

COMMENT REMEDIER A LA DISSYMETRIE INSTITUTIONNELLE EN POLYNÉSIE FRANÇAISE?

CONTRIBUTION A L'ÉVOLUTION DU STATUT DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE

Alain Moyrand *

I INTRODUCTION: PROBLÉMATIQUE DE L'AUTONOMIE EN DROIT FRANÇAISE

En droit français, le terme autonomie ne correspond pas à une catégorie institutionnelle qui se situerait, comme c'est le cas par exemple en Espagne, entre les collectivités territoriales et l'Etat. La doctrine est unanime pour reconnaître qu'entre le régime de la décentralisation et l'accession à l'indépendance, le droit positif ne fait aucune place à un régime intermédiaire. Comme le souligne très justement François LUCHAIRE "le concept d'autonomie n'aboutit donc pas à créer une situation juridique nouvelle".¹

La notion d'autonomie sert simplement à désigner le degré de liberté dont disposent les autorités décentralisées dans la gestion des affaires locales. Ce degré de liberté résulte du fait que " la collectivité dispose de son propre personnel et de son propre budget"² ou encore parce qu'elle détient des compétences matérielles importantes³ notamment dans les domaines économiques et fiscaux. Dès lors, l'autonomie se confond avec la décentralisation et partant

* Maître de Conférences à l'Université Française du Pacifique.

¹ "L'autonomie de la Polynésie française devant le Conseil constitutionnel", RDP 1996, p 957.

² Olivier GOHIN, *Les institutions administratives*, LGDJ, 2^e édition, 1995, p 67.

³ Cf Art 1er al 2 de la loi organique du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française: "La Polynésie française est, au sein de la République, un territoire d'outre-mer doté d'un statut d'autonomie, qui exerce librement et démocratiquement, par ses représentants élus, les compétences qui lui sont dévolues par la présente loi".

elle ne peut être, comme cette dernière, que de type administratif.⁴ L'utilisation de cette notion, sur le plan juridique, n'apporte aucun élément novateur pour appréhender la réalité institutionnelle d'une collectivité (on dira que telle entité ou personne est plus ou moins décentralisée ou bénéficie de plus ou moins d'autonomie).

Un auteur cependant, spécialiste des institutions d'outre-mer, a tenté de définir les contours d'un nouveau régime d'administration locale en procédant par un regroupement d'éléments caractérisant le régime des TOM.⁵ Mais sa démonstration ne permet, tout au plus, que de souligner une forme de décentralisation que l'on peut qualifier d'accentuée si on compare les TOM avec les collectivités locales métropolitaines.

Ainsi le concept d'autonomie, en droit français, ne correspond pas à un régime d'administration du territoire, comme c'est le cas par exemple dans les Etats autonomiques. Pourtant lorsqu'on analyse les caractères généraux du système institutionnel polynésien on constate que ceux-ci sont bâtis à l'instar des régimes politiques. Cependant, les TOM ne bénéficient pas d'un pouvoir normatif adapté à cette situation. Nous constaterons tout d'abord ce "décalage" existant entre le système normatif et le système institutionnel (chapitre II). Ensuite il conviendra, pour mettre un terme à une telle "dissymétrie", d'envisager les évolutions statutaires possibles (chapitre III).

II LES CARACTÈRES GÉNÉRAUX DU SYSTÈME INSTITUTIONNEL DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE

Les nouvelles institutions définies par la loi organique du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française et par la loi du même jour complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française ressemblent fort à celles qui avaient été mises en place par la précédente loi statutaire du 6 septembre 1984. En effet, il n'y a pas de rupture

⁴ Cette constatation avait déjà été faite il y a plusieurs dizaines d'années par les spécialistes du droit d'outre-mer: Louis ROLLAND et Pierre LAMPUE, *Précis de droit des pays d'outre-mer*, Dalloz, 2^e édition, 1952, p 57.

⁵ Thierry MICHALON, *La décentralisation. Les régimes d'administration locale*, Syros 1988, p 135 et s; et du même auteur: " *L'autonomie interne et la Constitution. Eléments pour un débat* ", *Revue de Science Administrative de la Méditerranée Occidentale*, n° 26-27, septembre 1989, p 154-156; cf aussi Albert DAUSSIN-CHARPENTIER, " *L'expérience polynésienne d'autonomie interne: avatar de la décentralisation ou étape vers l'indépendance association?* ", *La Vie départementale et régionale*, n° 45 à 48, mars à juin 1988.

mais bien continuité.⁶ Sans doute on peut relever quelques modifications au plan de l'organisation et du fonctionnement des institutions mais les "avancées" en terme de compétence -donc de pouvoirs- sont en définitive modestes, soit parce que les parlementaires ont refusé d'approuver des propositions de réformes présentées par les élus polynésiens, soit parce que le Conseil constitutionnel, chargé de contrôler la constitutionnalité des lois statutaires, a censuré certaines dispositions qui renforçaient les attributions du Territoire.

Lorsque le juriste étudie les institutions de la Polynésie Française, il ne peut manquer d'être frappé par le fait que ces structures institutionnelles ressemblent étrangement à un système étatique⁷ au point que certains spécialistes des institutions d'outre-mer n'hésitent pas -à juste titre- à qualifier la loi statutaire de "*Constitution territoriale*".⁸

En effet on remarque tout d'abord, que le Territoire peut déterminer "*librement les signes distinctifs permettant de marquer sa personnalité dans les manifestations publiques officielles*"⁹ et que par ailleurs, la langue tahitienne et les autres langues polynésiennes peuvent être utilisées.¹⁰ On peut relever ensuite que les termes retenus pour qualifier les organes du territoire (président du gouvernement, conseil des ministres, etc) sont ceux généralement utilisés pour désigner les institutions des systèmes politiques. De même, les mécanismes institués pour établir les relations entre les organes territoriaux sont identiques à ceux définis dans les constitutions étatiques. Enfin, des compétences normatives très importantes ont été confiées aux institutions territoriales (on sait en effet, que les TOM

⁶ Un spécialiste du droit d'outre-mer a même pu écrire que "*Le statut de 1996 peut apparaître comme la 11e modification du statut de 1984*". Cf. Guy SEM, *Introduction au statut juridique de la Polynésie française*, DDOM 1996, p 12. Sur le même sujet, mais en anglais, voir Bernard GILLE et Yves-Louis SAGE, "*The Territory of French Polynesia*", in *Essays on French Law in the Pacific*, VUW Law Review Monograph 8, p1 et suivantes.

⁷ Cf Philippe LECHAT, "*Le statut de la Polynésie française du 6 septembre 1984 cinq ans après: autonomie interne ou autonomie internée*", *Annales du Centre Universitaire de Pirae*, année 1988-1989, n° 3, p. 69-98.

⁸ Cf Yves BRARD, allocution lors de la première Table Ronde sur le Droit Territorial, Université Française du Pacifique, Tahiti, 1991, p 4. Cette opinion est aussi celle des parlementaires. En effet, comme le constate le rapporteur de la Commission des lois de l'Assemblée nationale "*par bien des aspects, le projet de loi organique ressemble davantage à une constitution qu'à une loi*" (Jérôme BIGNON, Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française: Doc AN n° 2509, 29 janvier 1996, p 16).

⁹ Art 1er alinéa 3 de la Loi organique du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française: hymne, drapeau, ordre spécifique reconnaissant les mérites de ses habitants et de ses hôtes.

¹⁰ Art 115 de la loi organique du 12 avril 1996.

peuvent prendre des "décisions" dans un domaine matériellement législatif, c'est-à-dire sur des matières qui, en métropole, relèvent de la compétence du Parlement). Ainsi par exemple, le président du gouvernement dispose de compétences spécifiques en matière de relations internationales.¹¹

Ainsi compte tenu de la structure et des compétences exercées par la Polynésie française, on peut conclure avec le Professeur Dominique Rousseau que les TOM sont des "esquisses d'Etats fédérés".¹² Dès lors, cette constatation justifie que l'on analyse les institutions de la Polynésie française comme des institutions politiques d'un Etat. On pourra ainsi utiliser la classification des régimes politiques pour définir le type de régime de la Polynésie française (section A). On doit aussi s'interroger sur la véritable nature juridique du Territoire de la Polynésie française: doit-on continuer à classer ce territoire dans la catégorie des collectivités territoriales? D'autres solutions ne devraient-elles pas être envisagées? (section B).

A La nature du régime polynésien

C'est en raison de la ressemblance du système institutionnel polynésien avec les systèmes politiques étatiques que l'on peut s'autoriser à utiliser la typologie propre au régime politique. En fait, la qualification du régime polynésien au regard de la classification traditionnelle a une portée très limitée (1). Elle n'en présente pas moins quand même quelque intérêt (2).

1 Les limites de la classification des régimes politiques

Pour essayer d'expliquer le fonctionnement des régimes politiques, les constitutionnalistes ont déterminé une typologie des régimes politiques. Le critère de la séparation des pouvoirs (Exécutif, Législatif, Judiciaire) constitue le fondement de cette opération de classification (voir les manuels de *droit constitutionnel*). Après avoir mis en oeuvre ce critère pour qualifier le régime polynésien (i) nous nous intéresserons à la portée de cette opération de classification (ii).

(i) La mise en oeuvre du critère de la séparation des pouvoirs

(a) Les standards

La classification traditionnelle des régimes politiques conduit à distinguer trois types de régimes politiques: le régime de confusion des pouvoirs résultant de l'absence de

¹¹ François LUCHAIRE estime même que depuis la loi statutaire du 6 septembre 1984, "un embryon de personnalité internationale" a été reconnue à la Polynésie française: Note sous Conseil constitutionnel, 8 et 23 août 1985, D 1986, II, p 55.

¹² *Droit du contentieux constitutionnel*, Monchrestien, 4^e édition, 1995, p 218.

séparation des pouvoirs, le régime parlementaire qui se fonde sur la collaboration des pouvoirs (séparation souple) et le régime présidentiel qui repose sur une séparation rigide des pouvoirs.

Le premier régime se caractérise par une concentration des pouvoirs au profit de l'organe parlementaire ; d'où d'ailleurs le qualificatif de "régime d'assemblée". L'exécutif n'est plus que le " commis " de l'assemblée parlementaire, c'est-à-dire qu'il ne possède plus de volonté autonome et d'ailleurs son absence d'indépendance à l'égard du législatif se vérifie par le fait que ce dernier nomme et révoque les membres du gouvernement.

Le régime parlementaire met en oeuvre une collaboration atténuée entre deux pouvoirs équilibrés: l'exécutif et le législatif. Cette collaboration autorise en principe la compatibilité entre les fonctions parlementaire et gouvernementale; le gouvernement intervient dans la fonction " législative " (droit d'initiative législative, droit d'entrée et de parole des ministres au parlement, etc.). Réciproquement le législatif exerce un contrôle de l'activité gouvernementale. Enfin, la collaboration des pouvoirs est sanctionnée par des mécanismes d'actions réciproques permettant à chacun des pouvoirs d'influer sur l'existence de l'autre. Ainsi la responsabilité politique du gouvernement peut être mise en cause devant le parlement. Inversement l'exécutif dispose de la faculté de dissoudre le parlement. Il convient encore de retenir qu'au plan organique l'exécutif est bicéphale. En effet il est composé d'un chef d'Etat et d'un gouvernement. Le chef de l'Etat est irresponsable politiquement et donc les conflits qui peuvent surgir entre le gouvernement et le parlement n'affecte pas sa fonction.

Enfin, le dernier régime est censé appliquer une séparation tranchée des pouvoirs dans la mesure où d'une part, le parlement et le gouvernement s'absorbent dans leur fonction respective (spécialisation fonctionnelle) et d'autre part, ils ne peuvent se révoquer mutuellement. A la différence du précédent régime, l'exécutif est de forme monocéphale, c'est-à-dire qu'il est confié à un seul organe: le chef de l'Etat qui cumule par ailleurs les fonctions de chef de gouvernement. Cela ne veut pas dire qu'il est seul pour assumer ses attributions. Mais ses collaborateurs (ministres) ne font que mettre en oeuvre et traduire ses volontés.

(b) Un régime de type parlementaire

Analysé à l'aune des modèles théoriques, le régime polynésien peut être classé dans la catégorie des régimes parlementaires. En effet, de nombreux mécanismes de collaboration des pouvoirs ont été institués: règle de la compatibilité entre les fonctions gouvernementale et " parlementaire "; intervention de l'exécutif dans la fonction " délibérative ", etc. Par ailleurs les éléments essentiels d'action réciproque des pouvoirs figurent dans la Constitution territoriale: responsabilité politique du gouvernement et

dissolution de l'assemblée (dans ce dernier cas la décision est mise en oeuvre par le Gouvernement de la République).

On doit relever cependant des singularités qui caractérisent le régime polynésien. Tout d'abord, l'exécutif n'est pas bicéphale puisque son Président est en même temps le chef du gouvernement. Ensuite, on remarque que la maîtrise de la mise en oeuvre du droit de dissolution n'appartient pas à l'exécutif mais dépend d'un organe de l'Etat. Enfin, il faut relever que la Polynésie française ne possède pas de système juridictionnel qui lui soit propre mais emprunte celui de l'Etat. En effet ce sont les juridictions de l'Etat qui sont chargées de contrôler et de réguler le fonctionnement des institutions polynésiennes.

Certains auteurs ont souligné que le régime polynésien contenait des éléments de "présidentialisation". Cette terminologie (souvent employée pour qualifier les régimes des Etats du tiers monde et plus particulièrement d'Afrique noire), utilisée à l'occasion de la réforme statutaire opérée par la loi du 12 juillet 1990, se fonde sur le fait que depuis cette date le Président du gouvernement reçoit seul "l'investiture" de l'Assemblée et qu'il a la maîtrise totale de la composition de son gouvernement. C'est un fait que, au sein de l'exécutif, le Président est l'élément fondamental. Néanmoins le terme "présidentialisation" est des plus flous et ne renvoie pas un modèle précis de régime.¹³ Du reste il est plus souvent employé de façon péjorative pour dénoncer la place "hégémonique" d'un organe, en l'occurrence celle du Président du gouvernement.

