte, par l'article 105 de la loi organique (alinéa 2) selon lequel "si le Conseil constitutionnel constate que la loi du pays contient une disposition contraire à la Constitution et inséparable de l'ensemble de la loi, celle-ci ne peut être promulguée". Dans la première décision qu'il a rendue sur une loi du pays - il s'agissait d'une loi instituant une taxe générale sur les services - le Conseil constitutionnel a constaté que l'auteur de la saisine critiquait "exclusivement la procédure d'adoption" de la loi puis il a décidé qu'elle avait été "adoptée selon une procédure conforme à la Constitution" et qu'il n'y avait lieu "d'examiner d'office aucune question de conformité à la Constitution".²⁹

S'il ne fait aucun doute que le Conseil constitutionnel s'est vu confier un contrôle de constitutionnalité sur les lois du pays, une première question se pose: s'agit-il du même contrôle de constitutionnalité que celui qu'il exerce sur les lois de la République?

²⁹ Décision n° 2000-1 LP du 27 janvier 2000, Loi du pays de Nouvelle-Calédonie relative à l'institution d'une taxe générale sur les services, AJDA mars 2000 p 252.

Comme ce dernier, c'est un contrôle préventif, par voie d'action, puisque le juge constitutionnel doit être saisi avant la promulgation par certaines autorités limitativement énumérées (le haut-commissaire, le gouvernement et le président ou dix-huit membres c'est à dire un tiers de l'effectif du congrès de la Nouvelle-Calédonie, le président d'une assemblée de province), et uniquement dans les dix jours suivant une deuxième délibération de la loi (cette condition a été ajoutée par l'article 104 de la loi organique). Beaucoup moins ouvert que le contrôle juridictionnel de légalité de droit commun que tous ceux qui justifient d'un intérêt pour agir peuvent déclencher a posteriori au moyen ou à l'occasion d'actions en justice, ce contrôle assure moins efficacement la garantie des droits à cet égard.

Un contrôle de constitutionnalité a posteriori par voie d'exception n'est par ailleurs pas totalement exclu puisque, pour les lois de la République, le Conseil constitutionnel accepte d'examiner la conformité à la constitution d'une loi déjà promulguée à l'occasion de l'examen d'une loi nouvelle non promulguée qui modifie la première, la complète ou affecte son domaine.³⁰ Aucune raison ne s'oppose à ce qu'il transpose cette solution aux lois du pays.

S'il s'apparente forcément beaucoup au contrôle de constitutionnalité des lois de la République, le contrôle des lois du pays par le Conseil constitutionnel se rapproche néanmoins à certains égards du contrôle juridictionnel de légalité des actes administratifs, notamment de celui qu'exerce le juge administratif saisi d'un recours pour excès de pouvoir.

La saisine est déposée au greffe du tribunal administratif (celui-ci en informe immédiatement les autres autorités titulaires du droit de saisine et celles-ci peuvent présenter des observations dans un délai de dix jours) et elle doit contenir "un exposé des moyens de droit et de fait qui la fondent" (art 104 LO), comme une requête introductive d'instance devant le juge administratif. Commentant la première décision rendue par le Conseil constitutionnel sur une loi du pays (29), le professeur Gohin souligne que "la rédaction de cette décision est nettement en la forme d'une décision du Conseil d'Etat".³¹ On peut donc s'attendre à ce que le Conseil constitutionnel adopte dans une certaine mesure, à l'égard des lois du pays dont il sera saisi, le comportement du juge de l'excès de pouvoir. Cependant un tel comportement trouvera une limite dans les normes de référence auxquelles le texte examiné est confronté.

30 Jurisprudence issue de la décision n° 187 DC du 25 janvier 1985 qui concernait d'ailleurs la Nouvelle-Calédonie.

31 AJDA mars 2000 p 258.

La première norme de référence à laquelle les lois du pays doivent être conformes est la Constitution, c'est à dire, en réalité, l'ensemble des "règles et principes de valeur constitutionnelle" invoqués par le juge constitutionnel: les articles de la Constitution, mais aussi le préambule de 1958 et toutes les normes auxquelles il renvoie, à savoir les droits de l'homme et les principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, et donc les "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" ainsi que les "principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps".

