

Mathias Chauchat

LA FRAUDE À LA SINCÉRITÉ DU CORPS ÉLECTORAL EN NOUVELLE-CALÉDONIE

La distinction du national et de l'étranger est la base de la construction des Nations et la nationalité conditionne normalement l'exercice de la citoyenneté. La citoyenneté peut être définie « comme l'octroi et l'exercice de droits politiques de vote et d'éligibilité dans le cadre d'une communauté politique¹ ». Cependant, la détention de la nationalité française est une condition qui n'est pas toujours nécessaire comme en témoignent les débats sur la citoyenneté européenne ou le droit de vote des étrangers. C'est aussi une condition non suffisante. Ainsi, tous les nationaux n'ont pas toujours les mêmes droits ; le droit de vote des femmes n'a été reconnu que tardivement ou encore celui des jeunes mineurs. Les Kanak en Nouvelle-Calédonie ont été longtemps absents de l'histoire institutionnelle. Ils ne sont devenus universellement électeurs que le 7 mai 1946. On peut également perdre sa citoyenneté par une condamnation, sans pour autant devenir apatride.

La tradition britannique est fondée sur l'idée que, pour assurer la véritable liberté des hommes contre le pouvoir qui risque toujours de devenir arbitraire, il faut respecter la diversité des appartenances et des attachements particuliers. Le citoyen à la française, héritier de l'absolutisme royal qui avait construit une relation directe entre le roi et ses sujets, est d'abord un démocrate disposant de la liberté politique par la participation à la souveraineté collective. On oppose ainsi traditionnellement le pluralisme de la tradition libérale anglaise, qui fait sa place aux ordres, aux corps, aux classes et aux groupes particuliers à la conception unitaire et totale de la citoyenneté qui s'est imposée brutalement en France par la Révolution².

L'Accord de Nouméa³, issu d'un compromis politique entre les deux grandes forces du FLNKS (Front de Libération Nationale Kanak et Socialiste) et du RPCR (Rassemblement pour la Calédonie dans la République), est à la croisée de la tradition du Pacifique, anglo-saxonne et libérale qui sait reconnaître les différences, et de la philosophie politique française. L'Accord fait la part belle à « l'identité kanak », dont la graphie invariable montre l'éloignement même des règles orthographiques les plus établies de l'Académie. On y confirme la reconnaissance d'un état-civil particulier, le « statut coutumier », distinct du statut de droit commun. Le « peuple kanak » y est explicitement reconnu dans le préambule de l'Accord dont on sait qu'il a acquis valeur constitutionnelle⁴. Cette reconnaissance

¹ Anne-Sophie MICHON-TRAVERSAC, *La citoyenneté en droit public français*, LGDJ, 2008, thèse sous la direction de Guillaume Drago, p. 36.

² Dominique SCHNAPPER *Qu'est-ce que la citoyenneté ?*, Paris, Gallimard, Folio actuel, 2000, p. 39 et suivantes.

³ Le 8 novembre 1998, avec près de 72 % de « Oui » et un taux de participation de plus de 74 %, en progression de 11 points sur le précédent référendum de 1988, la population calédonienne a été favorable à cet Accord qui entérine l'évolution à long terme vers l'autodétermination. Le « Oui » a été massif dans les deux provinces à majorité kanak indépendantiste, et solide dans le Sud (62,99 %), un résultat qui tranche avec la réserve négative de 1988.

⁴ Sur le plan juridique, la mention particulière selon laquelle l'article 77 de la Constitution stipule que la loi organique détermine « dans le respect des orientations définies par cet accord et selon les modalités nécessaires à sa mise en œuvre » les transferts de compétence, règles d'organisation,

du peuple kanak s'accompagne de celle des autres « communautés⁵ », ce qui est un point d'équilibre essentiel de l'Accord de Nouméa. Nous sommes pleinement aux antipodes de la remarque du Conseil constitutionnel sur le peuple corse⁶ :

Considérant que la France est, ainsi que le proclame l'article 2 de la Constitution de 1958, une République indivisible, laïque, démocratique et sociale qui assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens quelle que soit leur origine ; que dès lors la mention faite par le législateur du « peuple corse, composante du peuple français » est contraire à la Constitution, laquelle ne connaît que le peuple français, composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion.

Cela n'est plus vrai pour la Nouvelle-Calédonie. Il n'existe donc pas en Nouvelle-Calédonie d'impossibilité, à la différence de la France, à reconnaître juridiquement ces appartenances collectives qui peuvent être le fondement de la différenciation des droits des individus.

L'Accord de Nouméa surtout a partiellement⁷ dissocié pour la Nouvelle-Calédonie citoyenneté et nationalité⁸. Un ressortissant français qui entend s'établir aujourd'hui en Nouvelle-Calédonie n'y exercera pas la plénitude de ses droits politiques, voire même économiques et sociaux⁹, faute d'être un citoyen du pays. La citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie est aujourd'hui « une citoyenneté dans l'État, en deçà de l'État. Elle deviendra peut-être le fondement d'une autre étape pour la Nouvelle-Calédonie en dehors du droit public français¹⁰ », celle de la nationalité en application du point 5 de l'Accord de Nouméa¹¹. La citoyenneté a

citoyenneté, régime électoral ou emploi a pour effet de constitutionnaliser l'Accord dans sa lettre et dans son esprit. Il s'agit donc d'obligations constitutionnelles et pas de formules creuses. On se reportera à Mathias CHAUCHAT, *Les institutions en Nouvelle-Calédonie*, Centre de Documentation Pédagogique de la Nouvelle-Calédonie, CDPNC 2011, p. 22 (<http://www.sceren.com/cyber-librairie-cndp.aspx?l=les-institutions-en-nouvelle-caledonie&prod=476211>). En réalité, comme le souligne le constitutionnaliste Guy CARCASSONNE, « il s'agit moins de dispositions constitutionnelles particulières que d'une autre Constitution, celle de la Nouvelle-Calédonie, que notre texte de 1958, bien accueillant, abrite dans son titre XIII », in *La Constitution*, Paris, Éditions du Seuil, collection Points Essais, 2009, p. 377.

⁵ Point 4 de l'Accord de Nouméa : « Les communautés qui vivent sur le Territoire ont acquis par leur participation à l'édification de la Nouvelle-Calédonie une légitimité à y vivre et à continuer de contribuer à son développement ».

⁶ Conseil constitutionnel, décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*.

⁷ Pour être inscrit sur la liste spéciale « citoyenne », il faut néanmoins remplir la condition de nationalité française en application de l'article 4 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 sur la Nouvelle-Calédonie qui dispose : « Il est institué une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie dont bénéficient les personnes de nationalité française qui remplissent les conditions fixées à l'article 188 ».

⁸ Pour une critique de la citoyenneté calédonienne, on se reportera à Olivier GOHIN, *Commentaire des lois organiques nos 99-909 et 99-910 du 19 mars 1999 relatives à la Nouvelle-Calédonie*, AJDA, 1999, p. 500 et Anne-Marie LE POURHET, *Nouvelle-Calédonie, la nouvelle mésaventure du positivisme*, RDP, 1999, n° 4, p. 1006.

⁹ Article 24 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 sur la Nouvelle-Calédonie : « 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 ».

¹⁰ Anne-Sophie MICHON-TRAVERSAC, « Citoyenneté et souveraineté », in *Le droit constitutionnel calédonien*, sous la direction de Christophe Chabrot, Revue *Politeia*, n° 20, décembre 2011.

l'utilité essentielle, qui n'est pas toujours comprise, de fournir aux individus et aux communautés non kanak, une garantie politique d'égalité de traitement et d'inclusion dans « le destin commun¹² », périphrase d'un peuple calédonien en devenir. Elle sécurise ainsi l'avenir des populations intéressées.

L'explication d'une dérogation aussi importante aux principes du droit constitutionnel français tient à l'histoire coloniale dont la Nouvelle-Calédonie est partie intégrante. L'Accord de Nouméa rejette dans le passé le temps de la colonisation et affirme solennellement à son point 4 que « la décolonisation est le moyen de refonder un lien social durable entre les communautés qui vivent aujourd'hui en Nouvelle-Calédonie, en permettant au peuple kanak d'établir avec la France des relations nouvelles correspondant aux réalités de notre temps ». Le mouvement de décolonisation demeure ainsi un processus actuel en Océanie. La Nouvelle-Calédonie, pays non indépendant, a été réinscrite depuis 1986¹³ sur la liste des pays à décoloniser des Nations Unies et est, à ce titre, soumise aux résolutions de l'Assemblée générale, comme l'est également la Polynésie française depuis le 17 mai 2013. Cette situation de fait et de droit de la Nouvelle-Calédonie est aujourd'hui reconnue dans l'Accord de Nouméa dans son point 3.2.1¹⁴ et partant, dans le titre XIII de la Constitution de la France¹⁵.