(ii) La portée du résultat obtenu

En dépit des difficultés à définir "la bonne étiquette" qu'il convient de retenir pour qualifier le régime polynésien, il faut reconnaître que cet exercice de classification n'apporte que très peu de renseignements sur le fonctionnement réel du régime).¹⁴ D'ailleurs la preuve en est que les constitutionnalistes sont obligés de recourir à de nouvelles terminologies pour tenter d'expliquer le fonctionnement du régime (exemple: la présidentialisation du régime).

Le fait que tel régime soit qualifié de parlementaire ne permet pas d'appréhender concrètement comment s'exerce le pouvoir et comment les institutions vont fonctionner. Ainsi par exemple on observe des similitudes dans le fonctionnement des régimes des États-Unis d'Amérique et britannique alors que ces deux pays ont des structures constitutionnelles qui relèvent de deux catégories différentes: régime parlementaire pour l'Angleterre et régime présidentiel pour l'Amérique.

¹³ Voir les critiques dans la thèse de Richard MOULIN, *Le présidentialisme et la classification des régimes politiques*, LGDJ 1978.

¹⁴ Cf Michel TROPER, " *Les classifications en droit constitutionnel* ", RDP 1989, p 945-956.

En réalité les formes de gouvernement ainsi que les modalités d'exercice du pouvoir ne sont que des éléments secondaires pour appréhender le fonctionnement d'un système politique. Ce sont de nombreux autres éléments qui doivent être retenus pour analyser l'exercice réel du pouvoir: culturel (l'histoire, les mentalités), physique (l'étendue du territoire, son caractère insulaire, le climat), les forces politiques (les partis, les groupes d'intérêts, etc).

Dès lors, si la classification des régimes politiques n'explique pas le fonctionnement concret d'un système institutionnel quel intérêt attacher à cet exercice et au résultat auquel les constitutionnalistes parviennent?

2 *L'intérêt de la classification des régimes politiques*

Malgré les critiques que l'on peut adresser à l'opération de classification du régime polynésien cet exercice, bien que formel, présente un intérêt fondamental. S'il est possible, en effet, de qualifier le régime polynésien de régime parlementaire, c'est parce que les organes et les relations qu'ils entretiennent entre eux ont été définis de manière identique à ceux que l'on réserve habituellement aux systèmes politiques. Aussi est-il légitime de conclure à la nature politique - et non pas administrative- des institutions mises en place par la "constitution territoriale".¹⁵

De fait, le " jeu politique " et les stratégies des acteurs ne diffèrent guère en Polynésie de ceux que l'on peut observer au niveau étatique. D'ailleurs le Conseil constitutionnel a considéré que "*l'organe délibérant d'un territoire d'outre-mer ne se limite pas à la simple administration de ce territoire*".¹⁶ Le professeur François LUCHAIRE, dans un commentaire de ces décisions, n'a pas manqué de souligner que "*le Conseil constitutionnel s'est donc rapproché de tout un courant de pensée qui voit dans les rapports de la République avec ses dépendances d'outre-mer l'ébauche d'un certain fédéralisme*".¹⁷ On peut relever encore que bien avant que "l'autonomie de gestion" (1977), puis "l'autonomie interne" (1984) ne soient octroyées à la Polynésie française, un spécialiste de science politique estimait à propos des

¹⁵ D'ailleurs, même pour les institutions locales métropolitaines, nombreux sont les politologues à considérer que "*le pouvoir local fait partie du pouvoir politique, bien qu'il soit organisé de manière spécifique, qu'il n'ait pas toujours les mêmes fonctions, ni des objectifs identiques*", Sylvie Biarez, *Le pouvoir local*, Economica 1989, p 7. Cet auteur démontre bien en s'appuyant notamment sur l'histoire que la nature du pouvoir local est de type politique, op cit p 7 à 48.

¹⁶ CC n° 85-196, 8 août 1985, Rec p 63 ; CC n° 85-197, 23 août 1985, Rec p 70.

¹⁷ D 1986, p 55; en ce sens Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien 4^e édition, 1995, p 219.

lois statutaires des territoires d'outre-mer que "les compétences et surtout les comportements sont essentiellement politiques".¹⁸

Il est vrai, en effet, que le fonctionnement du système institutionnel polynésien est très proche de celui d'un Etat-membre d'un Etat fédéral même si cette forme juridique étatique semble proscrite par notre tradition d'Etat unitaire.

Le problème est qu'il n'existe pas de critère précis pour opérer le départ entre un pouvoir administratif et pouvoir politique et il faut même bien admettre que la séparation entre ces deux sphères de pouvoir est impossible à fonder scientifiquement.¹⁹ En effet, on a parfois coutume de dire que la fonction politique consiste à déterminer les grandes orientations et que la fonction administrative se résume à assurer l'exécution technique des projets du Politique; en d'autres termes le pouvoir politique dirige et le pouvoir administratif gère. Mais ce schéma n'est pas valable pour une collectivité d'outre-mer où les autorités territoriales disposent d'une compétence générale leur permettant tout à la fois de définir les objectifs et d'en assurer l'exécution.

On peut encore approfondir notre analyse et apprécier, au sein du système institutionnel polynésien, comment le pouvoir a été organisé: est-il de type centralisé, déconcentré ou décentralisé? *A priori*, on peut penser que compte tenu de l'étendue géographique de ce territoire, des mesures de déconcentration sont nécessaires.²⁰ Il serait opportun, en effet, que les décisions concernant les archipels soient prises au niveau de ses subdivisions. Or, il apparaît que le pouvoir politique et administratif est de type concentré. En dehors des membres du gouvernement, les autorités administratives ne disposent que de délégation de signature et non pas de délégation pouvoir. La déconcentration au niveau des archipels telle qu'elle avait été envisagée par la loi du 12 juillet 1990 n'a jamais vu le jour et d'ailleurs l'institution des conseils d'archipels a été supprimée dans la loi du 12 juillet 1996.²¹ Dès lors, si incontestablement la Polynésie française bénéficie d'une large décentralisation, elle profite surtout à Tahiti. Toutes les institutions territoriales sont en effet concentrées à Papeete.

¹⁸ Albert MABILEAU, "Gouvernement et administration dans les îles françaises d'outre-mer", *L'outre-mer français*, n° 13, 1967, p 21.

¹⁹ Sur cette question voir notamment la thèse de Denys de BECHILLON, *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica 1996, p 50 et s.

²⁰ Mais des arguments inverses peuvent être opposés à une politique de déconcentration: risque de multiplier les organes décisionnels et donc le coût de fonctionnement de l'administration; risque de "séparatisme" pour certains archipels, etc.

²¹ Alain MOYRAND et Yves-Louis SAGE, "The Council of the Archipelagoes in the Basic Law of French Polynesia", *Revue Juridique Polynésienne*, vol 2 1996, p 450.

Quant à la décentralisation elle n'est possible que sur un plan technique (procédé de l'établissement technique) et non pas territorial. En effet, au terme de la jurisprudence constitutionnelle, il est impossible qu'une collectivité territoriale supérieure puisse contrôler des collectivités locales inférieures.²²

C'est le législateur qui a posé ce principe de l'interdiction de l'établissement ou de l'exercice de tutelle "sous quelque forme que ce soit" d'une collectivité locale sur une autre dans une loi du 7 janvier 1983 (art 2) applicable en métropole. Mais il semble bien que le Conseil constitutionnel impose le respect de ce principe au législateur, de sorte que le juge sanctionnerait certainement des dispositions législatives qui introduiraient la soumission d'une collectivité à une autre.²³

C'est ce qui explique que les Provinces de Nouvelle-Calédonie qui sont des collectivités locales interne au TOM, sont considérées comme des collectivités locales de la République et non de la Nouvelle-Calédonie. Dès lors le contrôle des actes de cet organe est effectué par le représentant de l'Etat.

On doit considérer qu'une telle conception de l'exercice du pouvoir de contrôle administratif est inadaptée dans le cadre des TOM. En effet, on pourrait fort bien concevoir qu'à l'intérieur d'un TOM, sur le fondement de l'organisation particulière (art 74 C), le statut autorise le Territoire à créer ses propres collectivités locales et que de ce fait ce soient les autorités du Territoire qui contrôlent les actes des collectivités infra-étatiques. D'ailleurs dans la loi statutaire des Comores du 22 décembre 1961, ce territoire disposait bien de ses propres collectivités locales (mais il est vrai que cette loi n'avait pas été déferée au contrôle du Conseil constitutionnel).

III LA NATURE JURIDIQUE DU TERRITOIRE DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE

Aux termes de l'article 72 de la Constitution, les territoires d'outre-mer sont des collectivités territoriales (A). Il en résulte que le régime juridique applicable à ces personnes publiques constitue un obstacle à la reconnaissance d'un régime d'autonomie politique (B).

²² CC 168 DC du 20 janvier 1984.

²³ CC n° 84-168 DC, 20 janvier 1984. Cette interdiction découle directement du principe de libre administration des collectivités territoriales posé par l'article 72 de la Constitution. Cf aussi TA Pau 13 mars 1997, Préfet des Landes c/ Département des Landes, *AJDA* 1997, p 542-543, note Jean-Louis REY.

A Les territoires d'outre-mer sont des collectivités territoriales

A l'instar des régions, des départements et des communes, les territoires d'outre-mer sont des collectivités territoriales. Si l'article 74 de la Constitution autorise que certaines collectivités ultra-marines puissent disposer d'une "organisation particulière" on doit relever cependant que d'une part, d'autres collectivités publiques métropolitaines peuvent être dotées d'une "organisation spécifique" (cas de la Corse, CC 9 mai 1991) et que d'autre part, cette référence constitutionnelle ne confère pas aux TOM la possibilité de se "gouverner librement".

En effet, il est clairement indiqué dans l'article 72 de la Constitution que les collectivités locales "s'administrent librement" et que le représentant de l'Etat (en l'occurrence le haut commissaire de la République) est chargé du contrôle administratif des actes. Il en résulte que les institutions des TOM sont simplement de nature administrative et que leurs actes sont de même nature. Or, dans la pyramide des normes juridiques françaises l'acte administratif se situe à un degré inférieur à la norme législative et par conséquent l'importance du pouvoir discrétionnaire est moindre puisqu'il diminue à chacun des degrés de formation du droit.²⁴

Pour illustrer cette assertion nous allons prendre un exemple. Le territoire a adopté une réglementation introduisant un impôt (la CST). Cette délibération de l'assemblée territoriale a été jugée contraire au principe d'égalité par le juge administratif.²⁵ Or, si cet acte avait été de nature "législative", il est très peu probable que le juge constitutionnel ait adopté la même solution. En effet, le Conseil constitutionnel laisse un pouvoir d'appréciation plus large au législateur.²⁶

Ce schéma, propre à la France, ne permet pas pleinement aux autorités politiques des TOM de prendre en charge leurs "intérêts propres" puisque ceux-ci doivent se concilier (c'est-à-dire le plus souvent s'effacer) avec les intérêts de la République. En effet, le pouvoir

²⁴ Cf la théorie de la formation du droit par degré développée notamment par Hans KELSEN dans son ouvrage *la théorie pure du droit* ; cf. aussi R. BONNARD, "la théorie de la formation du droit par degrés dans l'oeuvre d'Adolf Merkl", *RDP* 1928, p 686: "...le maximum de pouvoir discrétionnaire se trouve dans la fonction constituante, la fonction législative en contient beaucoup, mais à un degré moindre, décroît encore dans les fonctions d'exécution de la loi pour arriver à disparaître dans les actes de pure exécutio".

²⁵ CE ass 30 juin 1995, Gouvernement du territoire de la Polynésie française, Rec p 279.

²⁶ Cf Loïc PHILIP, note sous CE ass 30 juin 1995, Gouvernement du territoire de la Polynésie française, *RFDA* 1995, p 1245 ; contra. Christine MAUGÛE, conclusions sur CE 4 novembre 1996, Association de défense des sociétés de course des hypodromes de province et autres, *RFDA* 1996, p 1106.

normatif des TOM s'exerce dans le cadre d'une puissance qui a été délimitée et conditionnée par l'Etat.

B La portée de l'autonomie dans le système institutionnel polynésien

A priori, il est étonnant de constater que des catégories de collectivités aussi différentes que les communes et les TOM puissent être soumises à un même régime juridique. Les compétences reconnues à une commune ou un TOM ne sont pas comparables. Ainsi, pour ne prendre qu'un exemple, les TOM disposent d'une compétence pleine et entière en matière de fiscalité. Or, on sait que l'impôt est l'expression même d'un pouvoir régalien.

Aussi en marge de la technique décentralisatrice qui structure l'organisation et le fonctionnement des collectivités territoriales on devrait rencontrer un régime d'administration qui conférerait à certaines communautés, telles que les TOM, une latitude d'action et des compétences d'une ampleur proche de celles dévolues aux entités membres d'un Etat fédéral.

On pourrait se laisser abuser par les "mots", puisque certaines lois statutaires ont reconnu que tel ou tel TOM est doté de "l'autonomie". Ainsi la loi statutaire du 12 juillet 1977 précisait que la Polynésie française jouissait de "l'autonomie de gestion", tandis que la loi statutaire du 6 septembre 1984 rebaptisait cette autonomie "d'interne". Il faut donc apprécier la réalité que recouvre ces deux expressions (et pour ce faire analyser les lois qui ont utilisé ces termes).²⁷ On remarque que dans chaque cas, *l'autonomie se définit par référence à deux critères* (qui sont inversés si on compare les deux situations):

L'autonomie de gestion désigne un système où (deux choses):

- **l'exécutif de la collectivité territoriale n'est pas élu** (en général c'est le représentant de l'Etat qui par le jeu du dédoublement fonctionnel assume les responsabilités de la collectivité décentralisée),
- dans le cadre de la répartition des compétences entre l'Etat et le territoire, c'est **l'Etat qui dispose de la compétence de principe** et la collectivités ne détient qu'une compétence d'attributions (c'est-à-dire celles qui n'ont pas été réservées à l'Etat).

