

THÈSE

Pour obtenir le grade de
Docteur

Délivré par
UNIVERSITE D'OTTAWA

Spécialité : Droit public

Présentée par
Anne-Lise Madinier

**L'ÉTAT-NATION FACE À LA REVENDICATION
AUTOCHTONE**

**Essai sur les institutions juridiques kanakes en
Nouvelle-Calédonie**

Soutenue le 19 janvier 2018 devant le jury composé de :

M. François FÉRAL, Professeur émérite, Université de Perpignan	Directeur de thèse
M. Ghislain OTIS, Professeur, Université d'Ottawa	Directeur de thèse
Mme. Christine LAZERGES, Professeur, Université Paris I	Présidente du Jury
Mme. Sophie THÉRIAULT, Professeur, Université d'Ottawa	Membre du jury
Mme. Muriel PARADELLE, Professeur, Université d'Ottawa	Rapporteur
M. Fabrice HOURQUEBIE, Professeur, Université de Bordeaux	Rapporteur
M. Philippe SÉGUR, Professeur, Université de Perpignan	Membre du jury

© Anne-Lise Madinier, Ottawa, Canada, 2018

Avertissement

La Faculté n’entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Ce travail n'aurait pu être possible sans le soutien de nombreuses personnes qui ont cru en mon potentiel et qui m'ont permis de m'épanouir au sein d'un travail qui représente l'expérience d'une vie.

Je tiens tout d'abord à remercier les professeurs Christine Lazerges, Muriel Paradelle, Sophie Thériault, Fabrice Hourquebie et Philippe Ségur pour avoir accepté de participer à ce jury et pour le temps consacré à la lecture de mon travail.

Je tiens ensuite à exprimer ma plus sincère gratitude envers mes directeurs de recherche. Je remercie Monsieur le professeur Ghislain Otis pour son implication dans ce travail de recherche ainsi que pour les encouragements qu'il a su me prodiguer tout au long de ces années. Sa rigueur scientifique, sa disponibilité et ses précieux conseils m'ont permis de réellement appréhender et préciser mes connaissances sur le droit canadien et le droit des peuples autochtones. Je voudrais également témoigner mon immense reconnaissance à Monsieur le professeur François Féral qui, au-delà de ses multiples encouragements, m'a permis de découvrir le monde peu familier de la société kanake. Les échanges, discussions et conseils que j'ai eu la chance d'avoir avec lui irriguent l'intégralité de cette thèse.

J'exprime également toute ma reconnaissance au personnel et aux enseignants de l'université d'Ottawa qui ont été d'une aide précieuse dans l'élaboration de ma cotutelle, tant dans l'aspect humain que financier, et qui m'ont permis de réaliser dans les meilleures conditions l'extraordinaire aventure d'une immersion en pays canadien.

Je tiens également à remercier l'Université de Perpignan pour m'avoir donné le goût du droit en tant qu'étudiante et permis de découvrir la passion de l'enseignement en tant qu'attaché temporaire d'enseignement et de recherche.

De manière plus personnelle, je remercie mes proches, Bénédicte, Sylvestre et Charly pour leur soutien. Plus qu'à tout autre, je témoigne ma profonde gratitude et ma reconnaissance indéfectible à Brice qui par ses constantes relectures et son optimisme à toute épreuve a permis de faire de ce travail ce qu'il est aujourd'hui.

Enfin, du plus profond de mon cœur, je remercie mes parents René et Michèle Madinier pour m'avoir toujours soutenu et encouragé. Leur bienveillance et leur amour ont attisé ma confiance et ont su m'emmener là où je n'aurai jamais osé aller seule. Je vous aime plus que tout, ce travail est pour vous.

« J'en rajoute pas, j'en fais pas des tonnes, mais j'espère surtout que je n'oublie personne ».

Boris Bergman.

Résumé:

Depuis l'Accord de Nouméa de 1998 et la reconnaissance de l'identité kanake, le registre international des droits des peuples autochtones est apparu en Nouvelle-Calédonie. Si depuis l'Accord de Matignon de 1989, la réflexion de la doctrine se concentre sur la souveraineté de la Nouvelle-Calédonie, la question autochtone est désormais un nouvel aspect de la décolonisation kanake. Elle n'est pas directement revendiquée pour l'indépendance, mais pour obtenir des droits de peuple autochtone. Ce point de vue s'émancipe de la doctrine moniste classique de l'État nation, en considérant que d'autres entités puissent prétendre à l'autodétermination par la reconnaissance d'un système juridique propre. Une relecture de la Constitution de 1958 ainsi que l'analyse des pratiques administratives et juridictionnelles démontrent la capacité du droit français à prendre en considération les aspirations et les particularités de la société kanake. Au delà de l'Accord de Nouméa, une réflexion doctrinale alternative est donc proposée à partir du comparatisme avec le droit canadien.

Descripteurs : *peuple autochtone, autodétermination, Nouvelle-Calédonie, Accord de Nouméa, peuple Kanak, unité, indivisibilité, égalité, pluralisme juridique, Canada*

Title and Abstract: The current law in New Caledonia in the face of the Aboriginal claim

Since the 1998 Noumea Accord and the recognition of the Kanak identity, the International Register of the Rights of Indigenous Peoples has appeared in New Caledonia. Since the Matignon Agreement of 1989, the doctrine has focused on the sovereignty of New Caledonia, the indigenous issue is now a new aspect of Kanak decolonization. It is not directly claimed for independence, but for the rights of indigenous peoples. This point of view emancipates itself from the classical monist doctrine of the nation state, considering that other entities can claim self-determination by recognizing a proper legal system. A review of the 1958 Constitution and the analysis of administrative and judicial practices demonstrate the ability of French law to take into account the aspirations and particularities of the Kanake society. Beyond the Noumea Accord, an alternative reflection is proposed based on comparatism with Canadian law.

Keywords: *Indigenous People, Self-Determination, New Caledonia, Nouméa Accord, Kanak People, Unity, Indivisibility, Equality, Legal Pluralism, Canada*

Principales abréviations

&	Et
(dir.)	Sous la direction de
ADCK	Agence de développement de la culture kanak
AFDC	Association française de droit constitutionnel
aff.	Affaire
AJDA	Actualité juridique, droit administratif (Dalloz), (Depuis 1990)
al.	Alinéa
AMP	Aire marine protégée
AOM	Archives d’Outre-mer
APA	Accès et partage des avantages
APD	Archives de philosophie du droit
art.	Article
Ass.	Assemblée
Ass. Plén.	Assemblée plénière
AUF	Agence universitaire de la francophonie
BICC	Bulletin d’information de la Cour de Cassation
BOMJ	Bulletin officiel du ministère de la justice
C. C°	Conseil Constitutionnel
c/	Contre
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CAUGERN	Conseil autochtone de gestion des ressources naturelles
CCAA	Conseil coutumier de l’aire Ajie Arhö

CDR	Centre for development research
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Convention européenne des droits de l'Homme
CeDIE	Centre Charles de Visscher pour le droit international et européen
CERIC	Centre d'études et de recherches internationales et communautaires
CETIM	Centre Europe – Tiers Monde
Cf.	Conférer
chap.	Chapitre
Cie	Compagnie
CIERA	Centre universitaire d'études et de recherches autochtones
CIJ	Cour internationale de Justice
CIT	Conférence internationale du travail
civ.	Chambre civile
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'union européenne
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'Homme
CNDPA	Conseil National des peuples autochtones
CNRS	Centre national de la recherche scientifique
CNRTL	Centre national de ressources textuelles et lexicales
coll.	Collection
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'Homme
cout.	Chambre coutumière
CPIJ	Cour pénale internationale de Justice
CPJI	Cour permanente de Justice internationale

CPP	Code de procédure pénale
CRDF	Cahier de la recherche sur les droits fondamentaux
crim.	Chambre criminelle
CRSH	Conseil de recherches en sciences humaines
CURAPP	Centre universitaire de recherches sur l'action publique et le politique
DC	Décision (Contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, lois organiques, des traités, des règlements des Assemblées)
DDHC	Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen
DDPA	Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones
DITTT	Direction des infrastructures, de la topographie et des transports terrestres
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'Homme
ed.	Edition(s)
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
FLNKS	Front de libération nationale kanak et socialiste
FOAG	Fédération des organisations autochtones de Guyane
GDPL	Groupement de droit particulier local
GIP	Groupement d'intérêt public
GITPA	Groupe international de travail pour les peuples autochtones
<i>Ibid.</i>	Même ouvrage, page différente
<i>Ibidem</i>	Même ouvrage, même page
ICPE	Installations classées pour la protection de l'environnement
Inédit	Non publié au bulletin
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
IRD	Institut de recherche pour le développement

IRG	Institut de recherche et débat sur la gouvernance
ISEE	Institut de la statistique et des études économiques Nouvelle-Calédonie
IWGIA	International work group for indigenous affairs
JO	Journal officiel
JOCE	Journal officiel de la Communautés européennes
JONC	Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie
JORF	Journal officiel de la République Française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
L.	Livre
LAJP	Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
MP	Ministère public
n°	Numéro
NRF	Nouvelle revue française
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
OEA	Organisation des États Américains
OIT	Organisation internationale du travail
ONERC	Observatoire national sur les effets du réchauffement climatique
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i>
ORSTOM	Office de la recherche scientifique et technique outre-mer
OSCE	Organisation sur la sécurité et la coopération en Europe
p.	Page

PALIKA	Parti de libération kanak
para.	Paragraphe
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
Pt.	Point
PUAM	Presses universitaires Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUG	Presses universitaires de Grenoble
PUP	Presses universitaires de Perpignan
PUR	Presses universitaires de Rennes
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye
RCS	Recueil des arrêts de la Cour suprême
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger (Lextenso), (Depuis 2005)
RDUS	Revue de droit de l'université de Sherbrooke
Rec.	Recueil Lebon pour les arrêts du Conseil d'État
	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel pour les décisions du Conseil constitutionnel
	Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances pour les décisions de la Cour internationale de justice
	Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance pour les décisions des juridictions de l'Union européenne
Req.	Requête
RFAP	Revue française d'administration publique
RFDA	Revue française de droit administratif

RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RG	Répertoire général
RGDIP	Revue générale de droit international public
RIEJ	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RJPENC	Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie
RJPUF	Revue juridique et politique de l'Union française
RRJ	Revue de la recherche juridique. Droit prospectif
s.	Suivant
SAGE	Laboratoire sociétés, acteurs, gouvernement en Europe
SDOM	Schéma départemental d'orientation minière
sect.	Section
Sect. Lifou	Section détachée du tribunal de première instance à Lifou
T.	Tome
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal correctionnel
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne
trad.	Traduction
UE	Union Européenne
UICN	Union internationale pour la conservation de la nature
UMR	Unité mixte de recherche
UNESCO	United Nations educational, scientific and cultural organization (Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture)
UNIPP	United Nations - Indigenous Peoples' Partnership (Partenariat Nations Unies – Peuples autochtones)
UNPK	Union nationale pour le peuple kanak
USTKE	Union syndicale des travailleurs Kanak et des salariés

vol.	Volume
ZDUC	Zone de droits d'usage collectifs
ZIC	Zone d'influence coutumière

SOMMAIRE

PARTIE I : LA QUESTION KANAKE : UNE AUTOCHTONIE EFFECTIVE NON JURIDICISÉE

Titre I : Le peuple kanak : peuple autochtone de Nouvelle-Calédonie

Chapitre I : La reconnaissance internationale de l'autochtonie kanake

Chapitre II : L'autodétermination : la conséquence de l'autochtonie du peuple kanak

Titre II : Les limites de la reconnaissance de l'autochtonie kanake par l'appareil d'État postcolonial

Chapitre I : Les réticences du droit français dans la reconnaissance de l'identité du peuple kanak

Chapitre II : Les tentatives inabouties de reconnaissance du droit kanak

PARTIE II : LES VOIES DE LA RECONNAISSANCE DES DROITS DU PEUPLE KANAK COMME CLEF DE LA DÉCOLONISATION

Titre I : L'adaptabilité constitutionnelle sous une apparente rigidité

Chapitre I : La flexibilité des principes constitutionnels

Chapitre II : La relecture du monisme juridique et de l'égalité pour une nouvelle démocratie

Titre II : Éléments d'ingénierie juridique canadiens au support prospectif des droits d'autodétermination interne kanake

Chapitre I : Les biens kanaks à la lumière de l'autodétermination : entre propriété collective et droits opposables aux tiers

Chapitre II : Essai d'ingénierie juridique autochtone : recherche sur les institutions politiques et administratives d'autodétermination kanake

INTRODUCTION

1 . La Nouvelle-Calédonie est un archipel d'Océanie situé dans l'Océan Pacifique à environ 1500 kilomètres à l'Est de l'Australie. Sa superficie de 18 575 km² regroupe une île principale appelée Grande Terre, les Îles Loyauté – comprenant les îles d'Ouvéa, Lifou, Tiga et Maré –, l'archipel des Bélep au Nord, l'île des Pins à l'extrême Sud ainsi qu'un certain nombre de petits îlots. Découvert le 5 février 1774 par le capitaine britannique James Cook, l'archipel est baptisé New Caledonia. Pendant longtemps, le territoire n'est l'objet que de visites épisodiques, à l'écart des grandes activités européennes. Sa colonisation, à proprement parler, ne débute que dans les années 1840 avec la recherche du santal et l'essor des missions chrétiennes¹. Ce sont d'ailleurs les missionnaires maristes français, convaincus de l'enjeu stratégique que représente la Nouvelle-Calédonie dans une région largement protestante², qui portent l'intérêt de la France sur l'archipel néocalédonien³. C'est ainsi que le contre-amiral Febvrier-Despointes prend possession de l'archipel le 24 septembre 1853⁴, au nom de Napoléon III et de l'Empire français. Cette colonisation répond néanmoins à des objectifs bien éloignés des revendications purement théologiques. La Nouvelle-Calédonie constitue un enjeu géostratégique face aux prétentions britanniques et aux conceptions universalistes de Napoléon III⁵. Accessoirement, elle est également une solution idoine pour l'implantation d'une colonie pénale comme le laisse supposer le rapport de

¹ LIAUZU CLAUDE, *Dictionnaire de la colonisation française*, Larousse, coll. À présent, Paris, 2007, p. 501.

² TERRIER CHRISTIANE, *L'histoire de la Nouvelle-Calédonie*, Maison de la Nouvelle-Calédonie, Nouméa, 2010, p. 9.

³ MOHAMED-GAILLARD SARAH, « De la prise de possession à l'accord de Nouméa : 150 ans de liens institutionnels et politiques entre la France et la Nouvelle-Calédonie », *Le Journal de la Société des Océanistes*, n° 117, 1^{er} décembre 2003, p. 171.

⁴ LEBLIC ISABELLE, « Chronologie de la Nouvelle-Calédonie », *Le Journal de la Société des Océanistes*, n° 117, 1^{er} décembre 2003, p. 299.

⁵ PERSON YVES, *La Nouvelle-Calédonie et l'Europe, de la découverte, 1774, à la fondation de Nouméa, 1854*, Nouvelles Éditions Latines, Paris, 1954, p. 180.

l'Alcmène⁶. Ce sont là les principaux moteurs d'une annexion avantageuse pour le gouvernement impérial.

2. Cependant le territoire est peuplé⁷. Bien qu'il n'y ait pas d'évaluations précises à ce sujet⁸, les hypothèses concernant l'histoire du peuplement faisant l'objet de certaines controverses, la population indigène semble alors être composée de 60 000⁹ à une centaine de milliers d'individus, chiffre estimé au regard notamment du degré d'intensification agricole atteint¹⁰. Les plus anciennes traces de peuplement remonteraient à la fin du second millénaire avant notre ère¹¹, date où un peuple de navigateurs ascendants des Kanaks, peuple premier de Nouvelle-Calédonie, s'installe sur le territoire¹². La colonisation ne tient nullement compte d'une population indigène jugée « *suffisamment clairsemée pour être complètement ignorée*¹³ ».

3. Ces précisions historiques étant apportées, il paraît désormais nécessaire de cerner les enjeux contemporains de cet archipel français. Afin de mieux appréhender les objectifs de cette recherche, une identification plus précise de l'objet de la recherche est effectuée (Section I). Par ailleurs, la problématique de recherche axée sur la possible autodétermination interne du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie, est légitimée par le développement des normes internationales sur les droits des peuples autochtones, entraînant corrélativement une esquisse prospective d'un éventuel droit français respectueux de cette nouvelle logique (Section II). Pour parfaire cette étude, un exposé du cadre théorique et méthodologique qui la sous-tend s'avère opportun (Section III).

⁶ REUILLARD MICHEL, *Les Saint-Simoniens et la tentation coloniale : les explorations africaines et le gouvernement néo-calédonien de Charles Guillain (1808-1875)*, Université de Provence / L'Harmattan, coll. Peuples et pays de l'océan Indien, n° 11, Paris, 1995, p. 255.

⁷ ACCORD SUR LA NOUVELLE-CALEDONIE SIGNE A NOUMEA LE 5 MAI 1998, J.O.R.F., n° 121, 27 mai 1998, p. 8039, Préambule, art. 1.

⁸ FREYSS JEAN, « Nouvelle-Calédonie : le rééquilibrage et ses contraintes », dans SAUSSOL ALAIN, ZITOMERSKY JOSEPH (dir.), *Colonies, territoires, sociétés*, L'Harmattan, Paris, 1996, p. 254.

⁹ BOUARD SEVERINE, *Les politiques de développement à l'épreuve de la territorialisation. Changements et stabilité dans une situation de décolonisation négociée, la province Nord de la Nouvelle-Calédonie*, Thèse de géographie, Université Paul Valéry, Montpellier III, 2011, p. 38.

¹⁰ RIOUX JEAN-PIERRE, *Dictionnaire de la France coloniale*, Flammarion, Paris, 2007, p. 375.

¹¹ Soit il y a environ 3200 ans. Voir en ce sens, SAND CHRISTOPHE, BOLE JACQUES et OUETCHO ANDRE JOHN, « Les aléas de la construction identitaire multi-ethnique en Nouvelle-Calédonie : quel passé pour un avenir commun ? », *Le Journal de la Société des Océanistes*, n° 117, 1^{er} décembre 2003, pp. 147-169.

¹² TERRIER CHRISTIANE, *L'histoire de la Nouvelle-Calédonie*, op. cit., pp. 4-7.

¹³ RIOUX JEAN-PIERRE, *Dictionnaire de la France coloniale*, op. cit., p. 377.

Section I | Identification de l'objet de la recherche

4. Cette thèse a pour principal objectif de proposer des mécanismes juridiques et institutionnels pour la mise en œuvre d'institutions politiques et administratives kanakes en Nouvelle-Calédonie à travers le prisme du droit comparé. Le sujet des peuples autochtones n'a jamais suscité de réels intérêts en France. La Commission nationale consultative sur les droits de l'Homme (CNCHD) souligne d'ailleurs que *« jusqu'au milieu du XX^{ème} siècle beaucoup pensaient à "l'extinction" des autochtones en France¹⁴ »*. L'actualité démontre sans ambages que cette intuition prématurée est erronée.

5. Ce projet repose donc sur plusieurs constats initiaux : le développement du droit international sur le droit des peuples autochtones ; le fait que les Kanaks de Nouvelle-Calédonie remplissent les critères d'appartenance au statut de peuple autochtone (A) ; le fait que la revendication autochtone qui se développe au sein du peuple kanak soulève d'importantes objections juridiques et politiques entravant une réflexion approfondie quant à la possibilité d'une démarche réflexive autochtone concernant l'avenir néocalédonien (B).

A | Délimitation du sujet de l'étude : le peuple autochtone de Nouvelle-Calédonie

6. L'archipel est une colonie jusqu'en 1940¹⁵ avant de devenir un territoire d'outre-mer par le biais de la Constitution de la IV^{ème} République. La Nouvelle-Calédonie est par la suite sujette à de nombreux changements statutaires entre 1946 et 1988, période durant laquelle elle connaît six statuts différents lui accordant successivement plus ou moins d'autonomie en fonction de ses

¹⁴ CNCDH, *Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : La situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des amérindiens de Guyane*, J.O.R.F., n° 0061, 12 mars 2017, texte n° 33, p. 16.

revendications puis des changements politiques et gouvernementaux métropolitains. Depuis 1998, la Nouvelle-Calédonie est une collectivité *sui generis* de large autonomie grâce à l'Accord de Nouméa. Son avenir statutaire est aujourd'hui en suspens et il fait l'objet de nombreuses considérations¹⁶.