La composition du corps électoral en Nouvelle-Calédonie est devenue la question politique centrale de la vie du pays. Les crispations sont d'autant plus fortes qu'on se rapproche des échéances référendaires. Ce qui est en cause, pour les uns, est leur appartenance symbolique à la Nouvelle-Calédonie, et pour les autres, la fin du peuplement extérieur de la Nouvelle-Calédonie, seule « colonie de peuplement¹⁶ » de la France avec l'Algérie, dans le strict respect des Accords de Matignon et de Nouméa, accords de décolonisation.

L'Accord de Nouméa distingue deux corps électoraux différents, le corps électoral des consultations sur l'accession à la pleine souveraineté, qui relève de l'article 218 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, et le corps électoral des élections au Congrès et aux assemblées de province, issu de l'article 188 de cette même loi organique. Ceux qui ne votent pas à ces consultations sont « les résidents ». Ils forment le « tableau annexe ». Ils peuvent s'exprimer par le vote aux élections présidentielles, législatives, européennes, aux référendums nationaux ainsi qu'aux municipales, dans la mesure où le Congrès ne vote pas aux communes un statut propre¹⁷. Suivant la logique indépendantiste, Français et non citoyens, ils

¹¹ « 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 ».

¹² Point 4 de l'Accord de Nouméa : « Il est aujourd'hui nécessaire de poser les bases d'une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie, permettant au peuple d'origine de constituer avec les hommes et les femmes qui y vivent une communauté humaine affirmant son destin commun ».

¹³ La Nouvelle-Calédonie a été réinscrite sur la liste des territoires non autonomes par la résolution n° 41/41 A du 2 décembre 1986 de l'Assemblée générale des Nations Unies. L'Assemblée générale de l'ONU a également adopté, le 17 mai 2013, une résolution n° A/67/L.56/Rev. 1 qui place la Polynésie française sur la liste des territoires à décoloniser.

¹⁴ Point 3.2.1 de l'Accord de Nouméa : « Le cheminement vers l'émancipation sera porté à la connaissance de l'ONU ». Pour la première fois en Nouvelle-Calédonie, le Comité spécial de la décolonisation auprès des Nations Unies, dénommé Comité des 24, a tenu son Séminaire régional annuel pour le Pacifique, durant trois jours, à Nouméa les 18, 19 et 20 mai 2010. C'est également une première dans l'histoire de l'Outre-mer français.

¹⁵ Dans le vocabulaire des Nations Unies, la France est dénommée « *the Administering Power* », la puissance administrante.

¹⁶ L'expression est encore utilisée par Pierre Messmer, alors Premier ministre, dans une lettre adressée le 19 juillet 1972 à Jean-François Deniau, secrétaire d'État aux DOM-TOM. Il y prône « l'immigration massive de citoyens français » en Nouvelle-Calédonie.

¹⁷ Accord de Nouméa, point 2.2.1 : « Le corps électoral restreint s'appliquerait aux élections communales si les communes avaient une organisation propre à la Nouvelle-Calédonie ».

votent aux seules élections qui les concernent. Suivant la logique opposée, ils sont privés d'un droit fondamental¹⁸.

Les personnes résidentes, figurant sur le tableau annexe, sont-elles privées, d'une manière déraisonnable, d'un droit fondamental ? La question a été éludée par le Conseil d'État dans l'arrêt Sarran¹⁹ en proclamant la supériorité des dispositions impératives de la Constitution sur le droit international, comme par la Cour de Cassation dans l'arrêt du 2 juin 2000 Fraisse²⁰, qui, à la nuance près du droit communautaire, reprend le même raisonnement. La Cour européenne des droits de l'homme a également été saisie. Elle a rendu son arrêt le 11 janvier 2005²¹. Le recours était cette fois centré sur le corps électoral provincial. La Cour constate également que le statut actuel de la Nouvelle-Calédonie correspond à une phase transitoire avant l'accession à la pleine souveraineté et s'inscrit dans un processus d'autodétermination. Il s'agit d'un « système inachevé et transitoire » et elle estime, en conséquence, « que l'histoire et le statut de la Nouvelle-Calédonie sont tels qu'ils peuvent être considérés comme caractérisant des nécessités locales de nature à permettre les restrictions apportées au droit de vote du requérant ». La situation a donc été reconnue conforme à la Convention par la Cour.

L'empilement des textes et l'absence de pédagogie qui en a été faite, sont directement à l'origine d'un mécanisme de fraude, qui pourrait emporter l'ensemble du processus en œuvre de décolonisation pacifique : si on n'est pas d'accord sur le corps électoral, on est en désaccord avec l'élection ou la consultation et on en conteste inévitablement les résultats. Le vote ne résout alors plus rien.

I. L'EMPILEMENT DES RÈGLES JURIDIQUES

Selon l'Accord de Nouméa, qui a valeur constitutionnelle, à son point 2.2.1., « le corps électoral aux assemblées des provinces et au Congrès sera restreint ». Il faut être établi en Nouvelle-Calédonie avant le 8 novembre 1998 ET inscrit sur le tableau annexe de la consultation du 8 novembre 1998 sur l'Accord de Nouméa ET avoir dix ans de résidence continue.

A. Les dispositions de l'Accord de Nouméa et de la loi organique

L'article 188 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 a repris ces critères :

- L'article 188 a) de la loi organique vise les personnes vivant en Nouvelle-Calédonie dès avant le référendum de 1988 (Accord de Matignon) et nées avant le 31 octobre 1980 (18 ans à la consultation). Ces personnes ont bénéficié du droit du sol. Ce sont celles de la « double reconnaissance » de Nainville-les-Roches, accord avorté de 1983, et de l'Accord de Matignon de 1988. On ne leur

¹⁸ Olivier GOHIN, « Quand la République marche sur la tête », AJDA 16 avril 2007, p. 800.

¹⁹ Conseil d'État, Assemblée n° 200286 du 30 octobre 1998, *M. Claude Sarran*.

²⁰ Cour de Cassation, Assemblée plénière n° 99-60274 du 2 juin 2000, *M^{elle} Fraisse*.

²¹ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt n° 66289/01 du 11 janvier 2005, *Py Bruno c/ France*. Les constatations du Comité des droits de l'homme des Nations Unies du 15 juillet 2002 figurent dans les faits rappelés dans la décision. La réforme de 2007 a fait l'objet d'une requête n° 165121/07 déclarée irrecevable le 9 juin 2009, pour les mêmes motifs.

demande pas d'être inscrites sur une liste électorale, mais simplement « d'en remplir les conditions ».

- L'article 188 b) vise les arrivants entre 1988 et 1998, à qui on demande une condition de « 10 années de domicile » en Nouvelle-Calédonie. Le critère incontestable du point de départ est la présence sur la liste générale de 1998 (par définition, avec la mention « non admis à voter » à la consultation de 1998, c'est-à-dire en figurant sur le tableau annexe). Ce critère est mentionné dans l'Accord de Nouméa au point 2.2.1., et expressément écrit dans la loi organique : « être inscrit sur le tableau annexe ». Le tableau annexe représente la liste de tous ceux qui pourront devenir citoyens par le droit du sol. Ce tableau annexe de 1998 est destiné à disparaître au bout de dix ans par retranchement des départs, des décès et des accessions à la citoyenneté calédonienne.
- L'article 188 c) vise les jeunes, ayant atteint l'âge de la majorité après le 31 octobre 1998, c'est-à-dire nés en Calédonie ou pas après le 31 octobre 1980. On est passé au droit du sang. Il leur faut un parent citoyen pour être eux-mêmes citoyens, soit que ce parent, lui-même arrivé, remplisse les conditions du 188 b), soit que ce parent ait bénéficié de la double reconnaissance de 1988 du 188 a) ; il leur suffit alors de « remplir les conditions » du scrutin. Cela signifie qu'il faut, si on est né après 1998, avoir nécessairement un parent citoyen. Pour parler brutalement, un couple de Métropolitains non citoyens ne fait pas un petit Calédonien !

La contestation d'aujourd'hui ne porte principalement et précisément que sur les populations arrivées en Nouvelle-Calédonie entre 1988 (Accord de Matignon) et 1998 (Accord de Nouméa), quoiqu'une opposition latente demeure sur l'accession à la citoyenneté des personnes arrivées après l'Accord de Nouméa²².