Evidemment, pour les lois du pays adoptées par le congrès de Nouvelle-Calédonie, la conformité à la Constitution s'appréciera tout particulièrement au regard des articles 76 et 77 de celle-ci et, par conséquent, au regard de l'accord de Nouméa (voir supra II, A, 2°).

Mais une autre norme de référence obligée est la loi organique du 19 mars 1999 bien qu'il s'agisse d'une norme infraconstitutionnelle puisque, comme toute loi organique, elle a été elle-même obligatoirement soumise à un contrôle de constitutionnalité en vertu de l'article 61 (alinéa 1^{er}) de la Constitution. Il n'y a pas lieu de s'étonner qu'une loi organique serve de norme de référence dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité. La jurisprudence du Conseil constitutionnel l'admet déjà pour des lois de la République comme les lois de finances (au regard de l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances). Les lois organiques, qui se situent au-dessus des lois ordinaires dans la hiérarchie des normes, sont d'ailleurs généralement rangées dans ce qu'on appelle le "bloc de constitutionnalité", sans pouvoir être hissées au rang de normes constitutionnelles en dessous desquelles elles se situent nécessairement. La loi organique du 19 mars 1999 constitue à l'évidence une norme de référence d'une importance exceptionnelle pour les lois du pays de la Nouvelle-Calédonie car c'est un texte long, détaillé, comptant plus de deux cents articles, sans lequel les articles 76 et 77 de la Constitution, très courts, et l'accord de Nouméa, qui définit des orientations, seraient dépourvus d'effet. Dans sa première décision relative à une loi du pays (29), le Conseil constitutionnel a ainsi jugé la procédure d'adoption conforme à la Constitution après avoir minutieusement vérifié qu'elle respectait bien toutes les prescriptions procédurales de la loi organique du 19 mars 1999.

En tant que juge de la constitutionnalité des lois du pays, le Conseil constitutionnel veillera à ce que le congrès de la Nouvelle-Calédonie s'en tienne strictement, en matière de lois du pays, aux compétences qui lui sont reconnues par l'article 99 de la loi organique. En particulier, l'Etat étant compétent dès que les "garanties des libertés publiques" sont en cause (art 21-I-1° LO), aucune loi du pays ne devra en affecter les conditions d'exercice telles qu'elles sont définies par la législation nationale, et l'on peut compter sur le juge constitutionnel pour y veiller attentivement.

Dans sa décision du 15 mars 1999 relative à la loi organique (24), il a clairement affirmé que les dérogations aux principes et règles de valeur constitutionnelle de droit commun qu'il a admises (voir supra II, A, 2°) "ne sauraient intervenir que dans la mesure strictement nécessaires à la mise en œuvre de l'accord de Nouméa". Face à deux lectures possibles de l'accord, "c'est donc la lecture la moins dérogatoire qui sera retenue", note un commentateur autorisé.³² Dans ces conditions, quand il aura à se prononcer sur la conformité à la Constitution d'une loi du pays réglementant l'accès à l'emploi en Nouvelle-Calédonie et dérogeant au principe constitutionnel d'égalité devant la loi et d'égalité sur la base de l'article 77 de la Constitution, des orientations de l'accord de Nouméa et de l'article 24 de la loi organique (voir supra II, A), il devrait censurer toute dérogation au principe outrepassant les nécessités du marché du travail local.³³

Si le contrôle du Conseil constitutionnel sur les lois du pays se limite à un contrôle de constitutionnalité, aussi spécifique et "renforcé" soit-il par rapport à celui auquel sont soumises les lois de la République, ces dernières ne figurent évidemment pas dans les normes de référence, ni d'ailleurs les "principes généraux du droit" en tant que tels. Ces principes, on le sait, servent de normes de référence dans le cadre du contrôle de légalité des actes administratifs et nous avons vu (I, C, 2°) qu'à ce titre leur respect s'impose aux autorités territoriales dans l'exercice de leur pouvoir réglementaire. Seuls ceux qui ont une

32 JE Schoettl, conseiller d'Etat, "Mise en œuvre de l'accord de Nouméa", AJDA avril 1999 p 325.

33 Accord de Nouméa, Préambule: ...La taille de la Nouvelle-Calédonie et ses équilibres économiques et sociaux ne permettent pas d'ouvrir largement le marché du travail et justifient des mesures de protection de l'emploi local ... Afin de tenir compte de l'étroitesse du marché du travail, des dispositions seront définies pour favoriser l'accès à l'emploi local des personnes durablement établies en Nouvelle-Calédonie.