²⁷ Cf la thèse de Alain BOYER, op cit, p 297-298; il est à noter cependant que dans la loi statutaire des COMORES du 22 décembre 1961, les notions d'autonomie interne et d'autonomie de gestion étaient utilisées indifféremment par le législateur.

*L'autonomie interne*²⁸ se caractérise par la présence des deux éléments suivants:

- **l'exécutif de la collectivité locale est élu** (il émane donc de la collectivité),
- dans le cadre de la répartition des compétences entre l'Etat et le territoire, c'est **la collectivité territoriale qui dispose de la compétence de principe** et l'Etat ne détient qu'une compétence d'attributions (c'est-à-dire celles qui n'ont pas été réservées à la collectivité décentralisée).

L'application de ces critères législatifs ne définit qu'une des formes possibles de la décentralisation, et on pourrait obtenir de nombreuses autres variantes de "l'autonomie à la française", en retenant d'autres critères relatifs à l'agencement des rapports institutionnels entre l'Etat et le TOM et à l'organisation institutionnelle du territoire. Le fait que la loi statutaire actuelle de la Polynésie française utilise le terme "autonomie" sans y adjoindre un qualificatif ("gestion", "interne") n'a pas modifié l'état du droit.

Alors pourquoi avoir employé le terme "autonomie" dans notre droit positif si celle-ci ne se distingue pas de la décentralisation et ne "produit pas de réelle efficacité en droit positif"?²⁹ Sans doute parce que le concept d'autonomie est fortement connoté positivement: il évoque en effet un régime d'administration permettant à un groupement humain de s'auto-gouverner dans une certaine mesure. Dès lors, le concept d'autonomie est un concept magique car il ne met en oeuvre que des moyens symboliques.³⁰ Toutefois, si les acteurs politiques des TOM ont souhaité que le terme autonomie figure en bonne place dans les lois statutaires c'est sans doute aussi parce qu'ils avaient le ferme espoir que les pouvoirs publics (législateurs, juges, etc) feraient une lecture plus audacieuse de ce concept. En effet, comme le suggère François LUCHAIRE, il eut été parfaitement possible

²⁸ Il est à noter que l'expression "autonomie interne" a été utilisée dans un autre sens par la doctrine lorsqu'il s'agissait de caractériser la structure institutionnelle de la Communauté franco-africaine. La souveraineté externe étant confiée aux organes de la Communauté, les Etats membres ne disposaient que d'une autonomie interne, c'est-à-dire que le champ de compétence de ces derniers est "restreint aux matières d'intérêt purement local", cf. Marcel MERLE, "La Constitution et les Problèmes d'Outre-Mer", *RFSP* 1959, p 156 ; cf. aussi René de LACHARRIÈRE, "L'évolution de la Communauté Franco-Africaine", *AFDI* 1960, p 14. Voir aussi dans le même sens l'étude de Yves BRARD, "Autonomie interne et sources du droit en Polynésie française", *AJDA*. 1992, p 544: "Susceptible d'interprétations allant d'une décentralisation poussée à une situation très proche de l'indépendance selon les préférences politiques qui les inspirent, le concept d'autonomie interne comporte une seule certitude, sur le plan sémantique: il exclut l'autonomie interne".

²⁹ Alain BOYER, thèse, op cit, p 307.

³⁰ Guy SEM écrit à ce sujet: "En dernière analyse, toutes les variantes sémantiques sur la qualification de l'autonomie semblent plutôt relever de vaines logomachies faisant les délices du discours politique de l'Etat plutôt que d'une taxinomie repérable de la science juridique", *Introduction au statut juridique de la Polynésie française*, DDOM 1996, p 96.

de considérer que les TOM sont des institutions d'ordre constitutionnel et non plus seulement de nature administrative.³¹ D'ailleurs, le Conseil constitutionnel n'a-t-il pas précisé dans sa décision du 9 mai 1991, à propos de la CORSE, que le législateur pouvait " notamment " déroger aux articles 34 et 37 de la Constitution. Ce qui laissait supposer que pour les TOM on pouvait prévoir d'autres dérogations à la Constitution.

Le juriste qui étudie les institutions des TOM et plus particulièrement de la Polynésie française ne peut manquer d'être frappé par le "visage dissymétrique"³² que présentent ces entités. En effet, sur le plan de l'organisation institutionnelle, les autorités nationales tolèrent que ces territoires puissent être dotés d'institutions de type politique mais elles n'admettent pas que leur pouvoir normatif suive le même mouvement, c'est-à-dire que les décisions soient de nature législative ou à tout le moins, que le régime contentieux des actes territoriaux soit calqué sur un contrôle de constitutionnalité.

Pourtant une évolution statutaire qui mettrait un terme à cette dissymétrie existante entre les institutions et les normes produites par ces dernières serait salutaire. Ce vœux semble rencontrer désormais quelques échos en doctrine³³ et il semble aussi que certains hommes politiques influents³⁴ se soient laissés gagner par cette idée qui se situe aux antipodes des canons jacobins.

IV LES PERSPECTIVES D'ÉVOLUTION STATUTAIRE

En dépit de leurs institutions " quasi-constitutionnelles ", les TOM ne peuvent émettre que des normes de valeur réglementaire, c'est-à-dire des règles juridiques qui d'une part, sont soumises à un fort degré de contrainte et d'autre part, se voient fermer tout un champ

³¹ RDP 1996, op cit, p 955.

³² Expression de Jean-François FLAUSS "Le principe d'égalité et l'existence de droits particuliers ", *Etat, régions et droits locaux. Droits locaux et statuts particuliers en France et en Europe*, Economica, 1997, p. 94. Pour notre part nous avons employé le terme "inadéquation" cf "L'inadéquation de la conception française de l'autonomie au système institutionnel polynésien", "De l'autonomie administrative à l'autonomie politique", op cit, p 150 et s.

³³ Ainsi par exemple Dominique ROUSSEAU estime qu'il convient de poser de nouveaux principes de l'organisation territoriale de l'Etat et pour ce faire il faut réviser la Constitution, cf. "Les principes de libre administration du locale et d'égalité à l'épreuve de l'aménagement du territoire", RFDA 1995, p 883 ; cf. aussi l'opinion de J.-M. WOEHLING, RFDA 1997, p. 1083-1084, compte rendu de l'ouvrage *Etat, Régions, droits locaux: droits locaux et statuts particuliers en France et en Europe*, Economica 1997.

³⁴ Pierre MAZEAUD, cf *Les Nouvelles de Tahiti* du 5 février 1998.

d'intervention.³⁵ Or, cette situation risque à terme de bloquer le processus de création des normes territoriales.

En effet, depuis la révision constitutionnelle du 25 juin 1992, le législateur ordinaire ne peut plus intervenir dans le domaine de compétence des TOM. Seule une loi organique le peut. Or, lorsque le Territoire prend une délibération, il doit notamment respecter les principes généraux du droit (source normative créée ou dégagée par le juge administratif). Cependant, en raison de leur rang infra-législatif mais supra-décrétal dans la hiérarchie des normes, seul le législateur peut déroger, abroger ou modifier ces principes. En revanche les autorités administratives (comme les TOM) ne disposent pas de tels pouvoirs. Aussi, comme le démontre Jean-Claude DOUENCE:³⁶

On risque d'arriver à une certaine paralysie du pouvoir normatif territorial s'il est soumis aux **exigences relativement élevées que le juge formule à l'égard des actes administratifs** et si le législateur national n'a plus compétence pour déroger aux principes généraux du droit ordinaire ou aménager la portée des principes à valeur constitutionnelle ou encore le régime des libertés publiques (...). Il semble que le risque ne soit pas inexistant de figer certaines décisions juridiques, faute d'**autorité compétente** pour les aménager de façon satisfaisante.

Toutes ces raisons militent en faveur d'une évolution statutaire. Or, à en croire la doctrine dominante, le législateur en dotant la Polynésie française d'un statut d'autonomie est allé jusqu'au maximum de ce qui pouvait être octroyé à une collectivité territoriale. Aller au-delà, ce serait sortir de la République, c'est-à-dire franchir la limite de l'indépendance. Le discours n'est pas nouveau, il est prononcé par de nombreux juristes à chaque modification de la loi statutaire.³⁷

Cette opinion, qui somme toute est conforme à l'idéologie jacobine et reflète parfaitement le discours des représentants de la nation, manque singulièrement d'imagination. Sans pour autant inventer des modèles théoriques introuvables ou inconciliables avec notre culture politique, il est parfaitement possible de dessiner les contours de formules statutaires qui, s'inscrivant ou non dans le cadre actuel de notre Constitution, pourrait fort bien convenir aux TOM. Aussi, peut-on regretter que lors du

³⁵ Hubert LENOIR, "La promulgation des lois et décrets en Polynésie Française", in *Revue Juridique Polynésienne*, vol. 1, n° 1, Juin 1994, p 113; Yves-Louis SAGE, "De l'application des normes juridiques en Polynésie Française", *Seconde Table Ronde sur le Droit Applicable en Polynésie Française*, Juin 1992, p 41; "Legislation of the French Overseas Territories", *Essays on French Law in the Pacific*, op cit. p 8.

³⁶ "Etat de droit et droit d'outre-mer", *Le régime législatif de la Nouvelle Calédonie* (dir Jean-Yves FABERON), Dalloz, 1994, p 19 et s.

³⁷ Lois statutaires de 1977, 1984, 1996 ; voir par exemple: Jean-Yves FABERON, "présentation" du colloque *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie*. op cit, p 18.

colloque consacré à l'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie, aucun des participants n'ait envisagé la formule de l'autonomie politique.³⁸

Il va de soi qu'il n'existe pas " une " seule " solution " mais une pluralité de possibilités permettant d'introduire à des degrés variables l'autonomie politique. Sans prétendre à l'exhaustivité en matière d'évolution statutaire, on présentera les différents " modèles " revendiqués par les élus des TOM, selon que ces formules sont régies par la Constitution ou par le droit international.

A Les formules institutionnelles régies par la Constitution

Deux solutions sont envisageables:

- soit, tout en restant dans le cadre de la Constitution actuelle, le Parlement accepte de " faire preuve d'imagination [pour] s'éloigner de la conception administrative " ³⁹ dans laquelle il confine les institutions des TOM.
- soit, au moyen d'une révision constitutionnelle, le constituant introduit dans notre norme fondamentale " l'autonomie politique ".

1 Le renforcement de l'autonomie administrative dans le cadre de la Constitution actuelle

Il est possible, en s'appuyant sur la nouvelle version de l'article 74 C issu de la révision constitutionnelle du 25 juin 1992, " d'inventer un statut qui place " les institutions des TOM " à mi-chemin entre des organismes régis par la loi et le droit administratif et ceux dont l'organisation et les attributions sont fixées par la Constitution ".⁴⁰ Ce schéma n'est pas utopique puisqu'il a été suggéré par un ancien membre du Conseil constitutionnel, François LUCHAIRE. En faisant " preuve d'imagination ", sans bouleverser pour autant le moins du monde la Constitution mais plus simplement en donnant à cette dernière " une interprétation souple et évolutive " cet auteur pense, avec raison, que l'on peut " donner à un territoire d'outre-mer une autonomie qui ne soit pas seulement administrative mais constitutionnelle ".⁴¹

Pour ce faire il conviendrait de modifier le régime contentieux des normes produites par les TOM

³⁸ Ou " autonomie constitutionnelle " selon François LUCHAIRE, cf " L'autonomie de la Polynésie française devant le Conseil constitutionnel ", RDP 1996, p 975.

³⁹ François LUCHAIRE, RDP 1996, op. it, p 975.

⁴⁰ François LUCHAIRE, op cit p 975.

⁴¹ Op cit p 975-976.

(i) *La réforme du régime contentieux des actes émis par les autorités du territoire*

N'oublions pas qu'avec cette " solution " nous restons dans le cadre de la Constitution et que donc, par l'effet de l'article 72 C, les TOM demeurent des institutions administratives produisant des règles de nature administrative. La nouveauté résulterait du fait que le contrôle juridictionnel effectué par le juge administratif serait effectué à l'instar de celui exercé par le juge constitutionnel, c'est-à-dire que les seules normes à opposer aux réglementations territoriales devraient être les principes à valeur constitutionnelle ("le bloc de constitutionnalité"). En revanche, il faudrait abandonner le contrôle par rapport aux principes généraux du droit (PGD). Ceci permettrait que l'on reconnaisse à l'acte territorial intervenant dans un domaine normalement législatif, "les mêmes facultés d'aménagement des normes supérieures que le juge constitutionnel accorde à la loi".⁴²

Cette proposition ne manque pas d'arguments logiques: en effet les actes émis par les autorités territoriales peuvent écarter ou modifier les lois existantes. Or, les lois sont supérieures aux PGD et peuvent de ce fait ne pas les respecter. Comment ne pas concevoir dès lors qu'une délibération d'une assemblée territoriale ne puisse pas s'affranchir du respect des PGD? Le raisonnement est le même à propos des ordonnances de l'article 38 C: ces normes ont pour objet de modifier des lois ; aussi doit-on en conclure qu' " une ordonnance peut modifier un principe général du droit au même titre qu'une autre loi ".⁴³ Et d'ailleurs telle semble bien être la position du juge constitutionnel. Ce dernier invite le juge administratif, chargé du contrôle des ordonnances, à vérifier uniquement leur constitutionnalité (CC n° 77-72 DC du 12 janvier 1977 ; CC n° 81-134 DC du 5 janvier 1982). Cette solution est, outre les auteurs cités ci-dessus, défendue par des représentants éminents de la doctrine.⁴⁴

⁴² Jean-Claude DOUENCE, op cit p 21.

⁴³ Catherine BOYER-MERENTIER, *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Economica/PUAM, 1996, p 171; cf. aussi Denys de BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica 1996, p 320 et s.: " D'une certaine manière, il paraît naturel pour une ordonnance de déroger à un principe général du droit ".

⁴⁴ Louis FAVOREU, "Dualité ou unité d'ordre juridique: Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat participent-ils de deux ordres juridiques différents", *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, 1988, p 145 et s. ; Louis FAVOREU en collaboration avec Thierry S RENOUX, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Sirey, 1992, p 18.