B. La réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel

L'article 188 b) dit très exactement ceci : « Être inscrits sur le tableau annexe et domiciliés²³ depuis dix ans en Nouvelle-Calédonie à la date de l'élection au congrès et aux assemblées de province ». On notera particulièrement la formulation de l'article 188 b) sur la durée de dix ans « à la date de l'élection », expression reprise dans l'Accord lui-même au point 2.2.1, et non pas « à une certaine date » qui serait par hypothèse précisée. C'est l'origine immédiate de l'imbroglie du corps électoral et de la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel formulée en 1999 :

²² Tous les critères de l'Accord de Nouméa sont appliqués de manière laxiste, voire frauduleuse, par la commission : arrivée tardive, non continuité de la durée de séjour, naturalisations tardives, absence de parents citoyens, etc. Il s'ajoute un contentieux supplémentaire lié à l'inscription de 1656 Kanak, inscrits sur la seule liste générale et cantonnés sur le tableau annexe (dont ils ne relèvent normalement jamais), au motif de l'absence de demande personnelle individuelle d'inscription.

²³ En outre, afin en effet de tenir compte de certaines contraintes liées à l'insularité et à l'éloignement, le législateur organique a prévu que « les périodes passées en dehors de la Nouvelle-Calédonie pour accomplir le service national, pour suivre des études ou une formation ou pour des raisons familiales, professionnelles ou médicales ne sont pas pour les personnes qui y étaient antérieurement domiciliées, interruptives du délai pris en considération pour apprécier la condition de domicile » (Articles 188 II et 218 *in fine* de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999). L'interprétation de cette disposition a été en question devant la Cour de Cassation (Cour de Cassation n° de pourvoi : 05-60166 du 26 mai 2005, *Kilikili*, AJDA 24 octobre 2005 p. 2014, commentaire Carine David). Le Tribunal de Première instance de Nouméa refusait l'inscription sur la liste spéciale à ce natif de Nouvelle-Calédonie, qui avait quitté son territoire natal à l'âge de vingt-deux ans pour effectuer son service militaire et qui y revenait à l'âge de 30 ans, en qualité de fonctionnaire de l'État, aux motifs que son éloignement était volontaire et que la durée d'éloignement dépassait celle de sa formation. Pour la Cour de cassation, le TPI a « ajouté à la loi des conditions qui n'y figurent pas ». Cette jurisprudence accorde assez libéralement le droit à la mobilité.

Doivent [...] participer à l'élection des assemblées de province et du congrès les personnes qui, à la date de l'élection, [...] sont domiciliées depuis dix ans en Nouvelle-Calédonie, quelle que soit la date de leur établissement en Nouvelle-Calédonie, même postérieure au 8 novembre 1998²⁴.

Cette réserve du Conseil constitutionnel a une histoire. Jacques Lafleur, chef des non-indépendantistes²⁵, n'aurait accepté de signer l'Accord qu'avec la garantie que le Conseil constitutionnel reviendrait sur la concession qu'il avait faite aux indépendantistes²⁶ kanak sur la décolonisation irréversible du pays. Le Conseil constitutionnel était alors présidé par Roland Dumas et doté de membres influents issus de la mouvance gaulliste, dont Pierre Mazeaud. Le Conseil néanmoins « a pris la position la moins dérogatoire à la Constitution²⁷ ». Pour les indépendantistes, colonisation et peuplement sont deux notions étroitement mêlées. Si on décolonise, on arrête le peuplement. Pour les non-indépendantistes, les deux mouvements peuvent être disjoints. Le compromis de 1998, faute de porter directement atteinte à la libre circulation sur le territoire de la République, avait restreint le corps électoral. La formulation, sans doute volontairement ambiguë, contenue dans l'Accord avait été le dernier point d'achoppement avant sa signature par le Rassemblement pour la Calédonie dans la République et la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel avait alors révélé publiquement les arrière-pensées.

L'interprétation du Conseil constitutionnel fait corps avec le texte interprété. Le corps électoral calédonien était revenu à « 10 ans glissants » et la condition d'inscription sur le tableau annexe devenait ambiguë. Pourquoi ? Le tableau annexe, dont la date n'était pas expressément indiquée dans la loi organique, regroupe précisément les électeurs non concernés par l'inscription sur la liste spéciale : s'il s'agissait du tableau annexe du 8 novembre 1998, ce tableau était destiné à disparaître au bout de dix ans par retranchement des départs, des décès et des accessions à la citoyenneté calédonienne, cristallisant ainsi la citoyenneté calédonienne. À l'opposé, le Conseil constitutionnel en tranchant en faveur d'un corps glissant, « permettait selon lui un flux des inscrits à double sens, admettant des sorties, mais également des entrées²⁸ » sur le tableau annexe, postérieures à celles du scrutin du 8 novembre 1998. Ainsi, le tableau variait ou « glissait ». De ce fait, une personne arrivée en 2003, bien après l'approbation de l'Accord de Nouméa le 8 novembre 1998, aurait pu voter aux provinciales de 2014 par la condition de résidence continue de 10 ans.

Cette réserve d'interprétation a été vigoureusement et immédiatement dénoncée par les partis indépendantistes, vite rejoints par l'État. La réaction sera le « gel » du corps électoral.

²⁴ Conseil constitutionnel, décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*.

²⁵ On n'utilisera pas ici le terme « loyalistes », connoté politiquement. Loyaliste à qui, à quoi ? S'il s'agit d'être loyal à un processus de décolonisation accepté par la France dans l'Accord de Nouméa, ce terme ne les différencie pas des indépendantistes. En pratique, il s'agit de nombreux partis divisés, le Rassemblement pour la Calédonie dans la France (RPCR), dont Jacques Lafleur était président, n'ayant pas survécu à son fondateur. Ils forment trois groupes distincts au Congrès, Calédonie ensemble, le Front Pour l'Unité (FPU) et l'Union pour la Calédonie dans la France (UCF).

²⁶ Les indépendantistes sont reconnus à l'ONU en tant que Front de Libération Nationale Kanak et Socialiste (FLNKS). En pratique, il s'agit d'une coalition de partis, également divisés, dont les quatre composantes sont l'Union calédonienne (UC), le Parti de Libération kanak (PALIKA), le Rassemblement démocratique Océanien (RDO) et l'Union progressiste mélanésienne (UPM).

²⁷ Vivien HIPEAU, *Les ambiguïtés de la citoyenneté calédonienne dans la République française*, Institut du Droit Public et de la Science Politique, Université de Rennes 1, mémoire de Master 2, 2012, p. 11.

²⁸ *Ibid.* p. 10.

C. Le gel du corps électoral

Le gouvernement français avait rapidement proposé une alternative à la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel du 15 mars 1999 : la révision constitutionnelle. L'Assemblée nationale, le 10 juin 1999, et le Sénat, le 12 octobre 1999, avaient ainsi adopté en termes identiques un projet de loi constitutionnelle destiné à compléter l'article 77 de la Constitution sur la question du corps électoral calédonien. Toutefois, le texte du projet de révision adopté par les deux assemblées comportait, en ses articles 2 à 4, une réforme du statut de la Polynésie française. Le décret de convocation du Congrès du 3 novembre 1999 comprenait en *sus* une autre révision relative au Conseil supérieur de la magistrature. L'échec politique de cette réforme, la divergence en période de cohabitation portant sur le degré d'indépendance des magistrats du Parquet général, a entraîné l'abrogation le 20 janvier 2000 par le Président de la République du décret de convocation.

On attendra sept ans. Tout dût être repris. Le nouveau projet, proposé le 29 mars 2006 par le gouvernement, sera voté en termes identiques par l'Assemblée nationale le 13 décembre 2006 et par le Sénat le 16 janvier 2007. Il est soumis rapidement au vote des deux assemblées réunies en Congrès à Versailles le 19 février 2007. Jean-Jacques Hyst, président de la commission des lois du Sénat, rapporteur sur le projet de loi constitutionnelle au Congrès, et qui rapportait déjà sur la loi organique de 1999, au surplus membre de l'Union pour un Mouvement Populaire (UMP), a fidèlement retracé les deux principaux arguments échangés. Le premier est relatif à la cohérence et à la compréhension de l'Accord lui-même et le second est relatif à la parole donnée par l'État. Cette disposition interprétative, qui contredit formellement la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel, figure ainsi à l'article 77, nouveau dernier paragraphe de la Constitution :

Pour la définition du corps électoral appelé à élire les membres des assemblées délibérantes de la Nouvelle-Calédonie et des provinces, le tableau auquel se réfèrent l'accord mentionné à l'article 76 et les articles 188 et 189 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie est le tableau dressé à l'occasion du scrutin prévu audit article 76 et comprenant les personnes non admises à y participer.