7. À l'aune de la consultation prévue par l'Accord de Nouméa entre 2014 et 2018, la question conserve toute son acuité. Ce référendum portera sur l'éventuelle accession à la pleine souveraineté de l'archipel¹⁷. Une réponse positive mènerait à l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie¹⁸ et à sa radiation de la liste des territoires non-autonomes sur laquelle elle est inscrite depuis 1986¹⁹. Dans le cas contraire, une nouvelle organisation politique devra être proposée²⁰.

8. Contrairement à la plupart des colonies de l'Empire français, la Nouvelle-Calédonie a été une colonie de peuplement comme le fut également l'Algérie. Les politiques coloniales appliquées firent des Kanaks une communauté minoritaire au sein de l'archipel. Le recensement de 2009²¹, comprenant des questions relatives à l'appartenance ethnique à une communauté, établit que la Nouvelle-Calédonie dénombre 245 580 habitants dont 40,3% déclarent appartenir à la communauté kanake, soit 99 078 personnes²². Ce chiffre peut en outre être précisé car, contrairement au recensement de 1996, celui de 2009 offre la possibilité de désigner plusieurs communautés d'appartenance. Les Kanaks et les Kanaks métissés

¹⁵ De 1940 à 1946, la Nouvelle-Calédonie adhéra à la France libre du Général de Gaulle. Cf. en ce sens : FAIVRE JEAN-PAUL, « Le ralliement à la France Libre des colonies du Pacifique », *Le Journal de la Société des Océanistes*, vol. 1, 1945, pp. 67-80.

¹⁶ Cf. notamment : FABERON JEAN-YVES, *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie. L'évolution des liens de la France avec ces collectivités périphériques*, La Documentation française, coll. Notes et Etudes documentaires, Paris, 1997, 276 p.

¹⁷ LOI ORGANIQUE N° 99-209 DU 19 MARS 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F., n° 0068, 21 mars 1999, p. 4197, art. 216.

¹⁸ GARDE FRANÇOIS, *Les institutions de la Nouvelle-Calédonie*, L'Harmattan, coll. Mondes Océaniques, Paris, 2001, p. 98.

¹⁹ *Application de la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*, Résolution 41/41A, 92ème séance plénière, 2 décembre 1986.

²⁰ ACCORD SUR LA NOUVELLE-CALEDONIE SIGNE A NOUMEA LE 5 MAI 1998, *op. cit.*, pt. 5, Évolution politique de la Nouvelle-Calédonie.

²¹ RIVOILAN PASCAL et BROUSTET DAVID, « Recensement de la population 2009 », En ligne : <<http://www.isee.nc/population/recensement/communautes>>.

²² Il peut être précisé que pour les Îles Loyauté, 96,6% de la population déclare appartenir à la communauté kanake. La Province Nord compte 73,8% d'individus appartenant à la communauté kanake contre 26,7% dans la Province Sud.

représentent donc 44,3% de la population. Le dernier recensement effectué a lieu en 2014. Si la population néocalédonienne dans son ensemble a augmenté, comptant aujourd'hui 268 767 personnes, les Kanaks, au nombre de 104 958, ne représentent plus désormais que 39% de la population.

9. D'autres communautés autochtones sont recensées au sein de l'État français. Le gouvernement reconnaît expressément, en mai 2013, dans son quatrième rapport périodique présenté en vertu des articles 16 et 17 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (PIDESC), l'existence de quatre autres populations autochtones sur son territoire²³. Il recense à cet égard, outre les Kanaks de Nouvelle-Calédonie, les Amérindiens de Guyane, les Mahorais de Mayotte, les Mā'ohi de Polynésie française et les insulaires de Wallis-et-Futuna²⁴. Si certains Amérindiens de Guyane revendiquent aujourd'hui l'autochtonie par le biais notamment de certaines organisations telles que la Fédération des organisations amérindiennes de Guyane²⁵ (FOAG), ils représentent néanmoins une part très minoritaire de la population²⁶. Si leurs implications dans le processus de reconnaissance des droits autochtones ne sont pas à négliger et recèlent un intérêt certain, il est toutefois loisible de penser que leurs revendications auront moins d'impacts que celles des Kanaks. En Polynésie française, à Mayotte et Wallis-et-Futuna, les autochtones sont encore à ce jour majoritaires dans la population locale car représentant 80 à 85% des personnes présentes sur l'archipel²⁷. La problématique est donc quelque peu différente, leurs revendications étant à même de s'imposer aux travers des institutions étatiques, leur majorité démographique n'implique pas une marginalisation politique. Au demeurant, au sein de ces trois

²³ Quatrième rapport périodique présenté par la France en vertu des articles 16 et 17 du Pacte, conformément aux programmes établis par la résolution 1988/4 du Conseil économique et social, 23 mai 2013, para. I.

²⁴ La France a par ailleurs confirmé l'existence de ces populations autochtones françaises en 2015. Cf. *Questionnaire sur les meilleures pratiques pour atteindre les objectifs de la déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Mission permanente de la France auprès de l'Office des Nations Unies à Genève, Contribution de la France en réponse au Mécanisme d'experts des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones - suivi de la résolution 27/13 du Conseil des droits de l'Homme, février 2015.

²⁵ FILOCHE GEOFFROY, « Les Amérindiens de Guyane française, de reconnaissances disparates en bricolages juridiques. L'exemple des Kali'na d'Awala-Yalimapo », *Journal de la Société des Américanistes*, vol. 97, n° 2, 2011, pp. 343-344.

²⁶ Les Amérindiens de Guyane représentent un total d'environ 10 000 individus sur une population globale de 200 000 habitants, soit 5% de la population du territoire. Ils sont répartis en six ethnies distinctes : Arawak, Kali'na (anciennement Galibi), Palikur, Teko, Wayana et Wayâpi.

territoires, « *il n'y a pas ou peu de revendications face à l'État et aux autres populations locales, que ce soit au nom de l'autochtonie ou d'un courant indépendantiste*²⁸ ». Si leur situation juridique sera évoquée, la décision a été prise de se focaliser sur la situation du peuple Kanak, suffisamment riche pour justifier cette exhaustivité.

En effet, les particularités juridiques propres à l'Accord de Nouméa, l'échéance référendaire imminente ainsi que la situation démographique dans laquelle se trouvent les Kanaks, justifient une étude resserrée autour de cette seule « communauté »²⁹.

10. En outre, si les Kanaks sont minoritaires, constituant toutefois une part conséquente de la population, leurs revendications ne peuvent être ignorées. Depuis l'Accord de Nouméa et la reconnaissance de l'identité kanake, le registre international des droits des peuples autochtones a été importé en Nouvelle-Calédonie par certains responsables coutumiers³⁰. À une époque où la réflexion se concentre, pour l'essentiel, sur l'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie dans sa globalité, la revendication autochtone est désormais une composante à part entière du combat pour la décolonisation. En effet, un nouveau type de décolonisation a vu le jour au sein de la société internationale, revendiqué non en termes d'indépendance mais en termes de droits des peuples autochtones³¹. Reprenant à leurs escients, dans un premier temps, les dispositions onusiennes³² telles que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes³³, puis s'appuyant sur le rayonnement croissant du droit international des peuples

²⁷ CNCDH, *Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : La situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des amérindiens de Guyane*, op. cit., pp. 18-19.

²⁸ *Ibid.*, p.18.

²⁹ Dans la suite de cette introduction, le terme « peuple kanak » entendu au sens de peuple autochtone kanak sera utilisé, conformément aux normes internationales.

³⁰ TRÉPIED BENOIT, « Une nouvelle question indigène outre-mer ? - La Vie des idées », En ligne : <<http://www.laviedesidees.fr/Une-nouvelle-question-indigene.html>>.

³¹ TRÉPIED BENOIT, « Recherche et décolonisation en Nouvelle-Calédonie contemporaine : lectures croisées », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, n° 24, janvier 2011, p. 4.

³² OTIS GHISLAIN et MELKEVIK BJARNE, *Peuples autochtones et normes internationales : Analyse et textes relatifs au régime de protection identitaire des peuples autochtones*, Les éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1996, p. 9.

³³ *Charte des Nations Unies*, signée à San Francisco le 26 juin 1945, entrée en vigueur le 24 octobre 1945, Chap. XI, art. 73.

autochtones, les Kanaks vont revendiquer, à l'intérieur du cadre national, la reconnaissance de droits collectifs spécifiques³⁴.

Actuellement, la Nouvelle-Calédonie se trouve à la croisée de ces deux formes de décolonisation. Il est en effet reconnu par le droit international que les Kanaks sont un peuple autochtone comme en atteste la visite en Nouvelle-Calédonie du Rapporteur Spécial des Nations Unies sur les droits de peuples autochtones, James Anaya.

11. L'appropriation progressive de ce statut de peuple autochtone par le peuple kanak transparaît dans l'intensification de sa présence sur la scène internationale depuis 2001³⁵. Dans cette perspective, la reconnaissance officielle du peuple kanak ne serait plus pensée :

« comme l'une des étapes de la longue lutte indépendantiste, ni comme un dispositif consubstantiel au projet de citoyenneté et de décolonisation ; mais comme une simple déclinaison locale des principes internationaux de protection des peuples autochtones, en dehors de la question de l'indépendance³⁶ ».

B | Délimitation de l'objectif de recherche

12. Cette étude n'a pas pour dessein d'analyser les mécanismes qui pourraient mener à un renouveau juridique du cadre constitutionnel français. Il paraît cependant nécessaire de s'y référer rapidement afin de démontrer la plausibilité de ce renouveau qui peut, semble-t-il, s'exprimer de deux manières distinctes. La première s'inspirerait de la pratique de l'Accord de Nouméa en proposant une révision

³⁴ GAGNÉ NATACHA et SALAÛN MARIE, « La souveraineté comme affaire d'États à la souveraineté comme droits à s'autodéterminer : une présentation », dans GAGNÉ NATACHA, SALAÛN MARIE (dir.), *Visages de la souveraineté en Océanie*, L'Harmattan, coll. Cahiers du Pacifique Sud Contemporain, n° 6, Paris, 2010, p. 23.

³⁵ GRAFF STEPHANIE, « Quand combat et revendication kanak ou politique de l'État français manient indépendance, décolonisation, autodétermination et autochtonie en Nouvelle-Calédonie », *Le Journal de la Société des Océanistes*, n° 134, 2012, pp. 76-77.