Cependant, le juge administratif n'a pas retenu cette position, tant en ce qui concerne les ordonnances⁴⁵ que les délibérations des assemblées territoriales,⁴⁶ estimant que dans l'un et l'autre cas ces actes sont astreints aux respects des PGD. Comme l'indique Louis FAVOREU, le juge administratif continue de rabaisser le rang hiérarchique de ces normes "à celui d'actes administratifs ordinaires tels que des décrets ou arrêtés".⁴⁷

Compte tenu de l'attitude du Conseil d'Etat -qui dans le cas des ordonnances ne respecte pas l'article 62 C puisqu'il méconnaît la jurisprudence du Conseil constitutionnel du 12 janvier 1977 - qui persiste à soumettre les délibérations des assemblées territoriales aux PGD, il conviendrait que cet affranchissement des actes territoriaux au respect des PGD soit inscrit dans la loi statutaire.

Cette modification importante du régime contentieux des délibérations votées par les assemblées territoriales devrait être accompagné par une réforme de la procédure contentieuse des juridictions administratives appelées à connaître de ces actes. Il serait des plus souhaitable en effet, que le juge administratif renonce à des habitudes totalement incompatibles avec la nouvelle mission qui lui serait confiée. En bref, il conviendrait que le juge administratif s'inspire de l'attitude qu'adopte le Conseil constitutionnel lorsqu'il apprécie la constitutionnalité de la loi. Concrètement, on devrait exiger qu'à l'instar de la Haute Juridiction Constitutionnelle, le juge administratif rende des "jugements" qui se présentent comme des actes de persuasion et non plus comme des actes d'autorité où la motivation est laconique, lapidaire, voire totalement absente. Cela impliquerait notamment que le juge administratif prenne grand soin de répondre à tous les griefs qui sont soulevés contre les actes dont il est saisi. Il serait aussi souhaitable que le caractère contradictoire de la procédure soit pleinement respecté. Ainsi dans la droite ligne de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, il faut autoriser les parties à recevoir communication des conclusions du commissaire du gouvernement et aussi à y répondre.⁴⁸ Il conviendrait par ailleurs que les délais de jugement, qui actuellement confinent au déni de justice, soient raccourcis et respectés (ce qui est trop rarement le cas) comme le fait scrupuleusement le Conseil constitutionnel. Il n'est pas certain que le maintien actuel de l'organisation du contentieux administratif soit nécessaire. En d'autres termes soit le

⁴⁵ CE 4 novembre 1996, Ass. de défense des sociétés de course hippodromes de province et autres, RFDA 1996, conclusions Christine MAUGÛE, p 1099-1111.

⁴⁶ Voir par exemple: CE sect 13 mai 1994, Président de l'Assemblée territoriale de la Polynésie française.

⁴⁷ " *Principes généraux du droit et ordonnances non ratifiées* ", RFDA 1996, p 1112.

⁴⁸ CEDH 20 février 1996, VERMEULEN, RUDH 1996, P; 163 ; CEDH 20 février 1996, LOBO MACHADO, LPA 2 octobre 1996, p 14 ; cf. aussi: Jean LAMARQUE, "Le procès du procès", *Mélanges Jean-Marie AUBY*, Dalloz 1992, p 149-180.

contentieux est attribué directement en premier et dernier ressort à la Haute Juridiction Administrative, soit après examen du litige par le Tribunal administratif de Papeete, l'appel est porté devant le Conseil d'Etat.

(ii) La portée de la réforme du régime contentieux des actes émis par les autorités du territoire

En supposant que le juge administratif considère que les délibérations des assemblées territoriales puissent déroger aux PGD, peut-on conclure qu'ipso facto les TOM bénéficieraient d'une autonomie "quasi-politique"? Rien n'est moins sur. Il faut être conscient, en effet, que l'autonomie normative dont disposeraient ainsi les territoires d'outre mer pourrait être plus ou moins réduite à néant selon le degré de contrôle que ferait peser le juge administratif sur les délibérations. Le seul fait de préciser que le juge ordinaire ne peut plus invoquer les principes généraux du droit lorsqu'il examine la validité d'une décision territoriale peut ne pas modifier la nature de son contrôle. De plus en plus, les principes à valeur constitutionnelle ont tendance à supplanter les principes généraux du droit et le juge administratif invoque directement les principes dégagés par le Conseil constitutionnel sans que cela n'ait modifié l'intensité de son contrôle.

Pourtant, on peut raisonnablement penser que les juridictions administratives détermineraient une intensité de contrôle à l'égard des actes territoriaux similaire à celle que fait peser le juge constitutionnel sur les lois. S'il en allait autrement, le "visage dissymétrique" persisterait et les tensions inévitables qui se produiraient entre l'Etat les TOM ne feraient que relancer la revendication des élus à sortir du cadre institutionnel actuel. Ce faisant le juge perdrait la possibilité de réguler le système institutionnel des TOM. L'étape statutaire suivante, consisterait en effet, à remettre le contentieux des normes territoriales au juge constitutionnel.

Si cette évolution statutaire devenait réalité, alors on pourrait conclure que le concept d'autonomie produit des effets dépassant la simple décentralisation administrative.⁴⁹ Il faut insister sur le fait que l'autonomie resterait de nature administrative puisque formellement les normes émises par les TOM n'auraient qu'une valeur réglementaire et que par ailleurs, elles resteraient soumises aux juridictions administratives. Cependant, les potentialités offertes aux autorités territoriales pour préserver "les intérêts propres" de leur population, seraient très proches de celles que l'on obtient dans un Etat autonome.

⁴⁹ Cf. Albert DAUSSIN-CHARPENTIER, "L'expérience polynésienne d'autonomie interne: avatar de la décentralisation ou étape vers l'indépendance associée?", *La Vie départementale et régionale*, n° 45 à 48, mars à juin 1988 et Philippe LECHAT, "Le statut de la Polynésie française du 6 septembre 1984 cinq ans après: autonomie interne ou autonomie internée", *Annales du Centre Universitaire de Pirae*, Année 1988-1989, n° 3.

Enfin, avec ce modèle institutionnel, on peut penser que le principe d'indivisibilité de la souveraineté ne serait pas heurté. On sait en effet, que le juge constitutionnel sans donner un contenu précis au principe d'indivisibilité lui assigne cependant une fonction fondamentale: protéger l'unité de l'Etat (c'est-à-dire son caractère unitaire) en assurant l'unité du pouvoir normatif.⁵⁰ Or, ce premier modèle de statut, respecte bien, nous semble-t-il, l'interprétation du principe d'indivisibilité de la souveraineté " élaborée " par le juge constitutionnel puisque d'une part, les actes territoriaux demeurent de nature administrative et peuvent être annulés par le juge administratif et d'autre part, la compétence normative " déléguée " au territoire ne présente pas un caractère irrévocable étant donné que le législateur reste maître de la définition de ce champ de compétence. Sous ces réserves, il est parfaitement possible que le territoire continue de développer et d'enrichir " son " ordre juridique qui se distingue de l'ordre juridique général en vigueur sur le reste du territoire national.

2 *L'introduction de l'autonomie politique par une révision de la Constitution*

L'introduction de l'autonomie politique, dans les TOM nécessitera une révision constitutionnelle. Or, nombre d'auteurs⁵¹ n'ont pas manqué de souligner que même si la loi constitutionnelle du 4 août 1995 a abrogé le titre XIII (art 77 à 87 C, jusqu'en 1993 il s'agissait du titre XIV) de la Constitution régissant l'organisation et le fonctionnement de l'éphémère Communauté regroupant les anciens Etats membres d'Afrique noire, son emplacement demeure et permettrait ainsi au constituant d'y inscrire les nouvelles dispositions relatives aux collectivités qui bénéficieraient de l'autonomie politique.

Deux solutions sont envisageables:

- Soit, on " décroche " les TOM de la catégorie des collectivités territoriales afin d'éviter de les maintenir au rang d'institutions administratives. Dans cette hypothèse, il conviendrait de modifier l'article 72 pour réaliser cette première opération et prévoir des dispositions nouvelles pour ceux-ci.
- Soit, on continue de faire figurer les TOM dans la catégorie des collectivités territoriales mais dans ce cas il faudra créer une nouvelle catégorie de collectivités infra-étatiques bénéficiant de l'autonomie politique. Cette seconde solution

⁵⁰ CC n° 82-137 DC et 82-138 DC du 25 février 1982; CC n° 93-160 DC du 19 juillet 1983, *supra*. Ière Partie, chap 1er, sect 2.

⁵¹ Cf. par exemples: Dominique TURPIN, " L'indépendance-association ", *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie*, (dir. Jean-Yves FABERON), La Documentation française, 1997, p 247 ; Thierry MICHALON, " Pour la Nouvelle-Calédonie, l'hypothèse fédérale ", *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie*, (dir. Jean-Yves FABERON), La Documentation française, 1997, p 241; Guy SEM, *Introduction au statut juridique de la Polynésie française*, DDOM, Papeete, 1996, p 35.

permettrait de maintenir le statut actuel de TOM pour Wallis et Futuna car il ne semble pas que ce peuple d'outre-mer ait, contrairement à la Nouvelle-Calédonie et à la Polynésie française, revendiqué une évolution statutaire.

Quelle que soit la solution retenue (transformation des TOM, ou création d'une nouvelle catégorie de collectivités infra-étatiques), on sait que la reconnaissance de l'autonomie politique dans le cadre d'une Constitution peut s'effectuer selon deux formules, dont l'une s'inscrit dans le cadre d'un Etat unitaire et la seconde dans le cadre d'un Etat composé.

(i) La reconnaissance de l'autonomie politique dans le cadre d'un Etat unitaire

A l'instar des autres Etats autonomiques européens, les nouvelles collectivités françaises bénéficiant de l'autonomie politique seraient astreintes au respect de la Constitution et ne bénéficieraient d'aucune parcelle de souveraineté. Le caractère unitaire de l'Etat français continuerait de primer. Cependant, plusieurs modifications de la Constitution devraient être envisagés.

Tout d'abord, en ce qui concerne les compétences attribuées à ces collectivités, il serait sans doute intéressant de faire figurer celles-ci (ou une partie d'entre elles ; le reste pouvant fort bien figurer dans une loi organique) dans la Constitution. Ce système présente l'avantage de mettre les compétences des collectivités ultra-marines à l'abri de toute immixtion de la part des autorités du gouvernement national.

Ensuite, on pourrait accorder un large pouvoir de participation à ces collectivités pour élaborer leur statut en prenant soin d'éviter par des mécanismes appropriés que ce pouvoir ne soit l'apanage exclusif de la majorité au pouvoir. Notamment l'approbation de ces statuts par des référendums locaux est une possibilité qui pourrait être envisagée. En tout état de cause, et parce que l'on reste dans le cadre d'un Etat unitaire, le " statut " de la collectivité n'acquière pas une valeur constitutionnelle. Il demeure une loi organique.

En troisième lieu, le constituant devra conférer une valeur législative aux normes émises par l'organe délibérant (le parlement local). Ceci impliquerait que l'on procède à une nouvelle répartition des compétences entre le Gouvernement et le Parlement de la collectivité qui s'inspire des solutions retenues au niveau des organes nationaux.

Enfin, le contentieux des normes de valeur législative serait confié au Conseil constitutionnel. Là encore de nombreuses solutions pourraient être envisagées pour définir le régime contentieux de ces actes: protection des lois des collectivités contre les empiétements des lois nationales et vice versa; saisine de la juridiction constitutionnelle par la minorité du parlement local; introduction d'une procédure d'exception d'inconstitutionnalité, etc.

(ii) La reconnaissance de l'autonomie politique dans le cadre d'un Etat composé

On aurait tort de croire que le fédéralisme est une " formule " rigide que l'on retrouve à l'identique dans tous les Etats fédéraux. En effet, la solution fédérale peut s'accommoder d'une infinité de modalités dont la souplesse permet d'élaborer des compromis donnant satisfaction à des entités associées dont les responsabilités sont sans commune mesure. Il va de soi en effet, que le respect scrupuleux du principe d'égalité conduirait la métropole à refuser systématiquement cette formule car elle devrait composer sur un pied d'égalité avec des collectivités beaucoup plus restreintes.

De ce fait, une formule de fédéralisme " asymétrique " permettrait tant à la métropole qu'aux collectivités d'outre-mer de rester unies tout en préservant une large autonomie politique pour ces dernières. Il va de soit que cette structure politique d'inspiration fédérale ne devrait pas être figée mais au contraire devrait autoriser des évolutions. L'hypothèse n'est pas utopique puisque cette solution fut retenue de 1958 à 1960 dans le cadre de la Communauté franco-africaine. On rappellera pour mémoire qu'un débat doctrinal et politique fut ouvert quant à la nature de cette Communauté. Confédération pour certains, fédération pour d'autres, le terme de Communauté retenu par le titre XIV de la Constitution de 1958 fut choisi pour satisfaire les partisans de ces deux solutions. Si en raison de sa construction originale la Communauté fut qualifié de structure sui generis , il apparaît clairement que ces institutions sont empruntées aux principes du fédéralisme.

Dans l'aire du Pacifique Sud, on peut fort bien admettre qu'un seul TOM soit intéressé pour adhérer à une nouvelle Communauté puisqu'il y aurait au moins les deux entités⁵² minimum nécessaires pour constituer cette fédération asymétrique. Mais il est plus raisonnable de penser que la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française souhaiteraient participer à cette Communauté⁵³ du Pacifique.⁵⁴

La mise en oeuvre de ces institutions nécessiterait au préalable que les TOM se transforment en " Etat membre " de la Communauté du Pacifique. Mais étant donné que dans une fédération, les Etats membres d'une part, sont privés de toute souveraineté externe et d'autre part, ne disposent pas de la personnalité internationale et que donc ces entités ne sont pas " indépendantes ", il ne serait pas nécessaire d'organiser un scrutin d'autodétermination. Précisons encore que ces nouvelles collectivités pourraient fort bien rester dans la République, contrairement à la solution retenue pour la Communauté

⁵² L'Etat et un TOM

⁵³ En ce sens François LUCHAIRE, " Préface ", *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie*, (dir Jean-Yves FABERON), La Documentation française 1997, p 13.