La lecture est aride et la réforme a quelque chose de byzantin. Le tableau annexe, visé au point 2.2.1 de l'Accord de Nouméa et auquel fait ensuite référence l'article 188 de la loi organique, doit donc être arrêté à la date de la consultation du 8 novembre 1998, celle de l'approbation de l'Accord de Nouméa et qui est mentionnée par l'article 76 de la Constitution. Traduits en mots simples, les conséquences en sont les suivantes : le corps électoral provincial est « gelé » au 8 novembre 1998. Ceux qui sont arrivés après cette consultation sur l'Accord de Nouméa ou qui, même arrivés avant cette date, ne sont pas inscrits sur la liste électorale de 1998 et son tableau annexe des personnes non admises à voter au référendum, ne voteront ni aux provinciales de 2009, ni à celles de 2014, ni aux consultations sur l'accession à la pleine souveraineté. Ce sont les « résidents ». Ils peuvent en revanche voter aux élections municipales, législatives, présidentielles, européennes, ainsi qu'aux référendums nationaux²⁹. Contrecoup de cette modification, pour qu'un enfant né après 1998 soit calédonien, il lui faut avoir nécessairement un parent citoyen selon l'article 188. Cette condition ne peut plus être remplie pour les petits Métropolitains, nés pourtant en Nouvelle-Calédonie. Le gel est brutal.

²⁹ La différence, si elle peut être tenue pour négligeable en provinces Nord et Îles, représente en 2014, 13,13 % du corps électoral du pays et 19,10 % de celui de la province Sud. Le corps électoral spécial en 2014 est de 152 462 personnes ; 23 052 électeurs sont cantonnés sur le tableau annexe.

D. L'État et la Cour de cassation face au non-dit calédonien

Pour les personnes arrivées avant le 8 novembre 1998 ET inscrites sur le tableau annexe de 1998, et qui ne remplissaient pas encore la condition de dix ans, le corps électoral demeure « glissant ». Ces personnes atteindront dix ans de résidence continue au plus tard le 8 novembre 2008. Ainsi, une personne résidente de manière continue depuis juillet 1997, qui n'a pu voter aux provinciales de mai 2004, pourra ainsi voter à celles de 2009. Elle ne fera toutefois pas partie du corps électoral de sortie, lui-même gelé au 31 décembre 1994. Mais « la machine à faire les citoyens » s'est arrêtée définitivement le 8 novembre 2008. La date n'a pas été célébrée. Elle a été évacuée dans le non-dit calédonien. L'État, pourtant chargé de l'élaboration et du contrôle des listes électorales, n'en a tiré lui-même aucune conséquence, préférant rester dans l'ambiguïté sur les conséquences du gel du corps électoral en s'évitant ainsi une pénible clarification auprès des non citoyens du pays. Ce n'est pas seulement une fuite, c'est une faute.

La Cour de cassation, à la différence du pouvoir exécutif, a tiré les premières conséquences de cet état du droit. C'est l'affaire Jollivel en 2011 qui met fin aux ambiguïtés passées. M^{me} Jollivel, qui vit à Boulouparis, est présente en Nouvelle-Calédonie depuis plus d'une année en novembre 1998. Toutefois, elle n'avait pas, pour des raisons personnelles, fait le nécessaire pour être inscrite sur la liste générale et, de ce fait, sur le tableau annexe. Elle s'inscrit sur la liste générale en 2007, puis demande ultérieurement son inscription sur la liste spéciale. Le Tribunal de Première Instance, puis la Cour de cassation, vont lui refuser, au motif justement qu'elle ne figure ni sur le tableau des électeurs du scrutin du 8 novembre 1998 sur l'Accord de Nouméa, ni sur son tableau annexe. Pour prendre une image tirée de la fonction publique, elle fait partie des citoyens « reçus/collés ». La Cour de cassation va en effet exiger fermement le respect de la condition légale, l'inscription sur la liste électorale de 1998, et non pas une date d'arrivée ou une simple durée de séjour :

attendu que le paragraphe 1-a) de l'article 188 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie permet l'inscription sur la liste électorale spéciale à l'élection du congrès et des assemblées de province de Nouvelle-Calédonie des électeurs ayant rempli les conditions pour être inscrits sur les listes électorales de la Nouvelle-Calédonie établies en vue de la consultation du 8 novembre 1998 ; que le paragraphe 1-b) du même article prévoit aussi l'inscription sur cette liste électorale spéciale des personnes inscrites sur le tableau annexe et domiciliées en Nouvelle-Calédonie depuis dix ans à la date de l'élection ; que l'article 77, dernier alinéa, de la Constitution, tel que modifié par la loi constitutionnelle n° 2007-237 du 23 février 2007, précise que le tableau annexe est celui dressé à l'occasion du scrutin du 8 novembre 1998 et comprenant les personnes non admises à y participer ; Et attendu que le jugement retient que Mme Y..., quoique présente sur le territoire depuis plus d'une année en novembre 1998, n'avait pas, pour des raisons personnelles, fait le nécessaire pour être inscrite sur la liste générale et, de ce fait, sur le tableau annexe ou sur la liste spéciale ; qu'elle ne s'est inscrite sur la liste générale qu'en 2007 ; que de ces constatations et énonciations, le tribunal de première instance a exactement déduit que Mme Y... ne pouvait être inscrite sur la liste électorale spéciale de sa commune³⁰.

Cette jurisprudence a été confirmée à nouveau par la Cour de cassation, dans un arrêt explicite, du 5 décembre 2012³¹, M^{me} Oesterlin 1. L'arrêt de la Cour de

³⁰ Cour de cassation, Chambre civile 2, du 16 novembre 2011, n° de pourvoi : 11-61169, M^{me} Jollivel.

³¹ Cour de cassation, Chambre civile 2, du 5 décembre 2012, pourvoi n° 12-60.526, M^{me} Oesterlin 1.

cassation du 12 décembre 2013, dit M^{me} Oesterlin 2, confirme, à l'occasion d'une question de naturalisation, que l'article 188 a) vise les personnes vivant en Nouvelle-Calédonie dès avant le référendum de 1988 (Accord de Matignon) et nées avant le 31 octobre 1980 (dix-huit ans à la consultation) et qu'ils doivent simplement « remplir les conditions pour le scrutin », sans qu'on ne leur demande « d'être inscrits » sur le tableau annexe. Cet arrêt signale, s'agissant d'une étrangère établie avant 1988 (Matignon) et naturalisée après 1998, qu'elle ne peut remplir rétroactivement la condition de la citoyenneté (« être français au 8 novembre 1998 »). En 2013, on applique le droit de 2013, voilà l'enseignement de cet arrêt³².

La réaction des élus non indépendantistes au gel du corps électoral d'abord, puis à la sévérité de l'interprétation de la Cour de cassation, a été la mise en place d'une stratégie de contournement au sein de la commission administrative spéciale, misant d'abord sur la passivité ou le désintérêt de l'État, puis obtenant sa complicité active.

2. LE MÉCANISME DE LA FRAUDE ÉLECTORALE

Les partis non indépendantistes, majoritaires dans les mairies du Sud et de la côte Ouest de la Nouvelle-Calédonie, là où se concentre l'immigration dans le pays, ont organisé, année après année, des inscriptions irrégulières de citoyens français, non citoyens de la Nouvelle-Calédonie. Il s'agit bien de manœuvres frauduleuses visant à contrevenir à la sincérité du corps électoral : la fraude résulte du caractère concerté et répété des inscriptions irrégulières, allié à la connaissance de l'infraction à la loi.

A. La commission administrative spéciale

Le mécanisme est géré par l'État, dont c'est la compétence, en liaison avec les mairies. Suivant l'article 189 II de la loi organique :

une commission administrative spéciale est chargée dans chaque bureau de vote de l'établissement de la liste électorale spéciale et du tableau annexe des électeurs non admis à participer au scrutin. Elle est composée :

- 1° D'un magistrat de l'ordre judiciaire désigné par le premier président de la Cour de cassation, président ;
- 2° Du délégué de l'administration désigné par le haut-commissaire ;
- 3° Du maire de la commune ou de son représentant ;
- 4° De deux électeurs de la commune, désignés par le haut-commissaire, après avis du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.

En cas de partage des voix au sein de la commission administrative, celle du président est prépondérante.

La commission peut consulter un ou plusieurs représentants de la coutume désignés selon les usages reconnus, ayant leur domicile dans la commune et jouissant de leurs droits électoraux.

La commission est habilitée à procéder ou à faire procéder, par tout officier ou agent de police judiciaire, à toutes investigations utiles.

³² Cour de cassation, Chambre civile 2, du 12 décembre 2013, n° de pourvoi: 13-60217, M^{me} Oesterlin 2.

À la différence de la Métropole, où il y a peu d'enjeu, deux électeurs de chaque commune siègent dans la commission, démultipliée pour chacune des trente-trois communes de Nouvelle-Calédonie. Même si cela n'est pas mentionné expressément, le choix du Haut-commissaire porte toujours sur un indépendantiste et un non indépendantiste. C'est à cela que répond la consultation du gouvernement collégial de la Nouvelle-Calédonie.