Document d'orientation:

3.1.1. - ... le droit à l'emploi: la Nouvelle-Calédonie mettra en place, en liaison avec l'Etat, des mesures destinées à offrir des garanties particulières pour le droit à l'emploi de ses habitants ... Pour les salariés du secteur privé et pour la fonction publique territoriale, une réglementation locale sera définie pour privilégier l'accès à l'emploi des habitants.

Article 24 de la loi organique: "dans le but de soutenir ou de promouvoir l'emploi local, la Nouvelle-Calédonie prend au bénéfice des citoyens de la Nouvelle-Calédonie et des personnes qui justifient d'une durée suffisante de résidence des mesures visant à favoriser l'exercice d'un emploi salarié, sous réserve qu'elles ne portent pas atteinte aux avantages individuels et collectifs dont bénéficient à la date de leur publication les autres salariés.

De telles mesures sont appliquées dans les mêmes conditions à la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie et à la fonction publique communale. La Nouvelle-Calédonie peut également prendre des mesures visant à restreindre l'accession à l'exercice d'une profession libérale à des personnes qui ne justifient pas d'une durée suffisante de résidence.

La durée et les modalités de ces mesures sont définies par des lois du pays".

réplique parmi les principes de valeur constitutionnelle peuvent trouver place, comme normes de référence, dans un contrôle de constitutionnalité, mais alors en tant que principes constitutionnels reconnus par le juge constitutionnel, et non en qualité de principes généraux du droit reconnus par le juge administratif. "Certes, c'est encore beaucoup, a-t-on pu écrire,³⁴ compte tenu du nombre et de la portée de ceux qui ont reçu valeur constitutionnelle, mais c'est moins qu'auparavant et cela va incontestablement dans le sens d'un renforcement de l'autonomie locale".

Quant aux conventions internationales, le contrôle de leur respect par les lois du pays semble relever davantage du juge ordinaire que du juge constitutionnel, celui-ci opposant jusqu'ici un refus de principe à tout contrôle de conventionnalité dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité (voir le contrôle de "conventionnalité", infra C).³⁵

Une seconde question vient alors à l'esprit: à l'égard des lois du pays, le Conseil constitutionnel doit-il vraiment s'en tenir au contrôle de constitutionnalité? Son contrôle ne peut-il pas s'élargir à un contrôle de légalité? Le contrôle de légalité des actes administratifs se double bien, en effet, d'un contrôle de constitutionnalité. Pourquoi, de la même façon, le contrôle de constitutionnalité des lois du pays ne se doublerait-il pas d'un contrôle de légalité? Quand bien même un contrôle de cette nature ne serait pas formellement écarté par les textes, le débat parlementaire qui a précédé l'adoption de la loi constitutionnelle et de la loi organique montre à l'évidence qu'une interprétation aussi osée irait manifestement à l'encontre de la volonté du pouvoir constituant et du législateur, méconnaîtrait gravement l'esprit de la réforme des institutions de la Nouvelle-Calédonie. Toute tentative d'introduire un contrôle de légalité dans le contrôle des lois du pays par le juge constitutionnel s'opposerait à coup sûr à un refus catégorique de la part de celui-ci.

Ceci étant, un autre juge peut-il être amené à pratiquer un contrôle sur les lois du pays?

C Le contrôle des lois du pays par un autre juge

Incontestablement les signataires de l'accord de Nouméa, le pouvoir constituant, et le législateur ont entendu exclure tout contrôle juridictionnel des lois du pays autre que celui qui a été confié au Conseil constitutionnel. L'accord de Nouméa est très clair: "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..." (document d'orientation 2.1.3). Qu'en est-il après? La loi organique (art 107 al.1) est tout aussi claire:

³⁴ A Roux, "Le contrôle du Conseil constitutionnel", in "La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et droit comparé", actes du colloque de Nouméa 17-19 décembre 1999, sous la direction de MM. JY Faberon et G Agniel, p 345.