⁵⁴ Cette expression " *la communauté française pour le Pacifique* " a été suggérée par le FUPC, cf. Thierry MICHALON, op cit, p 239.

franco-africaine.⁵⁵ Ainsi la Constitution française serait composée de deux parties ; l'une concernerait la métropole et les collectivités ultra-marines qui n'auront pas adhéré à la Communauté, l'autre concernerait les Etats membres et les institutions communes (fédérales) à ces Etats et à la métropole. Sur la base des principes qui seraient arrêtés au niveau de la Constitution française, chaque Etat membre se dotera d'une Constitution interne lui permettant d'organiser ses pouvoirs publics, leurs règles de fonctionnement et les compétences de chacun d'entre eux.

En ce qui concerne les compétences qui ne sont pas exercées par les Etats membres et qui en principe touchent à la souveraineté (défense nationale, politique monétaire, relations internationales...), elles seraient attribuées à des organes communs à la métropole et aux Etats-membres, au sein desquels la métropole conserverait une place prépondérante. De ce fait, les compétences de souveraineté se confondraient avec celles de la métropole et ainsi la Communauté " rétablit l'unité d'une manière aussi complète que dans le régime antérieur ".⁵⁶ Le réalisme conduit en effet à écarter toute solution égalitaire car les contributions respectives des entités ne sont pas équivalentes. Ainsi au sein de cette Communauté, le Président de la République demeurerait le Chef de l'Etat " fédéral " c'est-à-dire de la métropole et des Etats membres. En second lieu, un conseil exécutif (ou du gouvernement de la Communauté) présidé par le Chef de l'Etat et où siègeraient le Premier ministre et certains ministres du gouvernement de la métropole ainsi que les chefs de gouvernement des Etats membres prendraient les décisions dans le domaine des compétences communes. La règle de l'égalité ne s'imposant pas, une pondération des votes serait envisageable en fonction des matières évoqués par ce conseil. De ce fait l'unité politique est maintenue puisque les compétences communes sont sous la dépendance des autorités de la métropole. Par ailleurs, un organe représentatif, du type du Sénat de la Communauté, devrait être doté d'un pouvoir consultatif. Enfin, pour régler les litiges pouvant survenir entre les différentes composantes de la Communauté, la création d'une Cour d'arbitrage s'impose.

Il va de soi qu'avec cette deuxième solution, les collectivités d'outre-mer disposeraient d'une très large autonomie politique. L'étape suivante, si d'aventure ce choix tentait certains Etats membres, serait la création d'Etat indépendant, disposant de la souveraineté ou tout du moins d'une portion de celle-ci, puisque cette dernière solution semble avoir les faveurs de certaines formations politiques calédoniennes.

⁵⁵ En effet les Etats membres de cette communauté étaient placés en annexe de la République et chacun d'entre eux adopta la forme républicaine.

⁵⁶ René de LACHARRIÈRE, " L'évolution de la Communauté franco-africaine ", AFDI 1960, p 14.

B Les formules institutionnelles régies par le droit international

Dès lors que les structures institutionnelles des collectivités d'outre-mer sont mises en oeuvre sur la base du droit international, cela postule l'accession à l'indépendance de ces entités et donc cela implique nécessairement la création d'Etats souverain. Aussi le processus d'autodétermination qui permet à la collectivité d'outre-mer de devenir indépendante est un préalable nécessaire, même si l'optique finale consiste en des restrictions de compétences de souveraineté de la part de cette collectivité au profit de la République française.

Aussi commencerons nous par étudier le "droit de sécession". L'exercice de ce processus peut avoir pour seul objectif de créer un Etat indépendant. Dans ce cas on ne saurait considérer que cette formule puisse constituer un des cas d'application de l'autonomie politique.

Toutefois nombreux sont les hommes politiques d'outre-mer à défendre des formules où, malgré l'érection de la collectivité d'outre-mer en Etat indépendant, des abandons de souveraineté à la République française permettraient de conserver des liens politiques étroits. Pour ces raisons, nous croyons qu'il est fondé de qualifier ces situations d'autonomie politique puisque théoriquement, la liberté de "décider" pour l'Etat lié à la République française n'est pas totale. Cette aliénation d'une partie de la souveraineté de l'Etat d'outre-mer permet une soumission politique partielle de ce dernier à l'Etat français. Bien évidemment l'autonomie politique est la plus grande dans cette hypothèse.

Deux solutions ont été proposées. La première figure à l'article 88 de la Constitution et est plus connue sous le terme "d'Etat-associé", parfois encore dénommé "indépendance-association".⁵⁷ La seconde, plus floue parce que jamais définie et à peine esquissée dans de vagues principes, a été proposée par le Rassemblement pour la Calédonie dans la République (R.P.C.R.) de Nouvelle-Calédonie sous le nom de "souveraineté partagée". Dans les faits, peu de choses la distingue de la première formule si ce n'est qu'elle insiste sur le transfert progressif (sur le long terme) des compétences de souveraineté. La faiblesse de ces deux solutions résulte du fait qu'elles impliquent, l'une et l'autre, la création d'un Etat et que dès lors le respect des garanties consenties par le nouvel Etat ne dépend que de sa bonne volonté. Les traités internationaux peuvent être dénoncés à tout moment.

Pourtant, pourrait-on objecter, dans l'Etat associé, les institutions sont fondées sur l'article 88 de la Constitution. Mais nous constaterons que cette référence est totalement superfétatoire et donc inutile. Quant à la solution de la "souveraineté partagée" on aura beau inscrire ce processus et notamment les transferts temporels de souveraineté dans la

⁵⁷ Cf. le projet de M. Edgar PISANI proposé le 7 janvier 1985.

Constitution, il n'en demeure pas moins que l'entité jouissant de ce statut pourra, parce qu'elle considérera qu'elle dispose des mêmes droits que les autres Etats de la société internationale, s'affranchir des dispositions contenues dans la Constitution française. Aussi dans un second temps, nous étudierons ces deux formules en trompe-l'oeil.

1 *Une étape préalable: l'accession des TOM à l'Indépendance*

Le " droit de sécession " peut conduire les TOM à l'indépendance, c'est-à-dire à la transformation de leur statut de collectivité territoriale en celui d'Etat indépendant. Ces modifications territoriales de l'assiette de la République ont été considérées par le Conseil constitutionnel comme compatibles avec le principe d'indivisibilité.⁵⁸

Cependant l'expression " droit " accolé au terme de " sécession " n'est guère conforme à la réalité même si de nombreux auteurs l'utilisent.⁵⁹ En effet, s'il est vrai qu'un TOM peut évoluer vers l'indépendance, se transformer en Etat indépendant ou se rattacher à un Etat déjà existant, cette évolution statutaire n'est que l'aboutissement d'une procédure d'autodétermination conduisant effectivement à la sécession d'une portion du territoire national. En d'autres termes, l'existence constitutionnelle de cette procédure ne signifie pas que sa mise en oeuvre soit pour les populations concernées un droit. Aucune règle ne fixe les conditions dans lesquelles le gouvernement serait tenu d'organiser une consultation d'autodétermination et de déposer le projet de loi en tirant éventuellement les conséquences. Il s'agit donc d'une compétence discrétionnaire du gouvernement de la

⁵⁸ Il est difficile de s'accorder sur une définition du principe d'indivisibilité en raison notamment du caractère polysémique de celui-ci. En outre, sa signification est passablement compliquée par plusieurs facteurs: à l'origine (c'est-à-dire dans la Constitution du 3 septembre 1791 lorsque ce principe est pour la première fois affirmé) ce principe est lié à celui "d'unité" au point qu'il est difficile de faire le départ entre ces deux principes. Par ailleurs, en l'absence d'un organe constitutionnel chargé de le mettre en oeuvre, le principe d'indivisibilité a eu une fonction exclusivement politique. Depuis 1958, le Conseil constitutionnel a été amené à préciser les effets juridiques de celui-ci, cependant que notre Loi Fondamentale ne faisait plus référence au principe d'unité. Ce faisant le juge constitutionnel a consacré une lecture où le principe d'unité n'est pas pour autant absent. Pourtant, l'interprétation retenue par le juge constitutionnel, tout en se démarquant de la tradition jacobine, consacre néanmoins une lecture restrictive de ce principe.

⁵⁹ Cf. par exemple, Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 4^e édition 1995, cet auteur emploie indifféremment l'expression " droit à sécession " (p 211) et " droit de sécession " (p 212).

République⁶⁰ procédant d'une appréciation politique.⁶¹ Aussi le terme "droit", doit-il être compris comme régime juridique de la sécession.

Après avoir exposé quel est le fondement du droit de sécession, nous étudierons les conditions de son exercice.

(i) L'invention du droit de sécession

Le régime juridique de la sécession a été créé par le juge constitutionnel sur la base d'une doctrine qui avait été présentée par le juriste René CAPITANT. Demeure aujourd'hui une controverse sur le champ d'application de ce "droit".

(a) La création du droit de sécession

Le silence de la Constitution

On ne trouve nulle part inscrit dans la Constitution de 1958 la possibilité pour des collectivités infra-étatiques de faire sécession de la République. Notre Loi Fondamentale fait, au contraire, référence aux principes d'indivisibilité et d'intégrité du territoire (art. 2 et 5 C) et l'on sait qu'en cas de menace sur cette intégrité, l'article 16 de la Constitution qui confère des pouvoirs exceptionnels au Chef de l'Etat peut être mis en oeuvre. Par ailleurs l'atteinte à l'intégrité territoriale est réprimée pénalement.

Cependant, la Constitution de la V^e République a ouvert temporairement ce droit de sécession aux TOM.

D'abord, lors du référendum du 28 septembre 1958, les TOM ont pu choisir leur avenir politique:

- soit rester dans la République française;
- soit devenir immédiatement indépendants (véritable référendum d'auto-détermination pour les TOM). Pour bénéficier de cette seconde option, il fallait que les électeurs des TOM rejettent le projet de Constitution. Ce fut le cas (unique) de la Guinée.

Ensuite, en vertu de l'art 76 de la Constitution, les TOM avaient dans un délai de 4 mois à compter de la promulgation de la Constitution (soit jusqu'au 4 février 1959), la possibilité de changer de statut et devenir soit DOM, soit Etat-membre de la

⁶⁰ Nous verrons ci-après *infra* (ii) que la procédure est entièrement contrôlée par les autorités centrales.

⁶¹ Cette appréciation découlant bien évidemment de la situation politique locale c'est-à-dire en clair, "si les rapports de force locaux l'y contraignent" cf Norbert ROULAND, *Manuel de droit des minorités et des peuples autochtones*, PUF, coll droit fondamental, 1996.

Communauté. Pour ce faire, il fallait que la décision soit prise par l'Assemblée territoriale de chaque TOM. Certes, l'article 76 ne conduisait pas directement à l'indépendance mais il en "ouvrait" le chemin, puisque les Etats-membres pouvaient accéder à l'indépendance en mettant en oeuvre la procédure définie à l'article 86 de la Constitution (aucun TOM n'a choisi cette option).

En dehors de ces deux hypothèses limitées dans le temps, aucune portion du Territoire ne pouvait quitter le giron national. Cette interprétation a d'ailleurs été confirmée par un des artisans de notre Constitution, le Premier ministre Michel DEBRE. Celui-ci déclarait (en réponse à une question écrite) le 28 avril 1959:

La Constitution n'a jamais prévu la possibilité pour les départements de se transformer en territoire d'outre-mer ni à plus forte raison de devenir Etats membres de la Communauté ou Etats indépendants. D'autre part, la transformation des TOM en Etats de la Communauté ne pouvait avoir lieu que dans les quatre mois qui ont suivi l'entrée en vigueur de la Constitution. Aucune transformation en Etats de la Communauté, aucune sécession de la République ne sont donc constitutionnellement possibles pour les départements et territoires faisant actuellement partie de la République française.

Or quelle fut la réalité (la pratique) ? Bien différente... puisque de nombreuses et considérables fractions du territoire national ont fait sécession et ont donc quitté la République:

- d'abord, ce fut le cas de l'Algérie en 1962, qui était pourtant un département. Ce statut ne l'a pas empêché d'accéder à l'indépendance (après une longue guerre de libération nationale) au terme d'un référendum (il est vrai fortement anticonstitutionnel ... mais nécessité fait loi ...).

- ensuite, après le délai de 4 mois suivant l'entrée en vigueur de la Constitution, le législateur français a invité à de nombreuses reprises, les populations de plusieurs territoires à se prononcer sur leur avenir (principe d'autodétermination) et certains d'entre eux ont choisi de quitter la République Française.⁶² citons les cas de la Côte française des Somalis le 12 mars 1967, des Comores le 22 décembre 1974, de Mayotte le 8 février 1976, du territoire français des Afars et des Issas⁶³ le 8 mai 1977, et enfin la Nouvelle Calédonie le 13 septembre 1987.

⁶² Pour une étude exhaustive, cf. Jean-François DOBELLE, "Référendum et droit à l'autodétermination", *Pouvoirs* n° 77, 1996, p 54; cf aussi Hugues BERINGER, "Les consultations d'autodétermination sous la V^e République: le droit à l'épreuve des faits", *RJPIC* 1997, n° 1, p 23- 36.

⁶³ Ex Côte française des Somalis devenue la république de Djibouti.

Comment justifier ces pratiques? Quel fondement juridique donner à l'accession à l'indépendance de ces territoires ?

(b) La consécration de la doctrine CAPITANT

L'article 76 de la Constitution pour une raison de temps n'était plus invoquable (ci-dessus). Alors on a excipé l'art 53 de la Constitution qui dispose que "*Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées*" (consentement donné par voie de référendum).

Pourtant cet article n'évoque pas le cas de la sécession et il semble même être exclu puisque l'alinéa 1er de l'article 53 précise que les échanges ou adjonctions de territoire, doivent découler d'un traité. Or comment la sécession pourrait-elle résulter d'un traité avec un Etat qui n'existe pas (encore)?