C'est cette commission qui va dysfonctionner, malgré l'apparente garantie de la présence d'un magistrat désigné par le président de la Cour de cassation. Les majorités peuvent se faire contre les magistrats sur des critères non juridiques. Ces derniers, en mission administrative et non juridictionnelle, ont accepté d'être minoritaires, cautionnant les résultats. L'État a d'abord été passif, puis directement complice.

B. L'intervention de l'État

Lorsque la mobilisation et la protestation des indépendantistes dans la commission administrative n'ont plus rendu possible la discrétion, l'État a participé activement à la scénarisation d'un abandon des critères de l'Accord de Nouméa par l'intermédiaire des consignes du Premier ministre, Jean-Marc Ayrault, données le 25 février 2014 à l'Assemblée nationale, en réponse à la question d'une députée non indépendantiste de Nouvelle-Calédonie :

Ainsi, doivent être électeurs aux élections provinciales toutes les personnes majeures installées en Nouvelle-Calédonie le 8 novembre 1998 au plus tard, après avoir satisfait à la condition de dix ans de domicile, ainsi que leurs descendants atteignant par la suite la majorité. L'examen de la condition d'installation en Nouvelle-Calédonie en 1998 devra être conduit avec un soin particulier, sur la base de la consultation de la liste électorale générale de 1998 ou de tout élément établissant cette installation.

Le discours est elliptique et ne peut être compris que des initiés. Le Premier ministre occulte la condition de l'inscription sur le tableau annexe du 8 novembre 1998 pour ne retenir qu'une date d'installation qui peut être prouvée par tout moyen. L'inscription sur la liste générale de 1998 et son tableau annexe ne devient qu'un moyen de preuve, parmi d'autres. Ces consignes du Premier ministre, sollicitées, ont été relayées localement par le Haut-commissaire de la République, Jean-Jacques Brot. Plutôt que d'appliquer les trois critères, précis et cumulatifs, de l'Accord de Nouméa et de la loi organique (arrivée entre 1988 et 1998, inscription sur le tableau annexe de 1998 et durée de dix ans continue), les élus non indépendantistes, les maires non indépendantistes du Sud et l'État ont choisi arbitrairement un critère unique de durée d'établissement de dix ans. Ils ont, de manière volontaire, répétée et concertée, voté ensemble contre le magistrat et le représentant indépendantiste dans la commission, pour écarter des critères de la loi et ainsi inscrire indument sur les listes citoyennes des non citoyens du pays.

Appliquant des consignes illégales et impératives, la commission administrative a refusé toute délibération, demandée par les représentants des électeurs, sur les demandes d'inscription de Kanak omis ou de radiations d'électeurs indûment inscrits, soit au motif de l'absence de demande personnelle, soit au motif de l'absence de preuve. La seule démonstration produite par la commission administrative spéciale en 2014, dont le fonctionnement a été systématiquement politisé, est qu'on a juridiquement tort quand on est politiquement minoritaire.

C. La condamnation des Nations unies

Cette situation est attestée objectivement par les Nations Unies. Le Comité des 24 a rendu le 22 mai 2014 un rapport de la Mission de visite des Nations Unies en Nouvelle-Calédonie³³ qui condamne la procédure électorale française sur des points importants. Les rencontres ont été instructives à la Mission. Les communes ont indiqué se conformer aux directives (illégalles) du Premier ministre (points n° 49, 51 et suivants). Les magistrats français ont fait valoir qu'au sein de la commission administrative, « il était impossible de maintenir une position ou une interprétation du droit strictement juridique ». Parmi les *conclusions et recommandations*, la mission a souligné que « le mode de fonctionnement des commissions doit être revu, compte tenu des problèmes soulevés par de nombreux interlocuteurs dont les magistrats eux-mêmes » (point n° 112). L'Assemblée générale a voté, sur le rapport du Comité le 5 décembre 2014, une résolution par laquelle elle

note les préoccupations exprimées sur les difficultés rencontrées dans le déroulement des élections provinciales concernant les diverses interprétations qui continuent d'être faites des dispositions relatives au corps électoral restreint et la procédure d'appel en matière d'inscription sur les listes électorales et encourage la Puissance administrante et les Néo-Calédoniens à répondre à l'amiable aux préoccupations de tous les intervenants conformément à la législation en vigueur dans le territoire et en France tout en respectant et en faisant respecter l'esprit et la lettre de l'Accord de Nouméa. Elle considère que des mesures appropriées pour l'organisation des consultations futures sur l'accession à la pleine souveraineté, y compris l'établissement de listes électorales justes, régulières et transparentes, comme prévu par l'Accord de Nouméa, sont indispensables à la réalisation d'un acte libre et authentique d'autodétermination conforme aux principes et pratiques de l'Organisation des Nations Unies³⁴.

Devant les graves dysfonctionnements de la commission administrative, les indépendantistes ont engagé des procédures de recours juridictionnels. Les recours en radiation concernaient les 33 communes de Nouvelle-Calédonie et portaient sur 5 638 personnes. 30 noms concernaient les Îles Loyauté et 201 noms le Nord³⁵. 5 407 personnes concernaient le Sud, concentrées dans les quatre communes du Grand Nouméa. Il y avait 152 462 personnes inscrites sur la liste spéciale en 2014, qui représente environ 85 % du corps électoral global. Le corps électoral spécial au Sud en 2014 était de 96 347 personnes. La fraction de l'électorat contestée atteint 5,61 % du corps électoral du Sud, potentiellement un, voire deux sièges au Congrès à la répartition à la proportionnelle, ce qui suffirait à priver les non indépendantistes de leur majorité actuelle. À ces 5 638 noms contestés s'ajoutent leurs descendants, les enfants issus de parents non citoyens n'ayant pas eux-mêmes cette qualité, mais figurant indument en nombre sur la liste spéciale. Ces irrégularités de grande ampleur ont été qualifiées de « manœuvres frauduleuses portant atteinte à la sincérité du corps électoral » devant le Conseil d'État et ont justifié le dépôt par le FLNKS d'un recours en annulation des élections provinciales au Sud le 19 mai 2014.

³³ Rapport de la mission de visite des Nations Unies en Nouvelle-Calédonie (2014) n° AC.109/2014/20 du 22 mai 2014.

³⁴ Nations Unies, Résolution AG/11597 du 5 décembre 2014 - documents officiels de l'Assemblée générale, 69^e session, supplément n° 23 (A/69/23).

³⁵ Ces chiffres montrent la concentration de la fraude sur le Sud. Dans les provinces Nord et Îles, il s'agit le plus souvent d'électeurs inscrits initialement au Sud.

Les recours ont fait l'objet d'irrecevabilités massives, témoignant de l'absence en France de procédure de recours juridictionnel efficace.

3. L'ABSENCE DE RECOURS JURIDICTIONNEL EFFICIENT

Sur la base des critères juridiques figurant dans l'Accord de Nouméa, dans la loi organique et tels qu'interprétés par la Cour de cassation, les représentants des électeurs à la commission administrative ont procédé à un recensement des électeurs de la liste spéciale. Ils ont sélectionné, par recouplement manuel, ceux qui ne sont pas nés en Nouvelle-Calédonie, ET qui, nés avant le 31 octobre 1980, relèvent de l'article 188 b) de la loi organique ET qui ne figurent pas sur la liste électorale générale de février 1998, qui comprend à la fois les populations intéressées et le tableau annexe de 1998. Cette population cible, issue pourtant de la liste spéciale, ne remplit pas l'un des critères d'inscription sur cette même liste spéciale. Par l'intermédiaire du président indépendantiste du Congrès et signataire de l'Accord de Nouméa, Roch Wamytan, les représentants des électeurs ont préalablement transmis la liste au Haut-commissaire, dont c'est la compétence, pour qu'il fasse procéder par la commission administrative à la révision de la liste spéciale. Appliquant les consignes illégales et impératives du Haut-commissaire, la commission administrative a refusé toute délibération sur les demandes de radiation. Les tableaux ont simplement été annexés au procès-verbal de la commission.

A. Des recours massifs devant le Tribunal de Première Instance

La conséquence a été l'engagement de procédures juridictionnelles massives, alors que les dispositions du Code électoral français sont totalement inadaptées et que les juges ne sont, ni matériellement, ni culturellement préparés, à organiser des radiations de concitoyens français. Suivant le Code électoral français, les recours contentieux doivent être nécessairement engagés, commune par commune, exclusivement par des « tiers électeurs ». Le Code électoral refuse les recours des partis politiques, ce qui crée une situation très éclatée dans chaque commune tant pour les requérants que pour les juges, sans action de groupe possible.