³⁵ Le Conseil constitutionnel n'hésite pas en revanche à pratiquer le "contrôle de conventionnalité" quand il statue en qualité de juge électoral.

"Les lois du pays ... ne sont susceptibles d'aucun recours après leur promulgation". Le recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif est donc exclu. Ainsi le seul contrôle juridictionnel dont les lois du pays peuvent faire l'objet par voie d'action est le contrôle auquel procède le juge constitutionnel s'il est saisi avant leur promulgation.

Est-ce à dire qu'après promulgation elles échappent à tout contrôle juridictionnel par voie d'exception? Les délibérations du Congrès ne reçoivent la dénomination de "lois du pays" que dans la mesure où leurs dispositions portent sur les matières définies à l'article 99 de la loi organique (art 99 al.1 - voir aussi supra II, B). "Les dispositions d'une loi du pays intervenues en dehors du domaine défini à l'article 99 ont un caractère réglementaire" (art 107 al.1 LO). Ce sont des actes administratifs, dénommés à tort lois du pays, qui ont échappé à la censure du juge constitutionnel, auquel d'ailleurs le texte appelé loi du pays n'a pas forcément été soumis. Ils ne sauraient échapper au contrôle juridictionnel de légalité. C'est pourquoi la loi organique (art 107 al. 2) a mis en place un mécanisme de "délégalisation" des dispositions litigieuses qui permet au juge ordinaire, administratif ou judiciaire, d'effectuer le contrôle de légalité qu'il est habilité à opérer sur les actes administratifs qu'il a à appliquer.³⁶

"Lorsqu'au cours d'une procédure devant une juridiction de l'ordre administratif ou de l'ordre judiciaire, la nature juridique d'une disposition d'une loi du pays fait l'objet d'une contestation sérieuse, la juridiction saisit, par un jugement qui n'est susceptible d'aucun recours, le Conseil d'Etat [et non le Conseil constitutionnel] qui statue dans les trois mois. Il est sursis à toute décision sur le fond jusqu'à ce que le Conseil d'Etat se soit prononcé sur la disposition en cause".³⁷

Dès lors qu'il a constaté que la disposition litigieuse n'appartient pas au domaine des lois du pays, son caractère réglementaire est établi et elle "pourra être critiquée devant la

36 Ce mécanisme s'inspire de celui qui est prévu par l'article 37 (al 2) de la Constitution pour les lois de la République intervenues dans les matières réglementaires.

37 Procédure régie par le décret n° 99-821 du 17 septembre 1999, article 11: "... La question est, sous réserve des dispositions ci-après, examinée conformément aux dispositions régissant la procédure devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux. Les parties, le président du congrès, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et le ministre chargé de l'outre-mer peuvent produire des observations devant le Conseil d'Etat, dans le délai d'un mois à partir de la notification du jugement, de la décision ou de l'arrêt de renvoi. Ce délai peut être réduit par décision du président de la section du contentieux ... La décision du Conseil d'Etat est notifiée aux parties, au président du congrès, au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, au haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie et au ministre chargé de l'outre-mer. Elle est adressée à la juridiction qui a saisi le Conseil d'Etat, en même temps que lui sont retournées les pièces qui avaient été transmises. La décision peut mentionner qu'elle sera publiée au Journal officiel de la République française. Le haut-commissaire assure la publication de celle-ci au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie".

juridiction administrative compétente" (décision du Conseil constitutionnel n° 99-410 DC du 15 mars 1999), mais aussi devant le juge judiciaire dans les limites de sa compétence (voir supra I, C, 2°).