Il a donc fallu "solliciter" cet article 53 C; ce qui fut fait à l'occasion d'un problème concret qui se posait (celui de la Côte française des Somalis).⁶⁴

René CAPITANT (un des grands juristes de ce siècle) a fixé, en 1966⁶⁵ la doctrine de cette interprétation spécifique (on parle d'ailleurs de la doctrine CAPITANT) qui permet aux TOM de pouvoir évoluer vers l'indépendance. On peut résumer cette thèse de la manière suivante:

- les TOM ont bénéficié d'une option originaire (lors de l'adoption de la Constitution de la V^e République ; référendum du 28 septembre 1958);
- l'expiration du délai d'option⁶⁶ ne fait pas disparaître le droit de libre détermination des peuples (préambule al 2 C; et art 1er al. 1 C); cette expiration entraîne la modification des *formes* d'exercice de ce droit qui repose désormais sur l'article 53 C;
- la cession de territoire n'exclue pas la sécession;
- le traité exigé par l'art 53 est constitué par l'acte international que constitue de la part de la France sa reconnaissance comme Etat;

⁶⁴ La doctrine (cf notamment Jean-Claude MAESTRE, Louis FAVOREU et Loïc PHILIP; Dominique ROUSSEAU) reconnaît que le juge constitutionnel a "recréé le droit" et que sans cet apport jurisprudentiel il eut fallu réviser la Constitution.

⁶⁵ Cf. Rapport rédigé le 30 novembre 1966 au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale.

⁶⁶ Prévu à l'article 76 de la Constitution.

- la procédure comprend deux étapes: consultation des populations intéressées ; vote par le parlement français d'une loi autorisant la sécession.

Le Conseil constitutionnel a retenu cette interprétation dans sa décision du 30 décembre 1975 (à propos de l'accession à l'indépendance des Comores):

Considérant que les dispositions de cet article [53, dernier al] doivent être interprétées comme étant applicables, non seulement dans l'hypothèse où la France céderait à un Etat étranger ou bien acquerrait de celui-ci un territoire mais aussi dans l'hypothèse où un territoire cesserait d'appartenir à la République pour constituer un Etat indépendant.

(c) Le champ d'application du "droit de sécession"

Jusqu'à présent, le droit de sécession n'a été mis en oeuvre que dans les TOM (mis à part le cas des départements algériens). Est-ce à dire que ce "droit" ne peut profiter que pour les TOM ou bien est-il utilisable pour n'importe quelle portion du territoire national (métropolitain, départementalisé)?

La doctrine est divisée sur cette question.

Certains auteurs estiment que le droit de sécession ne s'applique qu'aux TOM (CAPITANT, FAVOREU). Notamment, un des arguments avancés par CAPITANT, consiste à dire que le droit de libre détermination des peuples n'était utilisable en 1958 (soit le jour du référendum, soit dans le délai de 4 mois suivant la promulgation de la Constitution) que pour les peuples d'outre-mer. Donc son effet (même modifié par une nouvelle lecture de l'art 53 C) se limite à l'outre-mer.

D'autres auteurs récusent cette thèse. Leurs arguments sont les suivants:

- en cas de changement de catégories de collectivités locales (par exemple : TOM transformé en DOM (1°); DOM transformé en TOM (2°)) si on applique la doctrine CAPITANT, on ne peut plus invoquer le droit de sécession:
- dans le 1° cas: parce que le territoire est devenu département,
- dans le 2° cas: parce que le "nouveau" TOM n'a pas pu bénéficier de l'option originaire.
- si l'on admet que le terme cession de l'article 53 al 3 de la Constitution de 1958 puisse être interprété comme ouvrant la possibilité pour le législateur d'amputer le territoire national au profit d'un Etat existant (cession au sens strict) ou à créer (cession au sens large: c'est-à-dire sécession), on ne voit pas pourquoi la notion de territoire dans cet article désignerait (dans le premier cas) n'importe quelle partie du territoire de la République et dans le second cas uniquement des TOM. C'est

pourquoi certains membres de la doctrine⁶⁷ estiment que la sécession peut concerner n'importe quelle portion du territoire national (outre-mer, métropole...)

La jurisprudence constitutionnelle est ambiguë et ne permet pas de trancher le débat. En effet, après avoir affirmé, dans sa décision du 30 décembre 1975, que la notion de territoire contenue dans l'article 53 al. 3 C. n'est pas synonyme de TOM, et que donc elle autorise la sécession de n'importe quelle portion de territoire national,⁶⁸ le Conseil constitutionnel prend soin de préciser, dans une décision du 2 juin 1987 que le processus d'autodétermination fait référence aux principes de libre détermination des peuples et de libre manifestation de leurs volontés "spécifiquement prévus pour les TOM par l'alinéa 2 du préambule". De plus dans sa décision du 9 mai 1991, le juge constitutionnel a rappelé " que la Constitution de 1958 distingue le peuple français des peuples d'outre-mer auxquels est reconnu le droit à la libre détermination ". C'est pourquoi certains auteurs, dont Louis FAVOREU, estiment par un raisonnement *a contrario* que le droit de sécession ne s'applique qu'aux TOM Enfin, pour André ROUX qui se fonde sur la décision de 1991, le droit de sécession concerne les TOM et les DOM car " en oubliant de préciser que dans l'article 1er de la Constitution il est fait référence aux << peuples des territoires d'outre-mer >>, et en ne mentionnant que les << peuples d'outre-mer >>, le Conseil constitutionnel sous-entend certainement que les peuples des départements d'outre-mer bénéficient également de ce droit qui est en revanche exclu pour les collectivités métropolitaines".⁶⁹

Quoi qu'il en soit de ces querelles doctrinales sur la portée territoriale du " droit à sécession ", on remarque qu'il n'a jamais été contesté que les TOM pouvaient bénéficier de ce processus.

(ii) Les conditions d'exercice du droit de sécession

Le principe de sécession -tel qu'il est interprété par le Conseil constitutionnel- est tout à la fois audacieux et généreux. Mais en fait, à y regarder de plus près, on remarque que son application nécessite le déclenchement d'une procédure dont l'Etat maîtrise la mise en oeuvre.

La pratique de cette procédure révèle qu'un certain nombre de conditions doivent être observées pour que le processus soit régulier. Pas moins de quatre contraintes sont posées.

⁶⁷ François LUCHAIRE; Dominique ROUSSEAU ; Léo HAMON.

⁶⁸ " Considérant que l'île de Mayotte est un territoire au sens de l'article 53, dernier alinéa de la Constitution, ce terme n'ayant pas dans cet article la même signification juridique que dans l'expression territoire d'outre-mer, telle qu'elle est employée dans la Constitution".

⁶⁹ *Droit constitutionnel local*, Economica 1995, p 85.

(a) *L'initiative de la procédure de sécession appartient aux autorités nationales*

Seul les autorités de la République, gouvernement ou parlement, sont compétentes pour déclencher une procédure de sécession. Cette interprétation du droit résulte de la jurisprudence du conseil constitutionnel et tout particulièrement de sa décision du 2 juin 1987. Aussi, les populations ou les TOM ne peuvent initier de telles procédures, sous peine d'ailleurs de faire l'objet de poursuites pénales. Cependant ne soyons pas si formaliste, rien n'empêche des citoyens ou des élus locaux de réclamer ce "droit" aux autorités de la République. Le fait est coutumier... Et d'ailleurs c'est justement parce que la question de quitter le giron de la République se pose que les autorités nationales déclenchent la procédure de sécession.

(b) *Le droit international public est inapplicable*

La question de l'application du droit international au processus de sécession se pose dans la mesure où une résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960 de l'Organisation des Nations Unies prévoit des dispositions spécifiques pour que les peuples colonisés puissent s'émanciper de toute tutelle d'un Etat étranger. Toutefois, la France n'étant plus une puissance coloniale, la procédure de sécession ne peut être conduite que sur la base de règles de droit interne. C'est ce qu'a affirmé à plusieurs reprises le Conseil constitutionnel (décisions du 30 décembre 1975 et 2 juin 1987).

Le fait que la procédure de sécession se déroule dans le cadre de la Constitution, n'empêche pas, si telle est la volonté des autorités de la République, que des observateurs internationaux soient présents lors de la consultation des populations locales. Ainsi à titre gracieux la France a accédé à certaines demandes de l'ONU et a accepté que la présence d'observateurs à Mayotte en 1976 et à Djibouti en 1977. Mais " *la consultation est sous contrôle exclusif de la France et obéit aux seules règles juridiques du droit français*".⁷⁰

(c) *La consultation des populations intéressées*

Lorsque les habitants d'une partie de la République souhaitent quitter le giron national, il convient de les consulter. A ce sujet, trois questions se posent:

- quelle est la population intéressée par la consultation?
- cette consultation est-elle obligatoire?
- comment déterminer le corps électoral à partir de la (ou des) population(s) intéressée(s)?

⁷⁰ Jean-François DOBELLE, " *Référendum et droit à l'autodétermination* ", *Pouvoirs* n° 77, 1996, p 55.

(1) La notion de " populations intéressées "

A priori la détermination des personnes à consulter ne devrait pas poser de difficultés particulières puisqu'une donnée objective est à prendre en compte: la population du Territoire. Le problème est, nous l'avons précisé, que la notion de " territoire " contenue dans l'article 53 alinéa 3 de la Constitution n'est pas synonyme de territoire d'outre-mer et que donc, à l'intérieur d'une collectivité infra-étatique il est possible de distinguer plusieurs territoires. Cette interprétation est renforcée par le fait que dans ce même article 53 alinéa 3 de la Loi Fondamentale, le constituant emploie l'expression de " populations intéressées " au pluriel, laissant supposer que lors d'un référendum plusieurs populations peuvent être consultées.⁷¹ Or, si lors d'un scrutin d'autodétermination une des populations intéressées ne consent pas à faire sécession elle ne saurait " sortir de la République française " (CC 30 décembre 1975).

Tout le monde garde à l'esprit le précédent de Mayotte. Lors de la consultation des populations des Comores le 22 décembre 1974 une très forte majorité de l'archipel se prononça en faveur de l'indépendance, sauf à Mayotte où 65 % de la population de cette île souhaite son maintien dans la République française. Dans sa décision du 30 décembre 1975, le Conseil constitutionnel estima que l'île de Mayotte étant un territoire, sa population ayant clairement manifesté son refus de quitter la République française, Mayotte resterait une collectivité française. En revanche le reste de l'archipel accéda à l'indépendance conformément au consentement exprimé par sa population. Il semblerait que cette " régionalisation " du référendum au sein d'un même TOM ne puisse être retenue qu'à la condition " qu'il y ait entre les différentes parties d'un territoire un élément sérieux de distinction ".⁷² Dans le cas des Comores cet élément objectif de distinction était notamment constitué par l'insularité.

Cette pratique propre à la République française contredit quelque peu les principes du droit international public puisqu'en effet, il a toujours été convenu que les scrutins d'autodétermination doivent être conduits dans le cadre des frontières coloniales. Elle pourrait pourtant être rééditée lors de futures consultations des populations des TOM.

A propos de la Nouvelle-Calédonie, il a été soutenu qu'il existerait plusieurs territoires permettant de distinguer plusieurs populations intéressées. Telle est l'opinion de Olivier GOHIN⁷³ qui estime que chaque province de la Nouvelle-Calédonie constitue une

⁷¹ Pourtant il semble bien que le pluriel (populations intéressées) s'explique par le fait qu'il existe plusieurs causes de consultation: cession, échange, adjonction, sécession....

⁷² François LUCHAIRE, *Le statut constitutionnel de la France d'outre-mer*, op cit, p 57.

⁷³ "L'indépendance des Comores et le précédent de Mayotte ", *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie*, op cit, p 76.

population intéressée. Aussi en cas de consultation des populations intéressées, en fonction des résultats de ce scrutin d'autodétermination, il est possible qu'une partie de ce TOM n'accède pas à l'indépendance. Pourtant dans le cas de Nouvelle-Calédonie, faute de pouvoir se fonder sur un élément objectif de distinction (telle que l'insularité de la Grande Terre), il est difficile d'admettre qu'il existe des "populations intéressées" même s'il est patent qu'il existe des peuples différents (Kanack, Caldoche, Wallisien...). En effet, la France fait traditionnellement prévaloir le principe de l'unité du peuple (ce qui est conforme à l'interprétation que fait le Conseil constitutionnel, décision du 9 mai 1991) vivant sur un même territoire même si ce peuple est composé d'ethnies différentes. Tel fut le cas lors de la consultation de 1967 dans la Côte française des Somalis, où les Afars, à la différence des Issas, votèrent majoritairement en faveur du maintien du territoire au sein de la République française (*idem* pour la consultation de 1977 dans le Territoire des Afars et des Issas et celle de 1987 en Nouvelle-Calédonie).

La même opinion pourrait être soutenue à propos de la Polynésie française. Il existe, en plus de l'insularité, quelques éléments permettant de distinguer les populations des 5 archipels composant ce TOM: langues, traditions culturelles, etc. Aussi le précédent de Mayotte pourrait bien être réédité en Polynésie française. On songe plus particulièrement à l'archipel des Marquises où les populations ont toujours fait montre d'un fort sentiment francophile.

(2) Le caractère obligatoire de la consultation

La consultation des populations intéressées, en préalable à l'indépendance, est considérée comme le "*préliminaire obligatoire*" du vote d'une loi autorisant la ratification d'un traité portant cession d'un territoire. Ce caractère obligatoire de la consultation résulte de l'article 53 alinéa 3 de la Constitution.⁷⁴ Cette consultation est précédée du vote d'une loi ordinaire l'organisant.