Pour la province Sud, 5 413 demandes de radiation ont été déposées, 11 ont été obtenues, soit un taux de 0,20 %. Pour la province Nord, 205 demandes de radiation ont été déposées, 183 ont été obtenues, soit un taux de 90,14 %. Pour la province des Îles, 36 demandes de radiation ont été déposées, 0 ont été obtenues, soit un taux de 0 %, en raison d'une absence de convocation de l'avocat et des tiers électeurs par le greffe. Le Code électoral français est globalement interprété de manière à empêcher toute radiation, sauf si l'électeur reconnaît lui-même devant le juge qu'il ne remplit pas les conditions du scrutin³⁶. Plus gravement, ce résultat, à la fois minimaliste et contradictoire, pose la question de l'existence d'un juge apte à trancher le litige électoral.

³⁶ Cour de cassation, chambre civile 2, 12 juin 2014, n° 14-60.523, ECLI:FR:CCASS:2014:C201185 : « Et attendu qu'ayant constaté que M^{me} Cécot avait exposé à l'audience être arrivée en août 1990 et déclaré ne pas avoir été inscrite sur la liste générale de l'année 1998, ni donc sur le tableau annexe, ce dont il résultait qu'elle ne remplissait aucune des conditions prévues par l'article 188 de la loi organique susvisée, c'est à bon droit que le tribunal a ordonné sa radiation de la liste électorale spéciale ». Cette jurisprudence pose paradoxalement la question de la confiance que le citoyen peut avoir dans l'institution judiciaire ; ceux qui ne se sont pas présentés, ou ont refusé de répondre, ont été maintenus sur les listes électorales.

B. L'absence de juge

Suivant l'article L. 25 du Code électoral, « les décisions de la commission administrative peuvent être contestées par les électeurs intéressés devant le tribunal d'instance. Dans les mêmes conditions, tout électeur inscrit sur la liste électorale de la commune peut réclamer l'inscription ou la radiation d'un électeur omis ou indûment inscrit. Le même droit appartient au préfet ou sous-préfet ».

Alors que tout électeur intéressé peut contester les décisions de la commission administrative devant le Tribunal d'instance (ici le Tribunal de Première Instance en Nouvelle-Calédonie ou TPI) sur le fondement de l'article L. 25 du Code électoral, les jugements, tous identiques du TPI, affirment que le Tribunal statuant en matière électorale « n'est pas juge d'appel des décisions de la commission administrative et qu'il ne lui appartient pas de contrôler la régularité des travaux de ladite commission, ni d'évaluer la pertinence des consignes qu'elle aurait suivies » tout en motivant le rejet du recours du tiers électeur par l'énoncé que « la preuve pèse sur le réclamant », car la commission administrative a déjà examiné le dossier individuel de l'électeur intéressé pour prendre sa décision.

La compétence du Tribunal de Première Instance a été discutée aux audiences, soulignant que le contentieux relèverait de la juridiction administrative. L'article R. 12 du Code électoral dispose en effet :

Si le préfet estime que les formalités et les délais prescrits n'ont pas été observés, il doit, dans les deux jours de la réception du tableau, déférer les opérations de la commission administrative au tribunal administratif qui statuera dans les trois jours et fixera, s'il y a lieu, le délai dans lequel les opérations annulées devront être refaites. Le préfet qui défère les opérations de révision au tribunal administratif doit en aviser immédiatement le tribunal d'instance compétent. Le délai d'appel contre le jugement du tribunal administratif est de dix jours. Il court contre toute partie à l'instance à compter du jour de la notification du jugement à cette partie, sans que puissent être appliquées les dispositions du premier alinéa de l'article R. 811-5 du code de justice administrative.

On notera que cette possibilité de recours est exclusivement réservée au Préfet, Haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie, celui-là même qui fût à l'origine de l'encouragement donné aux dysfonctionnements de la commission administrative spéciale, en annonçant une position de principe illégale des représentants de l'administration. Le Haut-commissaire, qui a pris les positions contestées, a toutefois devancé, par sa démission le 18 juillet 2014, sa prochaine mutation par l'État³⁷. On ne peut préjuger à ce jour de l'attitude de son successeur. Néanmoins, si on suivait l'argumentation du Tribunal de Première Instance, au moment où il en a décidé ainsi, il n'y aurait plus de juge compétent.

C. La preuve impossible

Alors que l'électeur doit, pour être inscrit sur la liste électorale spéciale, remplir certaines conditions cumulatives, le Tribunal de Première Instance affirme que

le tiers électeur se borne à considérer que M. X... n'étant pas inscrit sur le tableau annexe de 1998, doit apporter la preuve de sa présence depuis 1988, ce que le tiers électeur ne fait pas. Il est constant que la charge de la preuve pèse

³⁷ Jean-Jacques Brot a été remplacé par Vincent Bouvier, en fonction depuis le 18 août 2014.

exclusivement sur le requérant en matière électorale, ce qui signifie qu'il doit rapporter la preuve que l'électeur intéressé ne remplit aucune des conditions prévues par l'article 188 de la loi du 19 mars 1999. Cette preuve n'étant pas apportée en l'espèce, il convient de rejeter les demandes.

Suivant ce raisonnement, le tiers électeur qui apporte la preuve de l'absence d'un des trois critères de la loi doit prouver les deux autres pour obtenir la radiation : la preuve d'une durée de dix ans discontinue et la preuve que l'intéressé n'était pas arrivé avant 1988. On note immédiatement que le Tribunal demande au tiers électeur, pour justifier de sa demande de radiation, plus qu'il n'en faut à la commission administrative spéciale pour l'inscrire.

Or, apporter les trois preuves pour des milliers de personnes, est une tâche évidemment impossible. Elle relèverait de l'enquête de police de masse. On est face à la preuve « impossible ».

Les représentants des électeurs dans les commissions, comme devant le Tribunal de Première instance, ont raisonné ainsi :

- Il revient à la commission administrative spéciale d'abord, à défaut au Tribunal, de rechercher, par un moyen d'information, si la personne remplissait bien les conditions d'une éventuelle inscription sur la liste spéciale, alors que la condition d'inscription sur la liste générale de 1998 n'était, avec certitude, pas remplie. Seules des personnes arrivées avant 1988 et inscrites tardivement après 1998 pourraient relever de l'article 188 a) de la loi organique, dont des personnes absentes à un certain moment et bénéficiaires de la jurisprudence Kilikili³⁸. Quelques jeunes également, faciles à identifier par leur date de naissance, auraient pu s'inscrire devant le Tribunal de Première Instance après février 1998 et avant novembre 1998. Le Tribunal de Première instance de Nouméa a systématiquement essayé de se défaire de ses responsabilités par une argutie juridique :

En l'espèce, il n'est justifié d'aucune demande préalable auprès des autorités de l'État, de la mairie ou de l'ISEE ou de celles énumérées par l'article R. 213 III du Code électoral, il n'y a donc pas lieu d'enjoindre à ces institutions de produire les pièces sollicitées alors qu'elles n'ont jamais été demandées par le requérant lui-même.

Cet argument est particulièrement spécieux, parce qu'il donne l'illusion du bon sens et oblige à des formalités préalables inutiles pour obtenir des pièces dont chacun sait pourtant, sauf dans l'enceinte du Tribunal de Première Instance de Nouméa, qu'elles ne peuvent être communiquées aux tiers.

- Ces informations ne peuvent en effet, en vertu de l'article R. 213 III du Code électoral, être confiées qu'à des autorités déterminées (mairie, préfet, président de la commission administrative spéciale), parmi lesquelles ne figurent pas les tiers électeurs, fussent-ils membres de la commission administrative spéciale. On ajoutera que la Commission d'Accès aux Documents administratifs (CADA) rappelle régulièrement les règles de communication administrative : les tiers ne peuvent avoir accès aux données nominatives d'une autre personne, que ce soit, comme dans le cas d'espèce, les dossiers de la commission administrative spéciale, ou devant les administrations de l'État ou de la Nouvelle-Calédonie, l'arrêté de mutation du fonctionnaire en Nouvelle-Calédonie ou encore son

³⁸ Cour de cassation, 26 mai 2005 Kilikili, pourvoi n° B 05-60.166. Cette jurisprudence précise les interruptions de séjour compatibles avec une durée de présence continue de 10 ans (voir *supra*).

arrêté attributif des droits à la prime d'éloignement faisant état de sa date d'arrivée dans le pays comme de ses ayant droits³⁹.