³⁶ TRÉPIED BENOIT, « Une nouvelle question indigène outre-mer ? - La Vie des idées », *op. cit.*

constitutionnelle portant uniquement sur les dérogations relatives aux Kanaks de Nouvelle-Calédonie. À cet égard, et à la suite du référendum, un nouvel Accord pourrait être orchestré entre les Kanaks, l'État français et/ou la Nouvelle-Calédonie. Ces ententes ainsi prises pourraient dès lors venir remplacer le titre XIII de la Constitution française. Cette révision serait donc ponctuelle.

13. Une autre possibilité pourrait être de généraliser la reconnaissance des peuples autochtones en empruntant l'exemple du droit canadien. L'article 35 de la loi constitutionnelle de 1982 reconnaît expressément les « *droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada* ». La France pourrait dès lors modifier la Constitution et reconnaître les droits des peuples autochtones présents sur son territoire. En effet, même si cette possibilité soulève de nombreuses contestations politico-juridiques, elle ne nécessite pas pour autant la transformation du régime unitaire de l'État français. Si certains auteurs parlent d'une évolution vers un régime autonomiste ou fédéral³⁷, il semble que l'État puisse conserver son régime actuel suffisamment souple pour être modelé³⁸. Le Conseil constitutionnel a lui-même admis que rien ne s'oppose à ce que « *le pouvoir constituant introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans les cas qu'elle vise, dérogent à des règles ou principes de valeur constitutionnelle*³⁹ ». Cette alternative permettrait à la fois de conclure des accords tout en permettant à la jurisprudence française d'ériger des décisions prétorienne sur les droits des communautés autochtones existantes au sein de l'État français.

14. La pratique des accords devrait cependant être conceptualisée différemment de ce qu'elle fut à l'époque coloniale. Certains auteurs proposent, à ce sujet, une nouvelle approche de l'éthique de la négociation. Selon James Tully, la négociation doit être révélatrice de l'avènement d'une ère de respect mutuel car il est nécessaire de s'entendre sur la manière « *de partager la terre et les pouvoirs*

³⁷ Cf. en ce sens : MICHALON THIERRY, « La République française, une fédération qui s'ignore ? », *RDP*, 1982, pp. 623-688 ; MOYRAND ALAIN, « Théorie de la souveraineté partagée », dans FABERON JEAN-YVES, AGNIEL GUY (dir.), *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, La documentation française, coll. notes et études documentaires, Paris, 2000, pp. 29-38.

³⁸ CNCDDH, *Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : La situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des amérindiens de Guyane*, op. cit., p. 52.

³⁹ Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, J.O., 21 mars 1999, p. 4234, Rec., p. 51.

*politiques au sein de partenariats justes et honorables qui respectent l'égalité et la coexistence des partenaires*⁴⁰ ». Il est vrai que toute négociation est intrinsèquement constituée d'une part de méfiance ; la négociation, dont l'objectif est de résoudre les conflits par le biais d'une entente, suppose naturellement une suspicion initiale. Trudy Govier précise néanmoins qu'une confiance peut s'instaurer si les parties décident d'établir un rapport basé sur la bonne foi et le respect mutuel⁴¹. Le recoupement de ces deux critères permettrait l'élaboration d'un arrangement où les parties se traiteraient en égales, en tenant pour acquis que « *les intérêts, les croyances et les sentiments [de l'autre partie] méritent respect, attention et considération*⁴² ». Cette vision venue du Canada semble quelque peu utopique mais elle présente toutefois l'avantage d'entraîner l'avènement de traités biculturels engendrant une véritable compréhension mutuelle⁴³ où la participation de l'État ne s'apparente plus à de la magnanimité envers une minorité contestataire.

15. C'est ainsi qu'au Canada, le monisme étatique a parfois été tempéré par quelques exemples de pluralisme juridique de type colonial⁴⁴. Cependant, pour la première fois, l'hypothèse d'un droit autochtone décolonisé paraît se matérialiser. Il est aujourd'hui indéniable que l'État canadien et certains peuples autochtones essaient de résoudre leurs rapports autrement que par des décisions judiciaires issues de litiges irrésolus. L'Accord Nisga'a⁴⁵ et l'Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador⁴⁶ sont, à cet égard, deux des traités les plus récents dans l'histoire du Canada. Ceux-ci tentent d'instaurer un véritable « gouvernement

⁴⁰ TULLY JAMES, « Réexamen du processus d'établissement des traités en Colombie-Britannique », dans *Parlons franchement à propos des traités*, Commission du droit du Canada / British Columbia treaty commission, Ottawa, 2000, p. 10.

⁴¹ GOVIER TRUDY, « Ethique de la négociation : confiance, reconnaissance », dans *Parlons franchement à propos des traités*, Commission du droit du Canada / British Columbia treaty commission, Ottawa, 2000, p. 105.

⁴² *Ibid.*, p. 107.

⁴³ TULLY JAMES, « Réexamen du processus d'établissement des traités en Colombie-Britannique », *op. cit.*, p. 14.

⁴⁴ OTIS GHISLAIN, « Rencontre des cultures juridiques dans la toundra subarctique : vers une nouvelle gouvernance foncière au Nunatsiavut », *Télescope*, vol. 15, n° 3, automne 2009, p. 109.

⁴⁵ Résultat d'une entente conclue entre la Nation Nisga'a, le gouvernement de la Colombie-Britannique et le gouvernement du Canada. La prise d'effet de ce traité a eu lieu le 13 avril 2000 lors de la promulgation de la Loi sur l'Accord définitif Nisga'a. Le peuple Nisga'a vit en majorité dans une région du Nord-ouest de la Colombie-Britannique et compte environ 5500 personnes.

⁴⁶ Résultat d'une entente entre les Inuit du Labrador, la province de Terre-Neuve-et-Labrador et le gouvernement du Canada. Le peuple Inuit réside principalement sur la côte nord du Labrador et compte environ 2325 individus.

autochtone⁴⁷ » dont les pouvoirs et les statuts sont protégés constitutionnellement. Cette résurgence des traités démontre la volonté d'établir les conditions juridiques d'une cohabitation pérenne.

Section II | Essai de modélisation des droits autochtones en République unitaire

16 . La consultation relative à l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie est l'occasion de proposer une réflexion centrée sur les droits autochtones. La modélisation d'un système juridique permettant la coexistence des autochtones et des allochtones par le biais d'un accord politique pourrait ainsi être projetée, sans qu'à aucun moment toutefois cette réflexion n'ait pour objectif de se substituer aux prétentions du peuple kanak. Cette solution permettrait en outre de désamorcer la problématique des communautés kanakes devenues minoritaires sur leurs propres terres, donc dans l'impossibilité d'être décolonisées par le seul processus d'indépendance ou d'autonomie. La conception d'un régime juridique propre aux Kanaks pourrait ainsi être envisagée comme un complément, voire une alternative au processus d'autodétermination prévu par l'Accord de Nouméa.

17. Le droit international, qui étudie depuis plus de trente ans la question des peuples autochtones, peut guider cette réflexion. Mettant en exergue le fait que l'Accord existant ne satisfait pas aux dispositions des normes internationales, il oriente les réflexions sur l'évolution de l'ingénierie institutionnelle et juridique en Nouvelle-Calédonie (A). En effet, derrière un discours constitutionnel français qui se veut unitaire, apparaît une pratique différencialiste susceptible de s'accorder avec les droits autochtones et les revendications du peuple kanak. Il est donc de l'ordre du possible que les formes du

⁴⁷ L'objectif est « d'établir un nouveau partenariat avec les peuples autochtones et de renforcer leurs collectivités en soutenant des gouvernements autochtones stables et durables et en favorisant une plus grande autosuffisance [en permettant] à des groupes autochtones de gouverner leurs affaires internes et d'assumer une plus grande responsabilité et un meilleur contrôle sur les décisions qui concernent leurs collectivités. Les ententes [...] touchent la structure et la responsabilité des gouvernements autochtones, leurs pouvoirs de légiférer, leurs arrangements financiers et leurs responsabilités en matière de programmes et de services pour leurs membres ». Cf. AFFAIRES AUTOCHTONES ET DEVELOPPEMENT DU NORD CANADA, « Note d'information générale sur les politiques relatives à l'autonomie gouvernementale et aux revendications territoriales globales du

futur statut néocalédonien prennent en compte les normes internationales relatives aux droits des peuples autochtones (B).

A | Le droit national confronté aux normes internationales relatives aux droits des peuples autochtones

18. Les fondements du mouvement normatif autochtoniste se trouvent dans le régime universel de protection des droits fondamentaux de la personne (1). Son déploiement et son utilisation accrue par le peuple kanak impliquent de le confronter au droit national français afin d'analyser objectivement la pratique juridique étatique, notamment par le biais de l'Accord de Nouméa (2).

1 | L'émergence de la question des droits autochtones au niveau international

19. Ce développement est amorcé dès 1945 par la mise en place de la *Charte des Nations Unies*⁴⁸ issue d'une prise de conscience collective suite aux exactions commises lors de la Seconde Guerre Mondiale⁴⁹. Par la suite, la communauté internationale décide de renforcer ce texte initial par le biais d'« *une feuille de route garantissant les droits de chaque personne, en tout lieu et en tout temps*⁵⁰ ». La *Déclaration Universelle des Droits de l'Homme* (DUDH) est ainsi adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948 et est aujourd'hui reconnue pour être le fondement du droit international relatif aux droits de l'Homme. En effet, ce document, s'il ne dispose pas d'une valeur contraignante, va servir de

Canada et sur l'état actuel des négociations », En ligne : <<https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1373385502190/1373385561540>>.

⁴⁸ COLLETTE-LEVEQUE MARLENE, « Droit constitutionnel et droits des peuples autochtones : compatibilités et antinomies », En ligne : <<http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes7/collette-leveque.pdf>>, p. 2.

⁴⁹ AUREY XAVIER, « Déclaration universelle des Droits de l'homme et conflits armés : de la fragmentation à la complexité », *CRDF*, n° 7, 2009, p. 52.

ligne directrice à de nombreux traités internationaux pouvant prétendre à la mise en œuvre d'une contrainte légale sur les États signataires.