On relèvera que la Constitution ne donne aucune précision sur cette consultation et plus particulièrement s'il faut consulter directement la population par la voie d'un référendum (local) ou s'il est possible de se contenter de recueillir l'avis des représentants de ces population siégeant dans une assemblée délibérative (il faut dans ce cas, bien évidemment, que la consultation soit organisée sur le territoire d'une collectivité infra-étatique). Certains membres de la doctrine estiment que "*rien n'interdit (...) d'admettre que l'assemblée délibérante puisse se prononcer valablement dès lors qu'elle est représentative de la*

⁷⁴ Cf CE ass 27 juin 1958, George et Teivassigamany : décision rendue à propos de l'application de l'art 27 de la Constitution de 1946 dont le texte est identique à celui de l'art 53 , al 3, de la Constitution de 1958.

population intéressée ".⁷⁵ Tel fut d'ailleurs le cas, fort discuté il est vrai, de la cession à l'Inde des comptoirs français de Karikal, Mahé, Pondichéry et Yanaon.⁷⁶ Mais en dehors de ce précédent isolé, la France a toujours recouru à la consultation directe de la population.

Selon la doctrine CAPITANT, la consultation organisée dans le cadre de la procédure de sécession fait partie de la catégorie des avis obligatoires. Il ne s'agit donc pas vraiment d'un référendum (local) puisque la consultation n'emporte pas décision. Encore faut-il que le Parlement intervienne après le déroulement du scrutin pour tirer les conséquences de ce dernier, c'est-à-dire pour arrêter la décision de sécession.

Enfin, dans une décision du 2 juin 1987, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de préciser à propos du libellé de la question posée aux votants qu'elle devait respecter les exigences constitutionnelles de loyauté et de clarté et en tout état de cause cette question " *ne doit pas comporter d'équivoque* ". Ce faisant le Conseil constitutionnel a considéré, à propos de la Nouvelle Calédonie (décision précitée) que la consultation ne pouvait pas porter sur " *le maintien au sein de la République avec un statut dont les éléments essentiels auront été portés à leurs connaissances* " car cela pouvait " *dans l'esprit des votants faire naître l'idée erronée que les éléments du statut sont d'ores et déjà fixés, alors que la détermination de ce statut résulte en vertu de l'article 74 de la Constitution d'une loi prise après consultation de l'assemblée territoriale* ".

(3) La détermination du corps électoral

Une fois que la (ou les) population(s) intéressée(s) ont été définies, il reste encore parfois à régler l'épineux problème de la détermination du corps électoral susceptible de participer à la consultation prévue par l'article 53 alinéa 3 de la Constitution. Il se peut qu'aucune difficulté ne surgisse et dans ce cas l'on appliquera le droit commun: tous les électeurs inscrits sur les listes électorales depuis au moins 6 mois⁷⁷ dans le territoire considéré ont le droit de participer à la consultation.⁷⁸

Toutefois la détermination des personnes appelées à participer à une consultation préalable à une cession de territoire peut faire l'objet d'une autre formule, si le législateur a pour souci d'assurer un caractère authentique au scrutin d'autodétermination. Pour ce faire, il convient d'écarter de la liste des votants les " non-originares " (c'est-à-dire les

⁷⁵ Olivier GOHIN, "L'indépendance des Comores et le précédent de Mayotte", *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie*, op cit, p 77.

⁷⁶ Cf. David RUZIE, *Clunet* 1976, p 397-398.

⁷⁷ L'article L 11-1° du code électoral exige une résidence de 6 mois dans une circonscription électorale pour pouvoir participer à un scrutin.

⁷⁸ Exemple: les Comores en 1975.

métropolitains séjournant depuis peu de temps) de ces territoires et dans ce cas, la loi exige une condition de résidence de plusieurs années.⁷⁹

Tel fut le cas pour la consultation des populations de la Côte française des Somalis⁸⁰ en 1967 et 1976 ou une condition de résidence de trois ans fut instituée. De même cette condition de trois années de résidence fut retenue lors de la consultation qui se déroula en Nouvelle-Calédonie le 13 septembre 1987. Le Conseil constitutionnel ayant eu à apprécier cette disposition ne l'a pas déclaré non conforme à la Constitution. On notera qu'une condition de résidence de 10 ans⁸¹ a été retenue par les accords de Matignon et qu'un référendum a entériné cette réduction du corps électoral en 1988⁸². Mais étant donné que cette réduction à 10 ans de résidence a été approuvée par une loi référendaire, le Conseil constitutionnel n'a pas eu à se prononcer sur la constitutionnalité de cette condition.

(d) L'intervention finale du Parlement

Après la consultation des populations intéressées, le Parlement doit intervenir pour autoriser (ou refuser) la sécession. A cet égard deux situations doivent être distinguées:

(1) Le refus de l'indépendance

A plusieurs reprises les populations intéressées consultées par référendum local ont refusé de sortir de la République:

- Côte française des Somalies: 19 mars 1967,
- Mayotte: 22 décembre 1974,
- Mayotte: 8 février 1976,
- Nouvelle Calédonie: 13 septembre 1987.

La question que l'on se pose est la suivante: le législateur est-il tenu de suivre l'avis émis par les populations intéressées? Jusqu'ici le Parlement a toujours suivi cet avis. Mais aurait-il pu contre le gré des populations leur accorder l'indépendance? On peut estimer que serait inconstitutionnelle la loi qui rejetterait des populations hors de la République

⁷⁹ Il apparaît nécessaire parfois, compte tenu de l'importance de la question posée, d'écarter du corps électoral certaines personnes dont les liens avec le territoire ne sont pas considérés comme suffisants.

⁸⁰ Le Territoire s'appelait alors: Territoire des Afars et des Issas.

⁸¹ Cette condition concerne la consultation qui devrait se dérouler en 1998 en Nouvelle Calédonie. Ne pourront participer au scrutin d'autodétermination qui aura lieu en 1998 que les personnes qui ont leur domicile en Nouvelle-Calédonie depuis le 6 novembre 1988.

⁸² Loi du 9 novembre 1988.

sans leur consentement. Au soutien de cette affirmation on peut seulement citer ce considérant du Conseil constitutionnel (décision du 30/12/75): "*cons que cette île [Mayotte] ne saurait sortir de la République française sans le consentement de sa propre population*".

(2) L'acceptation de l'indépendance

A deux reprises aussi, les populations intéressées consultées par un référendum local ont souhaité accéder à l'indépendance.

- les Comores: 22 décembre 1974,

- le territoire français des Afars et des Issas: 8 mai 1977.

Là encore on peut se poser la question de savoir si le législateur est obligé de suivre l'avis émis par les populations intéressées (en faveur de l'indépendance).

En 1977, le législateur a suivi l'avis du 8 mai 1977.

Pour les Comores la question est plus complexe. Certes, le 22 décembre 1974, l'ensemble de l'archipel des Comores s'est prononcé en faveur de l'indépendance. Cependant, une des îles (en l'occurrence Mayotte) a refusé majoritairement cette indépendance. De ce fait, le législateur a décidé d'accorder l'indépendance à cet archipel à l'exception de Mayotte. Le Conseil constitutionnel a reconnu la constitutionnalité de la procédure⁸³.

On peut alors considérer que le Conseil constitutionnel a implicitement consacré la thèse selon laquelle le législateur serait lié par le résultat de la consultation puisqu'en effet il semble lier la compétence du législateur à la position adoptée par les populations intéressées. Mais cette interprétation est discutable⁸⁴. A partir du moment, où le législateur décide éventuellement de consulter les populations intéressées (en ayant arrêté le critère de résidence), de définir le champ territorial de la portion qui peut accéder à l'indépendance, on pourrait très bien admettre qu'il interrompe le processus, ou encore qu'il ne suive pas l'avis résultant du référendum local: en fait la seule obligation qui pèse sur le législateur est de recueillir le consentement des populations intéressées. Toutefois, un éventuel refus du Parlement d'accorder l'indépendance à un territoire qui aurait voté massivement en ce sens, serait politiquement intenable.

⁸³ CC 30 décembre 1975: *cons. que cette île [Mayotte] ne saurait sortir de la République française sans le consentement de sa propre population*".

⁸⁴ Et le contraire est soutenu en doctrine, cf. Alain BOYER, thèse, op cit, p 238-239.

2 Des formules en trompe-l'oeil: " être et ne pas être "

L'intitulé de ce paragraphe ne doit pas induire en erreur. Il ne saurait être question de porter un quelconque jugement de valeur sur l'intérêt (aspects positifs et négatifs) qui s'attache à l'Etat associé ou la souveraineté partagée. Ces formules ont leurs partisans et le juriste qui étudie les évolutions statutaires possibles que pourraient connaître les TOM ne peut, scientifiquement, démontrer qu'il s'agit d'une bonne ou d'une mauvaise solution quant à l'avenir institutionnel de ces collectivités infra-étatiques (il en va d'ailleurs exactement de même pour les autres formes institutionnelles disposant de l'autonomie politique).

L'expression trompe l'oeil signifie simplement que dans le cadre de ces formules que constituent l'Etat associé et la souveraineté partagée, les liens unissants l'Etat français et ces nouvelles entités seront si fragiles et si ténus qu'ils pourront, sans grande contrainte, transformer la nature du pouvoir exercé par ces dernières. Ainsi nous assisterons au passage de l'autonomie politique à la souveraineté politique. En effet, en cas de conflits entre l'Etat français et l'entité associée si les tensions persistent et qu'aucune solution satisfaisante pour les deux parties n'est entérinée, elles mettront inévitablement un terme aux accords conclus.

L'absence de garanties (réciproques) quant à la pérennisation des liens juridique et politique entre les deux entités (en l'occurrence l'Etat français et l'ex-TOM) constitue la principale faiblesse de ces formules qui, si elles peuvent ravir les partisans de l'indépendance, risque en contrepartie d'effrayer les tenants du maintien de liens forts et durables avec l'Etat " protecteur ". Au demeurant, ce constat est très classique: l'histoire nous enseigne que toutes les expériences politiques, jadis baptisées " d'indépendance dans l'interdépendance",⁸⁵ qui souhaitent maintenir une forte coopération entre deux entités jouissant d'une part de souveraineté politique sont vouées à l'échec.⁸⁶ Et comment pourrait-il en être autrement lorsque dans une même institution on souhaite résoudre une équation dont les termes sont antithétiques: " être " et " ne pas être " ?

⁸⁵ Selon l'expression de Edgar FAURE.

⁸⁶ On pourrait comparer cette situation avec les échecs d'Etat confédéraux qui se sont produits au cours de ce dernier quart de siècle. Tout d'abord la confédération de la Sénégalie, associant les Etats du Sénégal et de la Gambie, prévue par un traité du 17 décembre 1981 a été " gelée " en août 1989 (cf *Le Monde* du 25 août 1989). Ensuite la confédération de l'Union Arabo-Africaine, unissant les Etats de la Libye et du Maroc, organisée par le traité d'Oujda du 13 août 1984 a été dénoncée par le Maroc le 29 août 1986.

(i) L'Etat associé

L'article 88 de la Constitution de la V^o République dispose que: " *La République peut conclure des accords avec des Etats qui désirent s'associer à elle pour développer leurs civilisations* ". Sur le fondement de ces dispositions, des formations politiques ou parfois des membres de la doctrine⁸⁷ préconisent cette solution politique pour esquisser l'avenir des TOM.

(a) La notion d'Etat associé

Cet article 88 de la Loi Fondamentale française avait été conçu pour tenter de maintenir des liens avec certaines de nos anciennes possessions coloniales: Cambodge, Laos, Tunisie, Maroc, Cameroun et Togo. Néanmoins ces dispositions n'ont jamais trouvé à s'appliquer. Elles ne sont pas devenues pour autant caduques puisque lors de la révision constitutionnelle du 4 août 1995, le constituant a " toilétté " notre Loi Fondamentale en supprimant par exemple toutes les références à la Communauté mais il a maintenu cette possibilité d'association de la République avec d'autres entités souveraines.

La formule de l'Etat associé ne renvoie pas un type de régime politique particulier. En effet l'Etat associé peut revêtir n'importe quelle forme: régimes parlementaire, présidentiel, etc. et de même il peut être de type unitaire ou fédéral. Tous ces aspects ne regardent que l'Etat associé, et non l'Etat français, et sont définis souverainement dans la Constitution de celui-ci. Aussi la notion d'Etat associé ne désigne que le lien d'association unissant la République française avec une entité étatique.⁸⁸

Dans le cadre de l'évolution statutaire des TOM, cette solution institutionnelle présente l'avantage de ne pas couper définitivement les relations d'une collectivité infra-étatique avec l'ancienne métropole tout en dotant celle-ci de la pleine souveraineté. Simplement l'ex-TOM peut consentir à des restrictions de souveraineté dans certains domaines tels que la défense, la monnaie, etc.

Certains auteurs ont affirmé qu'il n'était pas nécessaire que l'entité qui désirait s'associer à la République soit indépendante⁸⁹ car la formule inscrite à l'article 88 C est

⁸⁷ Cf. Charles CADOUX, " *L'accès de la Polynésie française à l'autonomie interne. Point d'aboutissement ou nouvelle base de départ?* ", RDP 1989, p 397.

⁸⁸ Il est à noter que l'article 88 donne une finalité à ces accords d'association. Ces liens entre deux Etats sont destinés à développer la civilisation de l'Etat associé. Aujourd'hui on utiliserait plus volontiers l'expression " développement économique et social "; cf Guy SEM, *Introduction au statut juridique de la Polynésie française*, DDOM, 1996, p 100.

⁸⁹ Dominique TURPIN estime que ces accords d'association peuvent concerner des Etats non souverains, cf. " L'indépendance-association ", *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie*, La Documentation française 1997, p 247.

" particulièrement souple."⁹⁰ A priori cette opinion est critiquable car l'association d'un Etat à un autre Etat suppose au préalable que chaque entité soit souveraine et indépendante.⁹¹ L'accord d'association pourra prévoir (et c'est à cela que tout le monde songe...) des restrictions de souveraineté dans certains domaines de la part d'un ex-TOM devenu indépendant. Néanmoins c'est souverainement que cet abandon partiel de souveraineté est consenti.

En réalité, l'opinion de François LUCHAIRE selon laquelle l'article 88 pourrait régir un accord d'association entre la République française et un "Etat" non indépendant est fondée si, comme cet auteur, on admet quelques "assouplissement" dans le cadre de la procédure de transformation d'un TOM en Etat associé.