Quant aux véritables lois du pays, celles qui ne sortent pas du domaine qui leur est imparti par l'article 99 de la loi organique, peuvent-elles être soumises à un contrôle juridictionnel par voie d'exception? Il est clair qu'elles échappent à tout contrôle de légalité stricto sensu, à toute subordination envers les lois de la République et les principes généraux du droit. Elles ne sauraient en revanche éviter le contrôle dit de "conventionnalité" auquel se livre le juge ordinaire, tant administratif que judiciaire aujourd'hui, à l'égard des lois de la République elles-mêmes. Il s'agit, pour le juge judiciaire et pour le juge administratif, d'apprécier la conformité d'une loi aux normes issues de conventions internationales ratifiées par la France. Ce contrôle a pris une telle ampleur, notamment au regard des conventions protectrices des droits de l'homme, qu'il permet au juge ordinaire français de suppléer largement l'interdiction qui lui est faite de procéder au contrôle de constitutionnalité, réservé au Conseil constitutionnel. En effet, comme l'a souligné un excellent auteur, l'examen de la "conventionnalité" des lois par le juge ordinaire "aboutit à contrôler leur conformité à un ensemble de normes dont la teneur est, pour l'essentiel, identique à celle des règles comprises au sein du bloc de constitutionnalité".³⁸

Ainsi, faute de pouvoir écarter l'application d'une loi du pays pour inconstitutionnalité, le juge ordinaire pourrait le faire pour incompatibilité avec une norme issue d'une convention internationale applicable en Nouvelle-Calédonie (ou en Polynésie française quand les lois du pays y auront été instituées). Or il n'est pas douteux que les mesures d'application des lois du pays qui, par exemple, mettront en œuvre la priorité d'accès aux emplois privés et publics locaux, risquent de susciter un contentieux qui posera au juge ordinaire la question de leur compatibilité avec les conventions internationales du travail, pour les emplois privés, avec le Pacte des Nations unies sur les droits civils et politiques, pour les emplois publics, ainsi qu'avec les normes communautaires. Le contrôle de conventionnalité des lois du pays pourra-t-il faire prévaloir les engagements internationaux de la France sur les lois du pays dans une telle hypothèse?

Il faut rappeler que, dans l'arrêt Sarran,³⁹ le Conseil d'Etat, pour rejeter le recours formé contre le décret qui fixait les mesures nécessaires à l'organisation du scrutin organisé

38 Denys de Béchillon, "De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution)", RFDA 1999 p 225. Voir aussi: Jean-Paul Markus, "Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'Etat", AJDA février 1999, p 99.

39 Conseil d'Etat Assemblée, 30 octobre 1998, RFDA 1998 p 1081, conclusions C Maugüe et note D Alland, RFDA 1999 p 57 notes L Dubouis, B Mathieu et M Verpeaux, O Gohin.

le 8 novembre 1998 en Nouvelle-Calédonie, a écarté le moyen tiré de ce que le décret attaqué "méconnaîtrait les stipulations d'engagements internationaux". Il a refusé de faire prévaloir ces stipulations (il s'agissait de dispositions du Pacte des Nations unies sur les droits civils et politiques ainsi que de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et du protocole additionnel n°1) sur les dispositions constitutionnelles restreignant le corps électoral appelé à participer au scrutin et mises en oeuvre par le décret attaqué. Il s'est expressément fondé sur le principe selon lequel la suprématie conférée aux engagements internationaux par l'article 55 de la Constitution "ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle".⁴⁰

Faut-il, au nom de ce principe, refuser tout contrôle de conventionnalité à l'égard des actes mettant en oeuvre une loi du pays fondée sur des dispositions constitutionnelles ou contenues dans la loi organique? C'est la question que devra trancher le juge quand il aura à régler un litige relatif à une telle mesure.

Si le juge français écarte le moyen tiré de la non compatibilité avec la norme internationale au motif que la loi du pays litigieuse est fondée sur une norme constitutionnelle ou sur la loi organique, la violation de la norme internationale pourra néanmoins, le cas échéant, être sanctionnée par le juge international. La Cour européenne des droits de l'homme pourrait ainsi être amenée à condamner l'Etat français pour violation par une loi du pays de dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de ses protocoles additionnels qui sont applicables à l'ensemble du territoire de la République, "compte tenu, en ce qui concerne l'ensemble des territoires d'outre-mer, des nécessités locales auxquelles l'article 63 fait référence".