20. L'Assemblée générale des Nations Unies a ainsi souhaité inscrire une liste de droits de l'Homme ayant force obligatoire, créant ainsi les deux Pactes internationaux de 1966⁵¹. À ce titre, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (PIDCP) est, par le biais de son article 27, le premier document international à instituer une règle de protection des minorités ayant une portée universelle⁵². Si les droits ainsi reconnus paraissent, de prime abord, être conférés aux personnes et non aux groupes, ils seront exercés toutefois par leurs titulaires « *en commun avec les autres membres du groupe*⁵³ » et l'individu visé ne le sera qu'en tant que membre d'un groupe minoritaire⁵⁴. En outre, l'article 27 met en place un impératif juridique de préservation culturelle qui « *offre le meilleur moyen de protéger [l'] identité collective [des autochtones]*⁵⁵ ».

Dans le même temps, la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*⁵⁶ introduit au sein du droit international la dimension collective des droits fondamentaux et « *le concept d'égalité différentielle à la base de la discrimination positive*⁵⁷ »⁵⁸. En d'autres termes, cette Convention

⁵⁰ « Histoire de la rédaction de la Déclaration universelle des droits de l'Homme », En ligne : <<http://www.un.org/fr/documents/udhr/history.shtml>>.

⁵¹ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, entrée en vigueur le 23 mars 1976 ; *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, entrée en vigueur le 3 janvier 1976.

⁵² CAPOTORTI FRANCESCO, *Étude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, Nations Unies, New-York, 1979, p. 1.

⁵³ *Ibid.*, p. 37.

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 37-38.

⁵⁵ ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *Cycle d'études consacré aux sociétés multinationales*, New-York, publication des Nations Unies, Ljubljana, 1965, para. 107.

⁵⁶ *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, Résolution 2106 A (XX), adoptée le 21 décembre 1965, entrée en vigueur le 4 janvier 1969.

⁵⁷ OTIS GHISLAIN et MELKEVIK BJARNE, *Peuples autochtones et normes internationales : Analyse et textes relatifs au régime de protection identitaire des peuples autochtones*, Les éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1996, *op. cit.*, p. 10.

⁵⁸ Cette reconnaissance de l'identité minoritaire et, par la même, de la sauvegarde des droits culturels a été officialisée dès 1935 par la Cour permanente de Justice internationale (CPJI) mais heurtait à cette époque le principe d'égalité et d'universalité inhérent à la doctrine des Droits de l'Homme. Cette décision dissociait l'égalité en droit de l'égalité en fait, en précisant que « *[l']égalité en droit exclut toute discrimination : l'égalité en fait [pouvant], en revanche, rendre nécessaire des*

établit, selon la distinction opérée par André Mandelstam, le droit pour les minorités de prétendre à des droits analogues mais non identiques à ceux de la majorité⁵⁹.

Ces documents introduisent les concepts de « droits de groupe » et « d'inégalité compensatrice » mais ils restent cependant des normes relatives aux droits de l'Homme. Aussi est-il possible d'affirmer que les prémisses du droit autochtone découlent d'une « *logique initiale des droits humains pour remédier à la situation des individus en proie au racisme et à la discrimination*⁶⁰ ». Néanmoins, l'action onusienne n'est pas isolée, d'autres institutions internationales s'étant mobilisées pour la protection spécifique des peuples autochtones, à l'instar de l'Organisation Internationale du Travail (OIT)⁶¹.

21. Cette « *effervescence institutionnelle* » a engendré l'épanouissement d'un certain nombre de principes préfigurant l'avènement « *d'un système de protection identitaire en faveur des peuples autochtones*⁶² » au sein de l'Organisation des Nations Unies (ONU). La première marque de visibilité de la prise en compte spécifique des questions autochtones à l'ONU résulte de la commande d'une étude⁶³ à José Martinez Cobo par le Conseil économique et social sur le problème de discrimination à l'encontre des peuples autochtones⁶⁴. En 1977, eut également lieu la première Conférence internationale des organisations non gouvernementales des Nations Unies portant sur la discrimination à l'égard des populations autochtones

traitements différents en vue d'arriver à un résultat qui établisse l'équilibre entre des situations différentes. [...] L'égalité entre majoritaires et minoritaires doit être une égalité effective, réelle ». Cf. CPIJ, 6 avril 1935, *Ecoles minoritaires en Albanie*, Série A/B, n° 64, p. 19.

⁵⁹ MANDELSTAM ANDRE, « La protection des minorités », RCADI, 1, La Haye, 1923, cité par : ROULAND NORBERT, PIERRÉ-CAPS STEPHANE et POUMARÈDE JACQUES, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, PUF, coll. Droit politique et théorique, Paris, 1996, p. 189.

⁶⁰ BELLIER IRENE, « Identité globalisée et droits collectifs : les enjeux des peuples autochtones dans la constellation onusienne », *Autrepart*, n° 38, 2006, p. 113.

⁶¹ NORODOM ANNE-THIDA, « L'Organisation des Nations unies au service des peuples autochtones : quelle efficacité ? », dans PESSINA DASSONVILLE STEPHANE (dir.), *Le statut des peuples autochtones – A la croisée des savoirs*, Karthala – Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris – UMR de droit comparé, coll. Cahiers d'Anthropologie du droit, Paris, 2012, p. 52.

⁶² OTIS GHISLAIN et MELKEVIK BJARNE, *Peuples autochtones et normes internationales : Analyse et textes relatifs au régime de protection identitaire des peuples autochtones*, op. cit., p. 18.

⁶³ BELLIER IRENE, « Retour sur la négociation de la Déclaration des Droits des Peuples Autochtones : reconnaître le principe d'égalité pour avancer vers des interprétations pragmatiques », *Cahiers d'Anthropologie du Droit*, 2012, p. 77.

⁶⁴ MARTINEZ COBO JOSE R., *Etude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, E/CN.4/Sub.2/1986/7.

d'Amérique. Cette ouverture aux problématiques autochtones encouragea « *l'intérêt [...] de la communauté internationale pour l'un des secteurs les plus importants, les plus faibles et les plus défavorisés de l'humanité*⁶⁵ ».

Depuis cette époque, l'identification des problématiques a progressé, notamment par le biais de la Convention n° 169 de l'OIT, instrument juridique contraignant à ce jour le plus avancé sur la question, et reprenant très largement les caractéristiques des peuples autochtones mises en avant par José Martinez Cobo⁶⁶. Cette convention de 1989 sur les peuples indigènes et tribaux remet véritablement en question la conception universaliste de l'égalité⁶⁷ et s'affranchit « *du vocable population pour retenir celui de peuple [témoignant en cela] d'une évolution significative pour reconnaître le caractère collectif des entités concernées*⁶⁸ ». Si ces évolutions avaient été constatées, elles sortent désormais du secteur des droits de l'Homme qui les couvrait au plan institutionnel et politique⁶⁹, pour s'adresser à une catégorie particulière de personnes : les autochtones.

22. L'ensemble de ces travaux constitue autant de balises qui ont mené au développement des normes internationales spécifiques aux peuples autochtones et plus particulièrement à la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (DDPA) de 2007. Si les droits de l'Homme contribuent à protéger les droits des autochtones, l'ONU prend conscience que ces instruments ne suffisent pas « *à garantir la survie, le bien-être et la dignité des peuples autochtones*⁷⁰ », ces derniers devant pouvoir bénéficier de « *la reconnaissance de droits collectifs particuliers*⁷¹ ». À ce jour, la DDPA adoptée en 2007 constitue sans nul doute

⁶⁵ MARTINEZ COBO JOSE R., *Rapport de la Sous-commission sur les travaux de sa 37^{ème} session*, A/CN.4/Sub.2/1984/43, 19 octobre 1984, para. 314, p. 57, cité par : GESLIN ALBANE, « La protection internationale des peuples autochtones : de la reconnaissance d'une identité transnationale autochtone et l'interculturalité normative », *Annuaire français de droit international*, 2010, p. 661.

⁶⁶ NORODOM ANNE-THIDA, « L'Organisation des Nations unies au service des peuples autochtones : quelle efficacité ? », *op. cit.*, p. 52.

⁶⁷ CAPITAIN BRIEG et MARTIN THIBAUT, « La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones : Le dilemme canadien face à la reconnaissance du "sujet" autochtone », *Études canadiennes*, n° 69, 2010, p. 145.

⁶⁸ BELLIER IRENE, « Usages et déclinaisons internationales de "l'autochtonie" dans le contexte des Nations-Unies », dans GAGNÉ NATACHA, MARTIN THIBAUT et SALAÛN MARIE (dir.), *Autochtonies. Vues de France et de Québec*, Presses de l'Université Laval, coll. Mondes Autochtones, Québec, 2009, p. 83.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 87.

⁷⁰ GROUPE DES NATIONS UNIES POUR LE DEVELOPPEMENT, *Lignes directrices sur les questions relatives aux peuples autochtones*, New-York et Genève, 2009, HR/P/PT/16, p. 10.

⁷¹ *Ibid.*, p. 10.

l'expression la plus achevée de l'autochtonisme. Elle met en exergue la centralité de plusieurs concepts propres aux droits des autochtones⁷². Ainsi en est-il de la reconnaissance de l'existence de peuples autochtones en tant que tels. Si la communauté internationale n'a pas adopté de définition précise des peuples autochtones, il demeure que des caractéristiques propres aux peuples autochtones sont aujourd'hui communément admises comme le principe d'auto-identification⁷³ ou la légitimité pré-étatique induisant « *la reconnaissance du peuple premier comme souverain originaire du pays et comme maître originaire de la terre*⁷⁴ ». La DDPA admet également la persistance d'un lien fondamental entre les peuples autochtones et leurs terres ancestrales, allant au-delà de la simple question matérielle de la propriété en intégrant également une dimension historique, spirituelle, culturelle et collective⁷⁵, nécessaire à leur « *survie et intrinsèquement liée à leur identité*⁷⁶ ». Il est enfin reconnu l'existence d'une communauté autonome apte à déterminer son avenir en fonction de ses propres processus politiques, au sein d'un État, sans remettre en cause l'intégrité territoriale ou l'unité politique de ce dernier.

Ces normes représentent les fondements de l'identité autochtone et vont constituer le point de départ de notre réflexion sur l'état du droit français en ce domaine.

2 | Confrontation avec la pratique juridique française

23 . Le gouvernement français a toujours refusé de se voir appliquer des articles ou conventions de droit international conférant des droits aux personnes

⁷² BELLIER IRENE, « Usages et déclinaisons internationales de " l'autochtonie " dans le contexte des Nations-Unies », *op. cit.*, p. 77.

⁷³ BINETTE ANDRE, « La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et la réconciliation avec les premières nations au Québec », Forum autochtone 2010, Conférence Insight, 8^{ème} édition, Québec, 2010.