(b) Le processus de transformation d'un TOM en Etat associé

La concrétisation la plus simple d'un accord d'association résulte de sa signature par deux Etats: la République française et un Etat désirant s'associer à la France. Cette solution présente, au moins en théorie, quelques "risques" car rien n'oblige un Etat indépendant à signer un tel accord.

Pour rassurer l'opinion qui serait inquiète que le nouvel Etat refuse de signer un accord d'association, le Gouvernement de la République par la voix de Edgar PISANI a proposé, au sujet de la Nouvelle-Calédonie en 1985, une solution qui permettrait d'éviter le préalable de l'accession à l'indépendance du TOM. Pour ce faire, il suffit d'inverser la procédure de création d'un Etat associé: d'abord, l'accord d'association est signé entre le TOM et l'Etat français et ensuite l'indépendance est proclamée.⁹² Cette solution a été approuvée par une partie de la doctrine. Ainsi telle est l'opinion de François LUCHAIRE:⁹³

Le même argument a été utilisé à propos de l'article 53 de la Constitution qui permet la cession de territoire ; en effet la cession suppose l'existence d'un État cessionnaire; or, le Conseil constitutionnel a assimilé à la cession, la sécession qui est à l'origine d'un nouvel État (CC 30 décembre 1975); le même raisonnement peut être utilisé pour l'article 88.

⁹⁰ François LUCHAIRE, commentaire de l'article 88 de la Constitution, *La Constitution de la République française*, (dir François LUCHAIRE et Gérard CONAC), Economica 1987, p 1322.

⁹¹ Comment dès lors soutenir, comme le fait Dominique TURPIN, que l'indépendance de l'Etat soit un préalable nécessaire pour accepter un accord d'association et soutenir en même temps que l'Etat associé n'est pas totalement souverain?, op cit p 248.

⁹² Cf. Dominique TURPIN, op cit.p 244.

⁹³ Commentaire de l'article 88: *La Constitution de la république française*, dir. François LUCHAIRE et Gérard CONAC, Economica, 2^e édition, 1987, p 1323.

S'agit-il pour autant d'une garantie permettant la pérennité de l'accord? Certainement pas puisque même en supposant que l'on suive la procédure préconisée par François LUCHAIRE, rien n'oblige l'Etat associé à respecter l'accord d'association. Plus précisément, l'ex-TOM peut parfaitement dénoncer l'engagement international, d'autant plus que le nouvel Etat pourra arguer du fait que l'accord lui aura été imposé par l'ancienne " puissance coloniale ". Aussi, il apparaît que la solution préconisée par Edgar PISANI tendant à inverser le moment de la signature de l'accord d'association ne présente guère d'intérêt.

(c) La faiblesse de la formule de l'Etat associé

La principale faiblesse de la solution consistant à transformer les TOM en Etats associés résulte de l'absence de garantie quant à la pérennisation de l'accord d'association. En effet, la référence à l'article 88 C est superfétatoire dans la mesure où la conclusion d'accord d'association relève du droit international. C'est ce qui explique sans doute pourquoi jamais cet article n'a été utilisé lorsque certains de nos TOM ont accédé à l'indépendance. Comme l'écrit avec justesse Christian PHILIP:⁹⁴

La France n'a nul besoin d'un article spécifique dans sa Constitution pour conclure de tels accords. L'article 88 ne s'explique juridiquement que pour permettre à ces accords de déroger à d'autres articles de la Constitution, en particulier faire participer les Etats associés aux organes de la République.

Tous les auteurs sont unanimes pour souligner le fait que les dispositions constitutionnelles figurant à l'article 88 C " ne rajoute[nt] rien à la latitude qu'ont les Etats indépendants de passer entre eux les accords de leur choix. Et il ne saurait être utilisé pour assortir la sécession d'un territoire d'outre-mer d'une condition restrictive ".⁹⁵

Régit par les principes et règles du droit international les relations entre l'Etat français et l'Etat associé seront soumises aux aléas résultant du droit de chaque partie à l'exercice d'une pleine souveraineté sur son territoire. Aussi, il n'est pas impossible que le choix de cette solution institutionnelle soit retenue pour " camoufler l'indépendance " puisqu'il s'agit " de donner l'impression que [l'Etat associé] restera plus ou moins dans un statut constitutionnel français. Or ceci est faux ".⁹⁶

⁹⁴ " La Nouvelle-Calédonie et le concept d'Etat associé ", *La Nouvelle-Calédonie, le Droit et la République*, Pédone 1985, 128.

⁹⁵ Thierry MICHALON, " Pour la Nouvelle-Calédonie, l'hypothèse fédérale ", *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie*, La Documentation française 1997, p 230.

⁹⁶ Christian PHILIP, op cit, p 129.

3 *La souveraineté partagée*

Ainsi qu'il a été précisé ci-dessus, nous ne disposons que de rares indications sur le concept de souveraineté partagée, employée semble-t-il pour la première fois par Maurice DUVERGER dans un article du *Monde* du 26 février 1985. Depuis lors ce concept a été repris tant par certaines formations politiques néo-calédoniennes que par des membres de la doctrine. Ainsi François LUCHAIRE et Dominique TURPIN qui ont évoqué ce concept dans leurs communications respectives lors du colloque consacré à "*L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie*" en mars 1997 n'ont pas manqué de souligner que les concepts "d'Etat associé" et de "souveraineté partagée" n'étaient pas inconciliables et que même, au fond, ils n'étaient pas si éloignées.

(a) *La notion de souveraineté partagée*

Le projet de réaliser une forme institutionnelle permettant la mise en oeuvre de la souveraineté partagée est entièrement sous-tendu par l'idée que si l'on peut doter très progressivement une entité de compétences de souveraineté, ce processus ne doit pas s'appuyer au préalable, comme c'est le cas pour l'Etat associé, sur l'accession à l'indépendance de cette entité. L'indépendance ne sera acquise qu'au terme d'un délai s'étalant sur plusieurs années. Au cours de cette période on assisterait à un transfert graduel de compétences de souveraineté de la République vers la collectivité ultra-marine. Aussi comme le souligne avec justesse Dominique TURPIN ces deux formules sont à la fois "*très proche(s) et très différente(s)*".⁹⁷

En effet, ce qui rapproche l'Etat associé de la souveraineté partagée c'est que dans les deux cas, les collectivités ultra-marines disposent de compétences de souveraineté:

- dans la première hypothèse, c'est la collectivité elle-même qui consent à ne pas exercer la totalité de cette souveraineté puisqu'elle en transfère volontairement (par voie contractuelle) une partie à la République française ;
- dans le second cas, la restriction à l'exercice de compétence de souveraineté est imposée unilatéralement (dans la Constitution) par la République française.

Inversement, la distinction entre ces deux concepts se situe au niveau du moment où l'Etat souverain est constitué:

- dans le cadre de l'Etat associé, l'indépendance est accordée dès l'exercice des compétences restreintes de souveraineté,

⁹⁷ Op cit, p 243.

- alors qu'en ce qui concerne la souveraineté partagée, l'indépendance ne sera acquise qu'au terme du dernier transfert de compétence prévue par un calendrier inscrit dans la Constitution française.

Au terme de cette analyse, il apparaît que puisque l'indépendance (éventuellement en association avec la République française) dans le cadre de la souveraineté partagée ne sera accordée qu'au terme d'un long délai (le chiffre de 24 ans a été avancé par le R.P.C.R.), il n'est pas nécessaire de se référer au droit international pour asseoir cette évolution statutaire. Aussi, la forme institutionnelle de cette collectivité serait définie par la Constitution française et pourrait d'ailleurs prendre la forme de la Communauté du Pacifique.⁹⁸

Dès lors, on peut s'interroger sur notre choix à classer cette évolution statutaire dans la catégorie des formules institutionnelles régies par le droit international. Pourtant il nous semble que l'inscription de la souveraineté partagée dans la Constitution n'écarterait pas pour autant, -malgré la volonté contraire des organes politiques nationaux- la présence du droit international. Ce constat résulte de l'analyse des fondements de la souveraineté partagée.

(b) Les fondements incertains de la souveraineté partagée: du droit interne au droit international

Ce que recherchent les partisans de la souveraineté partagée, c'est obtenir la garantie que malgré l'exercice de compétences de souveraineté selon un échéancier inscrit dans la Constitution, l'avènement d'un Etat indépendant (associé ou non) ne pourra se faire qu'au terme d'un long processus. Or au cours de ce délai, dont le terme devrait être marqué par l'avènement d'un Etat pleinement souverain, il faut considérer que la métropole conservera " provisoirement " certaines compétences de souveraineté appartenant à la collectivité ultra-marine et inversement cette dernière ne détiendra pas " provisoirement " certaines compétences qui pourtant à terme lui appartiendront en totalité.

Cette limitation de la souveraineté imposée par la métropole comme condition à l'indépendance ne manquera pas d'être vécue et dénoncée comme une situation "d'assistanat".⁹⁹ Ainsi avant le terme de la rétrocession complète des compétences de souveraineté, il n'est pas impossible que les autorités de la collectivité ultra-marine

⁹⁸ La seule différence avec la forme institutionnelle exposée ci-dessus résulte du fait que les Etats membres disposeraient de compétences de souveraineté.

⁹⁹ Cf. la déclaration du FLNKS à l'issue de son Congrès de décembre 1995: " Seule l'indépendance peut avoir des perspectives de développement durable pour le pays et à l'inverse les statuts transitoires alimentés par un Etat d'assistanat entretenu ne font que retarder, en les exacerbant, les aspirations démocratiques et anticolonialistes ", cité par Dominique TURPIN, op cit, p 245.

revendique le plein exercice de leurs compétences et que le refus de la République ne fera qu'exacerber les aspirations anticolonialistes. En effet à partir du moment où l'Etat protecteur reconnaît qu'à terme son Etat protégé accédera à la pleine souveraineté, il autorise des potentialités de recours aux principes et règles du droit international: droit des peuples à disposer d'eux-mêmes; droit de chaque Etat à l'exercice de son entière souveraineté sur son territoire. Les "sécessionnistes" pourront sans difficulté dénoncer cette limitation de souveraineté, imposée par la République française à l'entité jouissant de la souveraineté partagée, comme condition à l'indépendance. Et on aura beau avoir inscrit le calendrier du transfert progressif des compétences de souveraineté dans la Constitution, ces dispositions seront combattues en invoquant des normes de rang supérieur auxquelles la Communauté internationale n'est pas insensible.

Il faut cependant garder à l'esprit que si le projet de "souveraineté partagée" est retenu, c'est parce qu'il aura été approuvé par toutes les parties et que son inscription dans la Loi Fondamentale de la Cinquième République constitue davantage de garanties que dans l'hypothèse où le TOM se transformerait en Etat associé.

III CONCLUSION

Comme tout système juridique, le droit positif français repose sur de grands principes qui ont été forgés au fil des siècles et qui continuent de structurer notre ordre juridique. C'est ainsi qu'en matière d'administration territoriale, jusqu'alors, les pouvoirs publics n'ont jamais mis en oeuvre d'autres régimes que la simple décentralisation administrative. Pour autant, le législateur et son censeur, en l'occurrence le juge constitutionnel, ne sont pas hostiles à des évolutions institutionnelles originales pourvu que les principes constitutionnels fondamentaux en la matière ne soient pas méconnus. Or, il s'avère que pour remédier à la "dissymétrie institutionnelle" qui caractérise certains TOM comme la Polynésie française, une "avancée" statutaire "qualitative" s'impose.

Les catégories institutionnelles n'étant pas aussi rigides que le prétendent certains auteurs (cf les travaux fructueux de Thierry MICHALON), nous pensons avoir démontré, malgré une doctrine unanimement contraire, qu'il serait possible d'introduire un régime d'administration territoriale qui se situe à mi-chemin de la décentralisation administrative et de l'autonomie constitutionnelle (ou politique). D'autres possibilités, nécessitant une révision constitutionnelle, permettent d'aménager l'autonomie politique soit sous la forme "autonomique", soit sous la forme du "fédéralisme asymétrique". Enfin, l'autonomie politique peut être instituée au profit d'entité étatique (Etat associé) ou quasi-étatique (souveraineté partagée).

La difficulté majeure dans cette dernière hypothèse résulte du fait que les autorités exerçant l'autonomie politique disposent aussi de compétences en matière de souveraineté (au moins interne). Compte tenu de l'assise juridique sur laquelle reposent ces types

" d'association ", la structure institutionnelle risque de se rompre à tout moment et partant l'autonomie politique sera irréversiblement transformée en souveraineté politique. Ceci caractérise tout particulièrement le cas de " l'Etat associé ".

Il est vrai que dans l'hypothèse de la " souveraineté partagée ", d'une part, l'entité politique n'est pas préalablement érigée en Etat indépendant et d'autre part, son agencement ne repose pas sur des règles du droit international mais est inscrit dans la Constitution. Cependant, l'expérience de la Communauté africaine, dont les règles d'organisation et de fonctionnement figuraient dans le titre XII de la Constitution de la Cinquième République, est là pour nous rappeler que les normes ne peuvent pas encadrer et réguler un système de relations mettant en mouvement des entités dotées d'une part importante de souveraineté. Or, il ne faut pas oublier que parmi les éléments constituant la " souveraineté partagée " figure l'objectif de fonder, à une échéance définie par la Loi Fondamentale, un Etat souverain.

En soi, l'Etat associé et la souveraineté partagée constituent des formes institutionnelles dignes d'intérêt pour le juriste ou le politologue. Il nous semble avoir démontré que ces expériences " extrêmes " d'autonomie politique, ne permettaient pas de garantir la pérennité des liens entre l'Etat français et de telles entités. En d'autres termes, dans l'échelle de la classification des régimes d'administration territoriale, il semblerait que l'Etat associé et la souveraineté partagée ne puissent y figurer qu'à titre provisoire et par ailleurs au dernier échelon de la graduation. L'étude de ces formes institutionnelles relèverait davantage d'une typologie des Etats souverains.

A l'heure où l'évolution statutaire des TOM est d'actualité, ces quelques pages consacrées aux divers régimes d'administration du territoire, n'ont d'autres fins que d'éclairer ceux qui souhaitent comprendre les enjeux des réformes à venir.