D. L'accès effectif au juge

Un autre raisonnement juridique est pourtant possible et il garantit l'accès effectif au juge. Les éléments graves, précis et concordants apportés dans les requêtes, comme devant la commission administrative spéciale, suffisent à constituer une présomption de fait que la personne ne remplit pas les conditions de la loi. Il appartient alors au juge d'éviter toute demande de preuve impossible. On ne peut interpréter un texte de manière à empêcher son application par l'une des parties, sauf à rompre le principe d'égalité des parties et le droit à un procès équitable. Au delà d'une présomption de fait suffisante, qui est, dans ce cas précis, la preuve de la non-inscription sur le tableau annexe, la charge de la preuve se renverse nécessairement. Ce point de renverse devrait être déterminé par le juge en fonction de l'incertitude résiduelle, le nombre de personnes pouvant se justifier étant beaucoup plus faible que celui des personnes ne pouvant se justifier. À défaut pour le juge de renverser la charge de la preuve, ces procédures deviennent une farce.

C'est ce qu'a fait, avec courage et indépendance, le juge de la section détachée de Koné du Tribunal de Première Instance en province Nord. Il a fait droit aux requêtes en radiation. Les jugements du Tribunal de Première Instance, section détachée de Koné, reconnaissent la recevabilité de l'action des tiers électeurs au titre de l'article L. 25 du Code électoral ; ils reconnaissent également l'accès véritable et effectif au juge suivant l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le juge a ordonné, au visa des articles 11 du Code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie, 188 de la loi organique et R. 213 du Code électoral, l'accès aux renseignements permettant de déterminer la date d'inscription sur le tableau annexe et les motifs de non admission à l'inscription sur la liste spéciale. Son attendu de principe est le suivant :

Attendu que les éléments d'information fournis par la liste générale de février 1998 suffisent à établir l'existence d'indices sérieux et concordants du bien-fondé de la requête présentée par le tiers électeur ; qu'il appartient dès lors à l'électeur, dont il est demandé la radiation de l'inscription sur la liste spéciale, de rapporter la preuve contraire, en fournissant tous les justificatifs du bien-fondé de son inscription.

E. L'impossible équidistance de la Cour de cassation

La Cour de cassation va chercher une sorte d'impossible équidistance entre la fraude et l'application de l'Accord de Nouméa. Elle va très rapidement condamner la jurisprudence de Koné, rejeter toute question prioritaire de constitutionnalité et organiser les irrecevabilités massives des recours.

³⁹ CADA, avis n° 2010-1886 dans sa séance du 6 mai 2010 : « les pièces présentées à l'appui d'une demande d'inscription sur la liste électorale sont reçues par la commune dans le cadre de sa mission de service public. Elles revêtent, par suite, un caractère administratif. Toutefois, la plupart de ces pièces intéressent la vie privée des personnes qui accomplissent une telle démarche et ne sont donc pas communicables aux tiers, en vertu du II de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978. Il en va ainsi, en particulier, des justificatifs d'identité et de domicile fournis à l'appui de la demande. Par suite, la commission émet un avis défavorable à la communication des dossiers sollicités. Seule la demande d'inscription elle-même est susceptible d'être communiquée, après occultation des mentions intéressant la vie privée (date et lieu de naissance, adresse...) ».

- L'attendu type de condamnation de la jurisprudence de Koné intervient dès le 12 juin 2014 et est publié au Bulletin⁴⁰ : « Attendu que, pour ordonner la radiation de M. X de la liste électorale spéciale, le jugement énonce que M. Y, tiers électeur, conteste l'inscription de M. X sur la liste électorale spéciale ; que si le tiers électeur ne fournit pas la preuve incontestable et suffisante de ses dires, il résulte toutefois de la production de la liste générale de 1998, laquelle ne mentionne pas l'électeur dont l'inscription est contestée, des éléments qui constituent des indices sérieux et concordants permettant de présumer (présomption simple) l'irrégularité de l'inscription contestée en renversant la charge de la preuve, laquelle incombe désormais à l'électeur visé par la contestation ; que l'électeur régulièrement convoqué ne comparait pas ; qu'ainsi faute pour lui, du fait de son absence, de rapporter la preuve contraire, il convient de déclarer bien fondée la contestation du tiers électeur ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'il appartenait au tiers électeur d'établir que M. X ne remplissait aucune des conditions prévues par l'article 188 de la loi organique susvisée, le tribunal, qui a inversé la charge de la preuve, a violé les textes susvisés ». Le renversement de la charge de la preuve est refusé. Le juge laisse le tiers électeur face à l'administration d'une preuve impossible. Même si les nouvelles décisions du TPI en retour de cassation sont encore attendues, il ne fait plus aucun doute qu'aucun juge ne radiera quiconque en Nouvelle-Calédonie, malgré les fraudes à la loi.
- Les non-indépendantistes, méfiants envers une victoire à la Pyrrhus sur la seule procédure, ont cherché à obtenir du Conseil constitutionnel une modification de l'interprétation des textes sur le fond. Ils ont demandé que soit transmise au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité suivante : « Les dispositions de l'article 188 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, et l'interprétation jurisprudentielle nouvelle (changement de circonstances) qui en est faite depuis 2011 par la Cour de cassation, à la suite de la révision constitutionnelle de 2007, est contraire aux droits et libertés garantis par la Constitution, tels que les principales orientations de l'accord de Nouméa, les articles 1^{er} et 3 de la Constitution du 4 octobre 1958, ainsi que l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, mais aussi l'esprit de l'article 77 de la Constitution éclairée par ses travaux ». Pour la Cour de cassation⁴¹, il y a bien « changement de circonstances de droit » du fait de la révision constitutionnelle du 23 février 2007 qui a mis fin à la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel.

Mais attendu que la question posée ne remet pas en cause la conformité de la disposition législative critiquée aux dispositions nouvelles de l'article 77 de la Constitution qui en précise le sens ; que cette question ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle ; Et attendu que la question ne présente pas un caractère sérieux ; que le principe d'un corps électoral restreint appelé à élire les membres du congrès et des assemblées de province résulte des orientations de l'accord signé à Nouméa le 6 mai 1998 qui ont valeur constitutionnelle ; que rien ne s'oppose, sous réserve des prescriptions des articles 7, 16 et 89 de la Constitution, à ce que le pouvoir constituant introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans les cas qu'elles visent, dérogent à des règles ou principes de valeur constitutionnelle ; qu'il résulte clairement de l'article 77 de la Constitution dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle n° 2007-237 du 23 février 2007 que

⁴⁰ Cour de cassation, Chambre civile n° 2, 12 juin 1984, n° 14-60.534, ECLI:FR:CCASS:2014:C201193.

⁴¹ Cour de cassation, Arrêt n° 1418 du 3 juillet 2014 (14-60.633) - Deuxième chambre civile - ECLI:FR:CCASS:2014:C201418

pour la définition de la composition du corps électoral aux assemblées délibérantes de la Nouvelle-Calédonie et des provinces, le tableau annexe auquel se réfère l'accord de Nouméa mentionné au premier alinéa de l'article 76 de la Constitution et les articles 188 et 189 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 est le tableau dressé à l'occasion du scrutin du 8 novembre 1998 comportant la liste des personnes non admises à y participer ; que la définition de ce tableau procédant de dispositions constitutionnelles, il ne saurait être sérieusement soutenu que la disposition législative contestée est contraire à la Constitution ; Par ces motifs : Dit n'y avoir lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité⁴².

La question n'étant ni nouvelle, ni sérieuse, et les dispositions de la loi ne pouvant sérieusement être soutenues comme contraires à la Constitution, la QPC est rejetée sans ménagement.

- La totalité des recours des électeurs indépendantistes va être rejetée pour irrecevabilité. La procédure applicable devant la juridiction est celle du Code électoral. En cas d'absence de règles particulières, le Code de procédure civile est appliqué. Suivant l'article R. 15-1 du Code électoral, le pourvoi doit être fait dans un délai extrêmement contraint de dix jours. Et l'article R. 15-2, qui permet le dépôt du recours par « déclaration orale » au greffe, signale que « à peine d'irrecevabilité du pourvoi, prononcée d'office, la déclaration doit contenir un énoncé des moyens de cassation invoqués et être accompagnée d'une copie de la décision attaquée ». S'agissant d'un contentieux de masse, ces délais sont incompatibles avec la lecture, le tri des jugements et la rédaction de mémoires. Tous les recours ont néanmoins été déposés dans les dix jours. La procédure a été entièrement gérée par le greffe qui a rempli pour les tiers électeurs déposants les formulaires de cassation, parfois devant les magistrats eux-mêmes présents. C'est le greffe qui a signalé aux tiers électeurs l'existence de l'article 989 du Code de procédure civile qui permet « au plus tard dans un délai de trois mois à compter de la remise ou de la réception du récépissé de la déclaration » la régularisation des moyens de cassation et a suggéré de différer de un ou deux mois l'envoi des mémoires, finalement tous déposés en moins d'un mois. Le Code électoral ne s'opposant pas formellement à la régularisation des moyens, l'application de l'article 989 du Code de procédure civile paraissait plausible. Par lettre en date du 17 juin 2014, la Cour de cassation a transmis des avis relevant d'office le moyen tiré de l'irrecevabilité des « pourvois groupés », et qui ne contiendraient aucun moyen de cassation déposé dans les dix jours du jugement, lui permettant ainsi de n'examiner aucun recours. Il lui a pourtant été signalé que, si elle empêchait toute possibilité de régularisation au titre de l'article R. 15-2 du Code électoral et contrairement au Code de procédure civile, ce serait un déni d'accès au juge, qui est un principe défendu par la Convention européenne des droits de l'homme et qui est aussi un principe fondamental reconnu par les lois de la République au titre de la réinterprétation moderne de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁴³. Son arrêt⁴⁴ est lapidaire : « Attendu que le pourvoi n'est pas recevable, déclare non admis le pourvoi ». Des dizaines de pages portant mention des électeurs intéressés pour la décision la plus courte qui soit. L'histoire judiciaire finit en farce.