⁷⁴ OTIS GHISLAIN, « Comparaisons. L'autochtonisme aux Etats-Unis et au Canada, les défis de la décolonisation du rapport aux peuples premiers », dans FABERON JEAN-YVES, FAYAUD VIVIANE, REGNAULT JEAN-MARC (dir.), *Destin des collectivités politiques d'Océanie : peuples, populations, nations, Etats, territoires, pays, patries, communautés, frontières*, PUAM, t. 1, Aix-en-Provence, 2011, p. 285.

⁷⁵ DAES ÉRICA-IRENE, *Discrimination à l'encontre des peuples autochtones. Note explicative concernant le projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones*, Conseil économique et social, E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add. 1, 19 juillet 1993.

⁷⁶ GROUPE DES NATIONS UNIES POUR LE DEVELOPPEMENT, *Lignes directrices sur les questions relatives aux peuples autochtones*, *op. cit.*, p. 17.

appartenant à des minorités ou des peuples autochtones⁷⁷. Ainsi, la France s'est opposée à l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, premier document international à conférer des droits aux minorités. Il en est de même pour la Convention n° 169⁷⁸ de l'Organisation Internationale du Travail (OIT), qu'elle refuse toujours à ce jour de ratifier, ce malgré les recommandations du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale⁷⁹. Dans un rapport du ministère français des Affaires Étrangères datant de 1991, l'avis du pouvoir exécutif à ce sujet s'avère clairement établi :

« Conformément à son ordre constitutionnel, la France a été amenée à préciser, chaque fois que de besoin, qu'il n'existait pas de minorités juridiquement reconnues sur son territoire [...]. D'une manière générale, il conviendrait d'écarter toute référence aux droits collectifs des minorités⁸⁰ ».

24 . Pourtant, en 2007, le gouvernement français vote en faveur de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* et reconnaît qu'un « *cadre adapté aux spécificités de ces populations*⁸¹ » doit être instauré, principe qu'il se refusait auparavant à admettre lorsqu'il déclarait que « *le peuple français [...] n'admet aucune distinction établie sur des caractères ethniques et écarte par la même toute notion de minorité*⁸² ». Certes, la DDPA est dépourvue de

⁷⁷ Cf. en ce sens : Réserve faite au sujet de l'article 30, *Convention relative aux droits de l'enfant*, Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 44/25, 61ème séance plénière, 20 novembre 1989 ; Avis négatif du Conseil d'Etat concernant la Convention cadre de la protection des minorités nationales élaborée par le Conseil de l'Europe ; Avis n° 357 466 du 6 juillet 1995, Assemblée générale du Conseil d'Etat, Section des finances, EDCE, n° 47, p. 397.

⁷⁸ CONVENTION (N° 169) RELATIVE AUX PEUPLES INDIGENES ET TRIBAUX, *Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, OIT, Genève, 76^{ème} session, adoptée le 27 juin 1989, entrée en vigueur le 5 septembre 1991.

⁷⁹ COMITE POUR L'ELIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE, *Examen des rapports présentés par les Etats partis conformément à l'article 9 de la Convention. Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale. France*, soixante-dix-septième session, 2-27 août 2010, CERD/C/FRA/CO/17-19, D. Sujets de préoccupation et recommandations, point 18 : « *Le Comité recommande à l'Etat partie de permettre une reconnaissance de droits collectifs aux peuples autochtones, surtout en matière de droit de propriété. Il recommande en outre à l'Etat de prendre les mesures législatives nécessaires en vue de la ratification de la Convention 169 de l'Organisation internationale du travail relative aux peuples indigènes et tribaux* ».

⁸⁰ Rapport du ministère des Affaires étrangères françaises, cité dans : COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, 1991, *la lutte contre le racisme et la xénophobie*, La Documentation française, Paris, 1992, pp. 208-209 et p. 346.

⁸¹ *Ibid.*, p. 208.

⁸² Lettre de la Mission permanente de France au directeur de la division des Droits de l'Homme de l'ONU le 16 septembre 1976, cité par : ROULAND NORBERT, PIERRÉ-CAPS STEPHANE et POUMARÉDE JACQUES, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, PUF, coll. Droit politique et théorique, Paris, 1996, op. cit., p. 415.

valeur contraignante, et la signature de la France est assortie d'une analyse étatique de cette dernière qui en limite intrinsèquement la portée puisque le représentant français précise aussitôt que « *les droits collectifs ne peuvent prévaloir sur les droits individuels*⁸³ » en vertu du principe d'indivisibilité de la République et du principe d'égalité. Cependant, une atténuation de la rigidité française peut être observée dans la pratique juridique, notamment par le biais de l'Accord de Nouméa qui autorise de nombreuses dérogations aux principes républicains afin de satisfaire aux revendications kanakes⁸⁴.

25. L'Accord de Nouméa constitue « *un progrès incontestable dans la reconnaissance du fait colonial et des droits du peuple kanak*⁸⁵ ». Toutefois, dans le cadre d'une réflexion basée sur les droits autochtones, les avancées qu'il propose apparaissent insuffisantes. Dans le cadre de cette recherche, il importe d'étudier l'Accord de manière systématique afin d'en percevoir les principaux concepts, d'établir les évolutions positives mais également les carences au regard du domaine des droits autochtones que cette thèse a pour but d'étudier. Dès à présent, il convient cependant d'expliquer dans les grandes lignes les nouveautés institutionnelles créées par l'Accord et qui permettront une meilleure lecture et compréhension du développement de cette étude. L'Accord de Nouméa a engendré la création d'une collectivité territoriale *sui generis*, disposant de quatre niveaux institutionnels que sont l'État, la Nouvelle-Calédonie, les Provinces et les communes.

26 . L'archipel comporte ainsi trente-trois communes disposant d'une clause générale de compétence et trois provinces que sont la Province des Îles Loyauté, la Province Nord et la Province Sud. Ces dernières sont dotées d'une compétence de principe selon l'article 20 de la loi organique qui dispose que « *chaque province est compétente dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État ou à la Nouvelle-Calédonie par la présente loi, ou aux communes par la législation*

⁸³ Intervention prononcée par le représentant de la France, le jeudi 13 septembre 2007, lors de la signature de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones.

⁸⁴ Cf. notamment : GRÜNDLER TATIANA, « La République française, une et indivisible ? », *RDP*, n° 2, 2007, pp. 445-477 ; MORTIER PAULINE, *Les métamorphoses de la souveraineté*, Thèse de droit public, Université d'Angers, 2011, 473 p. ; BELKACEMI NASSIRA, « Les peuples autochtones : populations ou peuples ? », *Les autochtones de l'outre-mer français, Droit et Cultures, Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire*, l'Harmattan, n° 37, janvier 1999, pp. 25-52.

applicable en Nouvelle-Calédonie ». Outre cette compétence de principe, la loi organique leur confère expressément d'autres compétences telles que le droit « *d'exploration, d'exploitation, de gestion et de conservation des ressources naturelles biologiques et non biologiques des eaux intérieures [...]*⁸⁶ » ou encore la compétence pour adapter les programmes de l'enseignement primaire aux réalités culturelles et linguistiques⁸⁷. Cette collectivité territoriale⁸⁸ est primordiale car c'est à travers elle que s'exprime le droit de vote aux élections néocalédoniennes. Il n'y a en effet qu'une élection véritablement propre à la Nouvelle-Calédonie, celle « *des assemblées de province qui implique seule la désignation du congrès de Nouvelle-Calédonie*⁸⁹ ». Ces élections électorales sont le fruit d'une novation de l'Accord de Nouméa qui introduit un concept révolutionnaire au sein du droit français, celui d'une citoyenneté néocalédonienne distincte de la citoyenneté française. La loi organique précise dans son article 4 qu' « *il est institué une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie dont bénéficient les personnes de nationalité française qui remplissent les conditions fixées à l'article 188* ». À ce titre, seuls peuvent participer à ces élections⁹⁰ les personnes remplissant la condition de dix ans de résidence, à la date de l'élection au Congrès et aux assemblées de province et au plus tard en 2008⁹¹.

Concernant l'État, il est représenté par le haut-commissaire qui est dépositaire des pouvoirs de la République⁹². La loi ordinaire du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie précise ses attributions dès son article premier. Il est indiqué que

⁸⁵ FÉRAL FRANÇOIS, « Quelques éléments de doctrine autochtoniste sur les institutions de Nouvelle-Calédonie », *Quelques aspects des droits du peuple autochtone en Nouvelle-Calédonie, Revue Juridique, Politique et Economique de Nouvelle-Calédonie*, n° 18, février 2011, p. 12.

⁸⁶ LOI ORGANIQUE N° 99-209 DU 19 MARS 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, J.O.R.F., n° 0068, 21 mars 1999, p. 4197, *op. cit.*, art. 46.

⁸⁷ *Ibid.*, art. 22, 28.

⁸⁸ *Ibid.*, art. 3 : « Les provinces et les communes de la Nouvelle-Calédonie sont des collectivités territoriales de la République. Elles s'administrent librement par des assemblées élues au suffrage universel direct, dans les conditions prévues au titre V en ce qui concerne les provinces ».

⁸⁹ FABERON JEAN-YVES, *Des institutions pour un pays: la Nouvelle-Calédonie en devenir*, PUAM, coll. Droit d'Outre-mer, Aix-en-Provence, 2012, p. 91.

⁹⁰ Il faut ici préciser que cette liste électorale restreinte ne vaut que pour les élections des assemblées de province. Pour toutes les autres élections, telles que les élections municipales, présidentielle ou celles des députés, la liste de droit commun s'appliquera.

⁹¹ FABERON JEAN-YVES, *Des institutions pour un pays: la Nouvelle-Calédonie en devenir*, *op. cit.*, p. 78.

le haut-commissaire dirige les services de l'État, assisté en cela par un secrétaire général auquel il peut déléguer une partie de ses attributions⁹³. Le décret du 23 mars 2007 définit plus explicitement la fonction de haut-commissaire :

« il est dépositaire de l'autorité de l'État. Il a la charge des intérêts nationaux et du respect des lois. Il représente le Premier ministre et chacun des ministres. Il veille à l'exécution des règlements et décisions gouvernementales. Le haut-commissaire dirige, sous l'autorité des ministres, les services déconcentrés des administrations civiles de l'État en Nouvelle-Calédonie⁹⁴ »

En outre :

« il assure le contrôle administratif des institutions de la Nouvelle-Calédonie, des provinces, des communes et de leurs établissements publics. Il veille à l'exercice régulier de leurs compétences par les autorités de la Nouvelle-Calédonie, des provinces et des communes⁹⁵ ».