V CONCLUSION: NATURE DES LOIS DU PAYS ET PARTAGE DU POUVOIR LÉGISLATIF

Au terme de cette analyse, qui a fait ressortir le statut législatif des lois du pays, il paraît bien difficile de ne pas donner toute sa portée à l'article 107 de la loi organique qui leur reconnaît "force de loi", ainsi qu'au Préambule de l'accord de Nouméa (point 5) selon

⁴⁰ La Cour de cassation a adopté une position analogue dans l'arrêt *Levacher* du 17 février 1999, mais sans reprendre le principe énoncé par le Conseil d'Etat.

Sur cette question voir: R Fraisse Régis Fraisse, "La hiérarchie des normes applicables en Nouvelle-Calédonie, RFDA 2000 p 82; Mathias Chauchat, "L'accord de Nouméa condamné par le droit international?", *Dalloz* 1998 chron. p 419, et "Les exigences du droit international", in "La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et droit comparé", actes du colloque de Nouméa 17-19 décembre 1999, sous la direction de MM. JY Faberon et G Agniel, p 411; O Gohin, "L'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie", *AJDA* juin 1999, p513.

lequel "certaines des délibérations du congrès du territoire auront valeur législative". Qu'on s'en inquiète ou qu'on s'en réjouisse, et même si le mot loi employé seul continue à ne désigner, en droit français, que les lois de la République, les lois du pays sont bel et bien des lois au sens de normes législatives.⁴¹ Le statut d'acte législatif n'est plus le monopole des lois de la République. Il existe aujourd'hui en France deux législateurs, le Parlement national et le Congrès de la Nouvelle-Calédonie. Il y en aura sans doute au moins un troisième, en Polynésie française.

A défaut d'un illusoire partage de souveraineté, la République française a bien opéré un partage du pouvoir législatif.

**ANNEXE: LOI CONSTITUTIONNELLE NO 98-610 DU 20 JUILLET 1998
RELATIVE À LA NOUVELLE-CALÉDONIE**

Le Congrès a adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit:

Article 1er

Le titre XIII de la Constitution est rétabli et intitulé: « Dispositions transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie. »

Article 2

Dans le titre XIII de la Constitution, il est rétabli un article 76 dans la rédaction suivante:

« Art 76. - Les populations de la Nouvelle-Calédonie sont appelées à se prononcer avant le 31 décembre 1998 sur les dispositions de l'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998 et publié le 27 mai 1998 au Journal officiel de la République française.

« Sont admises à participer au scrutin les personnes remplissant les conditions fixées à l'article 2 de la loi no 88-1028 du 9 novembre 1988.

« Les mesures nécessaires à l'organisation du scrutin sont prises par décret en Conseil d'Etat délibéré en conseil des ministres. »

Article 3

Dans le titre XIII de la Constitution, il est rétabli un article 77 dans la rédaction suivante:

« Art 77. - Après approbation de l'accord lors de la consultation prévue à l'article 76, la loi organique, prise après avis de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie,

⁴¹ Selon le Tribunal administratif de Nouméa (2 mars 2000, M. Bensimon, req. n°9900452, cité par O Gohin in "Le Conseil d'Etat et le contrôle de la constitutionnalité de la loi", RFDA 2000 p1180 note 40), la loi du pays "constitue clairement un acte législatif".

détermine, pour assurer l'évolution de la Nouvelle-Calédonie dans le respect des orientations définies par cet accord et selon les modalités nécessaires à sa mise en oeuvre:

« - les compétences de l'Etat qui seront transférées, de façon définitive, aux institutions de la Nouvelle-Calédonie, l'échelonnement et les modalités de ces transferts, ainsi que la répartition des charges résultant de ceux-ci;

« - les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la Nouvelle-Calédonie et notamment les conditions dans lesquelles certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante pourront être soumises avant publication au contrôle du Conseil constitutionnel;

« - les règles relatives à la citoyenneté, au régime électoral, à l'emploi et au statut civil coutumier;

« - les conditions et les délais dans lesquels les populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie seront amenées à se prononcer sur l'accession à la pleine souveraineté.

« Les autres mesures nécessaires à la mise en oeuvre de l'accord mentionné à l'article 76 sont définies par la loi. »

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 20 juillet 1998.