⁴² *Idem*.

⁴³ Conseil constitutionnel, décision n° 93-325 du 13 août 1993, notamment le considérant n° 3 ; n° 93-335 du 21 janvier 1994, notamment le considérant n° 4 ; n° 96-373 du 9 avril 1996, notamment le considérant n° 85 ; n° 96-378 DC du 23 juillet 1996. Voir *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel et le procès équitable*, n° 44-2014.

⁴⁴ Cour de cassation, Chambre civile n° 2, décision n° 10767 F du 2 octobre 2014, n° de pourvoi Q 14-60.559.

4. ÉPILOGUE

Les représentants des électeurs se retrouvent seuls face à la force injuste de la loi : ils sont lourdement condamnés au versement de frais irrépétibles. Pourtant, ce qui est en jeu dans ce contentieux hors normes est simplement l'existence d'un État de droit en Nouvelle-Calédonie. La France, pour la première fois de son histoire, a tenté de préparer une décolonisation réussie. Elle retombe dans ses pesanteurs historiques.

A. Les frais irrépétibles

Selon l'article 700 du Code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie, jugé applicable au litige, « dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou à défaut, la partie perdante à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation ». Les jugements du Tribunal de Première Instance mettent à la charge des tiers électeurs la somme de 10 000 FCFP, soit environ 83,30 €, par électeur représenté au titre des frais irrépétibles, ce qui, pour un contentieux de masse, aboutit à des montants qu'aucun des tiers électeurs, personnellement ou même solidairement, n'est en mesure de payer. Cette somme totale est de 6 270 000 FCFP correspondant à 52 250 €, au profit d'un seul conseil. Les tiers électeurs sont des citoyens engagés qui ne font pas les recours dans un intérêt personnel, mais collectif, et dans le souci de la loi. D'une certaine manière et très paradoxalement, ils ont suppléé aux carences des communes et de l'État. Le droit électoral exige l'intervention de tiers électeurs et interdit le recours aux structures juridiques collectives, notamment aux partis politiques. Les tiers électeurs prennent ainsi, par défaut, une responsabilité individuelle dans une affaire collective, à l'occasion d'un recours gratuit qu'il ne faut pas tenter de dissuader, au nom même de la protection de l'État de droit. De leur côté, les électeurs de Nouvelle-Calédonie ne peuvent bénéficier de la paix intervenue dans le pays à la suite de la signature des Accords de Matignon et de Nouméa et des avantages à résider dans le pays, sans subir en contrepartie de menus inconvénients liés au maintien de la confiance dans les institutions publiques de l'État. Il s'agit d'inconvénients normaux de la vie en société, au nom de l'intérêt public, qu'ils doivent pouvoir accepter. Si la fixation des frais irrépétibles relève du pouvoir discrétionnaire du juge, celui-ci ne peut, sous le couvert de leur multiplication à la faveur d'un contentieux de masse et répétitif, et alloués à un même conseil, priver la partie condamnée du droit d'exercer les voies légales de recours. Les frais irrépétibles jouent de ce fait la même fonction que des dommages intérêts punitifs interdits par la loi.

En statuant ainsi qu'il l'a fait, le juge a méconnu les droits et garanties affirmés par l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, et le principe de la prohibition des dommages intérêts punitifs. Les partis du FLNKS ainsi que les tiers électeurs se sont pourvus le 23 décembre 2014, dans les six mois, devant la Cour européenne des droits de l'homme ; il leur faudra néanmoins surmonter la difficulté de la recevabilité en démontrant, suivant l'article 34 de la Convention⁴⁵, qu'ils sont victimes d'une violation des droits garantis par la Convention.

⁴⁵ Article 34 de la Convention européenne des droits de l'homme : « La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de

L'intervention des juges n'épuise pas le litige. Le juge est le dernier rempart de l'État de droit. Mais si les questions ne sont pas réglées par lui, elles peuvent éventuellement l'être en dehors de lui.

B. La solution politique

Une solution politique est souhaitée tant par les partis non indépendantistes que par l'État. C'est la voie la plus simple pour « négocier » la règle juridique. Les partis politiques non indépendantistes ont, par un vœu adopté le 27 février 2014 à l'assemblée de la province Sud, demandé la confirmation d'un critère unique de résidence de 10 ans pour l'inscription sur les listes électorales et, à l'époque, le refus des missions de visite de l'ONU ainsi que le report des élections provinciales de mai 2014. L'État, pour la préparation du XII^e Comité des Signataires de l'Accord de Nouméa, instance de suivi de sa mise en œuvre qui s'est tenu à Paris le 3 octobre 2014, a proposé une modification de la composition de la commission administrative spéciale, pour l'essentiel par adjonction d'un magistrat supplémentaire. Cette solution offre une garantie éventuelle pour l'avenir, mais pas pour la remise en cause du passé. Elle s'apparente de ce fait à un marché implicite : « vous avez les garanties que cela ne se reproduira pas ; en contrepartie, vous acceptez de ne plus demander de radiations ».

L'Union calédonienne, l'un des principaux partis du FLNKS, a boycotté ce Comité, précisément sur cette question. L'UC ne souhaite pas rentrer dans une négociation sur l'application de la loi. Elle a fait valoir, en dehors du Comité des Signataires, que la réforme *a minima* de la composition de la commission administrative spéciale, quand bien même elle aurait lieu, ne réglerait pas la question des fraudes à la sincérité du corps électoral provincial de l'article 188 et peut-être également du corps de sortie de l'article 218. La commission continuera à rejeter toute demande d'examen d'un dossier qui ne consisterait pas en une inscription nouvelle d'un jeune, un transfert de commune ou une inscription nouvelle sur la liste spéciale, au motif que l'ordre du jour ne permet pas à la commission d'examiner les inscriptions des années antérieures, malgré l'absence de droit acquis en matière électorale. Dans le mémorandum de la Commission Politique et Citoyenneté du FLNKS arrêté au 24 août 2014, il est proposé de compléter l'article LO. 189 II 4^o) par la formule suivante :

La commission doit rechercher les conditions d'inscription ou de non inscription d'un citoyen à tout moment, en cas de doute exprimé par un membre de la commission, y compris pour les électeurs ne faisant pas l'objet d'une modification de situation dans l'année d'examen. Il résulte de la production de la liste générale de 1998, laquelle ne mentionne pas l'électeur dont l'inscription est contestée, un élément qui constitue un indice sérieux permettant de présumer (présomption simple) l'irrégularité de l'inscription contestée en renversant la charge de la preuve, laquelle incombe désormais à l'électeur. C'est à l'électeur d'établir la preuve du caractère continu de son séjour.

Cette formule est décisive et, sans son insertion dans la loi organique, rien ne changera dans le fonctionnement de la commission pour l'apurement du passé.

Si rien ne changeait, un scénario catastrophe pourrait prendre tournure, petit pas par petit pas. L'Union calédonienne commencerait par boycotter la mise en place du corps de sortie de l'article 218, puisqu'il est régi par le même dysfonctionnement de la commission administrative. Ce boycott amènerait, par une

particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit ».

penne naturelle, à refuser le corps électoral lui-même, puis le référendum de novembre 2018, puis son résultat. Et, sur fond de troubles politiques, s'enchaînerait le refus de participer aux provinciales de 2019 pour les mêmes raisons. Ce scénario serait celui de l'échec de l'Accord de Nouméa. On serait passé en vingt années du boycott au boycott. La France y serait une nouvelle fois fidèle à son histoire en renouant avec la litanie des échecs violents de ses décolonisations ratées. Cette dérive plausible demeure encore évitable.

Mathias Chauchat est Professeur de droit public à l'Université de la Nouvelle Calédonie.