Enfin, il est représenté dans chaque province par un commissaire délégué de la République. Représentant de l'État, il a évidemment en charge les compétences régaliennes, telles que la défense nationale et la justice. D'autres compétences lui sont également dévolues mais ces dernières ne sont pas figées car caractérisées « *par un flux progressif de transferts de l'État vers la Nouvelle-Calédonie⁹⁶* ». C'est en effet une des innovations de l'Accord de Nouméa que de mettre au point un statut évolutif pour l'archipel. La fin de la période de l'Accord de Nouméa verra la réception de toutes les compétences à la Nouvelle-Calédonie, exception faite des

⁹² LOI ORGANIQUE N° 99-209 DU 19 MARS 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, op. cit., art 2.

⁹³ LOI N° 99-210 DU 19 MARS 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F., n° 0068, 21 mars 1999, p. 4226, art. 1.

⁹⁴ DECRET N° 2007-423 DU 23 MARS 2007 *relatif aux pouvoirs du haut-commissaire de la République, à l'organisation et à l'action des services de l'Etat en Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F., n° 72, 25 mars 2007, p. 5620, texte n° 36, art. 1.

⁹⁵ *Ibid.*, art. 2.

⁹⁶ FABERON JEAN-YVES, *Des institutions pour un pays: la Nouvelle-Calédonie en devenir*, op. cit., p. 62.

compétences régaliennes dont le transfert dépendra du résultat de la consultation relative à l'indépendance du territoire.

27 . La loi organique du 19 mars 1999 qui édicte le statut issu de l'Accord de Nouméa dispose en son article 2 que « *les institutions de la Nouvelle-Calédonie comprennent le congrès, le gouvernement, le sénat coutumier, le conseil économique et social et les conseils coutumiers* ».

28 . Le Congrès, assemblée délibérante de Nouvelle-Calédonie, est un organe représentatif commun qui fédère les assemblées de Provinces. Les Provinces sont toutes trois dotées d'assemblées délibérantes qui composent le Congrès néocalédonien composé de cinquante-quatre membres⁹⁷. L'article 22 de la loi organique dresse l'éventail des compétences de la Nouvelle-Calédonie, compétences qui relèvent toutes du Congrès à l'exception de celles expressément attribuées au gouvernement⁹⁸ ou au président du gouvernement⁹⁹. Il dispose de douze commissions intérieures spécialisées dans certains domaines tels que la santé et la protection sociale, l'agriculture et la pêche, ou encore les législations et réglementations relatives aux affaires coutumières. Le Congrès est ensuite amené à adopter des actes de différentes natures qui peuvent être soit des actes administratifs sous forme de délibérations, soit des lois du pays ayant valeur législative. La précision est d'importance car, pour la première fois dans l'histoire française, la loi cesse d'être « *l'expression de la volonté générale*¹⁰⁰ ». Les lois du pays peuvent être prises dans un certain nombre de domaines exhaustivement précisés dans l'article 99 de la loi organique. Pour ne citer que quelques exemples, des actes de nature législative peuvent être pris concernant l'assiette et le recouvrement des impôts, les règles concernant les hydrocarbures, le nickel, le chrome et le cobalt ou encore le statut civil coutumier et le régime des terres coutumières. Ces lois du pays situées

⁹⁷ Tous les membres des assemblées de province ne sont pas membre du Congrès de Nouvelle-Calédonie. L'assemblée de la province Sud comprend 40 membres dont 32 font partie du congrès. L'assemblée de la province Nord comprend 22 membres dont 15 membres du Congrès et celle des Îles Loyauté compte 7 membres du congrès pour 14 membres de l'assemblée provinciale.

⁹⁸ LOI ORGANIQUE N° 99-209 DU 19 MARS 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, op. cit., chap. III « Le gouvernement », sect. 3 « Attributions du gouvernement ».

⁹⁹ *Ibid.*, chap. III, sect. 4 « Attributions du président du gouvernement ».

¹⁰⁰ FABERON JEAN-YVES, *Des institutions pour un pays: la Nouvelle-Calédonie en devenir*, op. cit., p. 75.

hiérarchiquement au-dessus des actes réglementaires ne peuvent être soumises qu'au contrôle de constitutionnalité.

En dehors de ses compétences d'édiction, le Congrès dispose également d'un pouvoir consultatif¹⁰¹ et du pouvoir de contrôler le gouvernement par le biais de questions¹⁰², de commissions d'enquête¹⁰³ et en dernier recours par le truchement d'une motion de censure¹⁰⁴.

29 . Le gouvernement néocalédonien est le collège exécutif de la Nouvelle-Calédonie. Il a ceci de particulier qu'il n'est pas composé selon la logique majoritaire qui prévaut en France, mais proportionnellement aux forces politiques élues au Congrès¹⁰⁵. Ce dispositif permet la représentation des différents groupes politiques, prolongeant ainsi la volonté de pacification et de consensus de l'Accord de Nouméa, ce même si a défaut d'obtenir ce dernier, la démocratie majoritaire trouvera finalement à s'appliquer. Élu par le Congrès, il reste en fonction jusqu'à l'expiration du mandat de ce dernier.

Si chacun de ses membres dirige un secteur de l'administration, le Congrès dans son ensemble est chargé collégialement et solidairement des affaires de sa compétence. Les décisions sont donc prises à la majorité, et en cas d'égalité, la voix du président est prépondérante¹⁰⁶. Il prépare, exécute les délibérations du Congrès et de sa commission permanente puis prend sur habilitation de ces derniers les arrêtés nécessaires à la mise en œuvre de leurs actes¹⁰⁷. Enfin, il arrête les projets de délibérations ou les projets de lois du pays qui seront ensuite transmis au Congrès¹⁰⁸. Schématiquement, il est possible de distinguer trois types d'attribution confiés au gouvernement¹⁰⁹ : la gestion des services et des biens de la Nouvelle-Calédonie, celle

¹⁰¹ LOI ORGANIQUE N° 99-209 DU 19 MARS 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, *op. cit.*, art. 89 et 90.

¹⁰² *Ibid.*, art. 75.

¹⁰³ *Ibid.*, art. 94.

¹⁰⁴ *Ibid.*, art. 95.

¹⁰⁵ FABERON JEAN-YVES, *Des institutions pour un pays: la Nouvelle-Calédonie en devenir*, *op. cit.*, p. 75.

¹⁰⁶ LOI ORGANIQUE N° 99-209 DU 19 MARS 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, *op. cit.*, art 128.

¹⁰⁷ *Ibid.*, art. 126.

¹⁰⁸ *Ibid.*, art. 128.

¹⁰⁹ *Ibid.*, art. 127.

des ressources humaines et financières et la mise au point des textes juridiques, tels que la codification des lois du pays¹¹⁰.

30 . L'article 2 de la loi organique précitée ajoute au rang des institutions néocalédoniennes le Sénat coutumier ainsi que les Conseils coutumiers, institutions du peuple kanak. Pourtant ces dernières, à la différence du Congrès et du gouvernement de Nouvelle-Calédonie, ne possèdent pas les attributs de véritables institutions. Il est en effet possible de constater que si l'État français paraît admettre l'existence de la population kanake, la reconnaissance de leurs droits en tant que peuple autochtone, notamment à s'autogouverner, ne semble pas pour autant acquise.

31. Dès le premier paragraphe du préambule, il est reconnu la présence d'une « *population autochtone*¹¹¹ » lors de la prise de possession de la Grande Terre par la France. Cette population est simultanément dénommée « *peuple d'origine*¹¹² » puis « *peuple kanak*¹¹³ ». Si toutes les conditions semblent réunies pour que les Kanaks puissent prétendre aux droits autochtones tels que prévus par le droit international, il apparaît qu'une fois dépassé le Préambule et sa contrition face aux exactions commises durant la période coloniale, toute référence à une possible prise en compte de l'autochtonie et des droits pouvant y être attachés est inexistante. Dans la logique de l'approche française actuelle, l'évocation du peuple kanak semble avant tout un moyen de reconnaître les différentes populations cohabitant sur le territoire afin de mieux les unir dans un « destin commun » néocalédonien. Au vu des développements de l'Accord de Nouméa, il apparaît que cet avenir commun est avant tout perçu comme un nouveau départ occultant la souveraineté originelle et les droits précoloniaux des Kanaks, ce afin de construire un futur exempt de toute revendication historique.

Faisant composition quant aux méfaits de la colonisation, l'Accord concède au peuple kanak une reconnaissance identitaire par le biais notamment des institutions

¹¹⁰ FABERON JEAN-YVES, *Des institutions pour un pays: la Nouvelle-Calédonie en devenir*, op. cit., p. 143.

¹¹¹ ACCORD SUR LA NOUVELLE-CALEDONIE SIGNE A NOUMEA LE 5 MAI 1998, J.O.R.F., n° 121, 27 mai 1998, p. 8039, op. cit., préambule, pt. 1, « *La France [...] n'établit pas des relations de droit avec la population autochtone* ».

¹¹² Ce terme est employé deux fois dans le Préambule, aux points 2 et 4.

¹¹³ Ce terme est employé trois fois dans le Préambule, aux points 3 et 4.

coutumières. Cependant, une lecture attentive des dispositions propres à ces institutions démontre qu'elles sont exclues des champs politique et administratif puis soumises à la tutelle des institutions étatiques ou néocalédoniennes. De même, si la coutume est instituée comme système de droit propre à une partie de la population, dès la période coloniale¹¹⁴ puis avec la loi organique du 19 mars 1999, son champ reste uniquement circonscrit aux rapports de droit privé.

32. Le régime actuel est transitoire¹¹⁵, et une démarche autochtone a, semble-t-il, une certaine légitimité à être perçue « *comme une option politique à partir du moment où a été adopté le principe du "destin commun"* »¹¹⁶. La plupart des constitutionnalistes français estime que cette approche se heurte à des obstacles juridiques rédhibitoires dans le cadre du droit républicain. Les auteurs positivistes qui déclarent que l'autochtonie ne peut exister au sein d'un État unitaire omettent sans doute que le pluralisme est présent et que la spécificité autochtone fait déjà l'objet d'une certaine reconnaissance.

S'il est acquis que deux populations sont désormais amenées à vivre ensemble sur le même territoire, la coexistence peut être envisagée autrement que par l'incorporation du peuple kanak au peuple néocalédonien. Les normes internationales sont alors susceptibles d'être à l'initiative d'une nouvelle réflexion.

33 . La souveraineté décisionnaire des États est un des principes majeurs sur lequel repose le droit international et, à ce titre, aucune source de droit n'est opposable à l'État sans son adhésion, pas plus que ne l'est la DDPA dépourvue de tout caractère juridiquement contraignant. L'objectif ici n'est donc pas de recenser uniquement le droit positif international susceptible d'être appliqué à la France, mais plutôt d'acquérir une connaissance globale de la normativité internationale existante en ce domaine afin de percevoir l'ensemble des enjeux relatifs aux peuples autochtones. L'étude s'appuyant sur une analyse prospective, l'hypothèse de travail

¹¹⁴ Cf. en ce sens : Arrêté gubernatorial du 22 janvier 1868 qui affirme le caractère incommutable, insaisissable et inaliénable des réserves autochtones créant ainsi un double régime des propriétés foncières ; CA NOUMÉA, *Daresté*, 28 février 1920, 1920-3-96 reconnaissant l'existence d'un statut civil particulier côtoyant le statut civil de droit commun.

¹¹⁵ TRÉPIED BENOIT, « Une nouvelle question indigène outre-mer ? - La Vie des idées », En ligne : <<http://www.laviedesidees.fr/Une-nouvelle-question-indigene.html>>, *op. cit.*

selon laquelle la normativité internationale est susceptible d'influer sur le droit français sera envisagée. Bien que dénuée de contraintes, la Déclaration peut inciter les États signataires en tant que déclaration d'intention¹¹⁷ à pratiquer une politique de reconnaissance des revendications autochtones. À ce titre, la DDPA, document à ce jour le plus abouti sur les droits autochtones, constitue un instrument utile pour guider les éventuelles politiques que la France pourrait prendre à l'égard de la Nouvelle-Calédonie.

B | Étude prospective de la mise en œuvre d'une autodétermination kanake

34. La France ne reconnaît pas l'existence de peuples autochtones sur son territoire. Le discours juridique français est en effet infléchi par les principes républicains issus de la Révolution de 1789, principes aujourd'hui encore considérés comme les piliers du droit public moderne.

35. Pourtant, l'expérience coloniale de la France et le processus de décolonisation mis en place dès la IV^{ème} République¹¹⁸ ont contredit ce modèle idéaliste en tolérant *de facto* et *de jure* l'établissement de régimes de droits différenciés en rupture avec les principes constitutionnels prônant un régime juridique uniforme des personnes basé sur l'unité du peuple français et l'égalité des individus. Ainsi, pour ne citer qu'un seul exemple à titre de référence, nous noterons que l'article 74 de la Constitution légitime un processus d'individualisation statutaire en fonction des intérêts propres à chaque territoire d'outre-mer.

¹¹⁶ FÉRAL FRANÇOIS, « Quelques éléments de doctrine autochtoniste sur les institutions de Nouvelle-Calédonie », *Quelques aspects des droits du peuple autochtone en Nouvelle-Calédonie, Revue Juridique, Politique et Economique de Nouvelle-Calédonie*, n° 18, février 2011, *op. cit.*, p. 10.

¹¹⁷ GENTELET KARINE, FARGET DORIS et CAMPBELLE-DURUFLE CHRISTOPHER, « Le Canada et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones : valeur et pertinence », *Nouvelles pratiques sociales*, vol. 23, n° 1, 2010, p. 131.

¹¹⁸ TESOKA LAURENT, « L'évolution des collectivités françaises du Pacifique depuis 1946 », dans FABERON JEAN-YVES, FAYAUD VIVIANE, RÉGNAULT JEAN-MARC (dir.), *Destins des collectivités politiques d'Océanie. Peuples, populations, nations, États, territoires, pays, patries*,

Aujourd'hui, le gouvernement français reconnaît la présence de « *populations autochtones*¹¹⁹ » sur le territoire ultra-marin de la République française. Cette reconnaissance entraîne la mise en œuvre d'un certain nombre de concessions. Il demeure que la persistance de l'idéologie républicaine reposant sur le centralisme, le monisme et l'analyse positiviste du droit¹²⁰ formule une acception étatique de ces termes qui en diminue significativement la portée. L'emploi du terme « population » est en effet révélateur de la volonté unificatrice française. Contrairement à la notion de « peuple » qui sous-entend la présence d'une collectivité disposant de droits spécifiques, le mot « population » désigne un ensemble d'individus vivant sur un territoire donné¹²¹. La République et chacune des collectivités territoriales françaises disposent à ce titre d'une population. À cet égard, la CNCDH précise que :

« le terme "population" tend à désigner une réalité démographique et géographique tandis que le mot "peuple" vise un principe d'essence politique dans le cadre d'un État-nation, laissant de côté la spécificité culturelle des "peuples autochtones" ¹²² ».

En d'autres termes, malgré l'ouverture du droit républicain aux spécificités culturelles existantes sur son territoire, notamment ultra-marin, l'autoreprésentation dominante de la République reste encore celle d'une entité une et indivisible. Il en ressort une apparente incohérence entre le droit et la pratique puisque :

communautés, frontières, PUAM, 1 Théories et pratiques, coll. Droit d'Outre-mer, Aix-en-Provence, 2001, p. 43.

¹¹⁹ MISSION PERMANENTE DE LA FRANCE A GENEVE, *Réponse de la France au questionnaire du Haut Commissariat aux Droits de l'Homme des Nations-Unies pour le suivi de la résolution 18/8 du Conseil des droits de l'homme*, p. 1 : « En France, les populations autochtones vivent outre-mer c'est-à-dire en Amérique du sud (Guyane), en Océanie (Nouvelle-Calédonie, Polynésie française et Wallis-et-Futuna) et dans l'Océan Indien (Mayotte) ».

¹²⁰ MACDONALD RODERICK A., « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », *RDUS*, vol. 33, 2002, p. 135.

¹²¹ BOYER ALAIN, « Les autochtones français, populations, peuples ? Les données constitutionnelles », *Les autochtones de l'Outre-mer français, Droit et Cultures, Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire*, l'Harmattan, n° 37, janvier 1999, p. 116.

¹²² CNCDH, *Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : La situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des amérindiens de Guyane*, J.O.R.F., n° 0061, 12 mars 2017, texte n° 33, op. cit., p. 28.

« l'observation de la capacité de la technique juridique à s'adapter aux demandes sociales et aux contraintes des contextes historiques permet de relativiser la rigidité des principes constitutionnels qui s'opposeraient à une reconnaissance des principes de l'autochtonie¹²³ ».

36. Dès lors, la voie de l'adaptation de la Constitution à la reconnaissance des droits autochtones serait, dans la pratique, tout à fait possible. Cette étude s'insère dans l'observation de l'évolution continue et pragmatique du droit français ; que la France l'accepte ou la renie, la démarche autochtoniste est désormais présente en Nouvelle-Calédonie comme l'atteste l'élaboration d'un socle commun des valeurs kanakes. Il paraît alors pertinent d'envisager les incidences qu'une prise en compte de l'autochtonie pourrait engendrer si les Kanaks décidaient toutefois d'inscrire leur démarche dans cette voie. En se basant sur cette hypothèse, l'idée est de modéliser ce que pourrait être un système d'autodétermination interne du peuple kanak dans le cadre d'un destin commun, partagé avec la France ou la seule Nouvelle-Calédonie.

37. Ce constat implique d'élargir la réflexion sur les études prospectives ayant attiré à la Nouvelle-Calédonie et d'ouvrir un champ nouveau pour l'exploration de solutions. Ce que nous appelons le « droit prospectif » est la démarche qui a pour dessein d'identifier les opportunités et les défis émergents. Il présente les différentes options dont peuvent disposer les responsables politiques et décrivent les scénarios qui pourraient éventuellement découler de ces choix. À ce titre, le point de vue d'une lecture autochtoniste du droit public français ne peut être négligé et une réflexion portant sur une possible organisation juridique prenant en compte le fait autochtone en Nouvelle-Calédonie peut enrichir le débat sur l'avenir statutaire de l'archipel. Force est de constater que peu d'analyses sont faites à ce sujet, les auteurs privilégiant notamment des réflexions sur les modalités de l'indépendance vis-à-vis de la France ou sur les conséquences du maintien éventuel de l'archipel au sein de la République¹²⁴.

¹²³ FÉRAL FRANÇOIS, « Quelques éléments de doctrine autochtoniste sur les institutions de Nouvelle-Calédonie », *op. cit.*, p. 11.

¹²⁴ MARCOU GERARD, « L'autonomie dans la République : jusqu'où ? », dans FABERON JEAN-YVES, FAYAUD VIVIANE, RÉGNAULT JEAN-MARC (dir.), *Destins des collectivités politiques d'Océanie. Peuples, populations, nations, Etats, territoires, pays, patries, communautés, frontières*, PUAM, t. I, Théories et pratiques, coll. Droit d'Outre-Mer,

38 . Aux fins de cette étude, l'analyse des normes internationales sur les peuples autochtones sert de grille d'analyse afin d'évaluer le droit positif français actuel et de proposer les structures des éventuelles institutions politiques et administratives kanakes respectueuses des droits autochtones. L'étude se base sur une lecture prospective résolument autochtoniste du droit français, il sera donc principalement étudié le droit à l'autodétermination prévu par l'article 3 de la DDPA¹²⁵. Il est en effet le « principe cadre » au sein duquel se déploient les droits autochtones¹²⁶. Ce droit comporte deux corollaires retranscrits dans les deux articles subséquents : le droit à l'autonomie gouvernementale sur les terres¹²⁷ et le droit des peuples autochtones « *de maintenir et de renforcer leurs institutions politiques, juridiques, économiques, sociales et culturelles distinctes*¹²⁸ ».

39 . Par ailleurs, la reconnaissance des droits autochtones et l'ingénierie institutionnelle développée pour les mettre en œuvre dans un pays tel que le Canada revêt une importance essentielle dans la compréhension des enjeux susceptibles de survenir entre États et peuples autochtones. Le droit positif canadien est susceptible, de part les solutions qu'il a mises en œuvre, d'enrichir la réflexion et d'orienter les propositions qui seraient envisagées par hypothèse pour la Nouvelle-Calédonie. Le droit comparé constitue donc une des méthodologies scientifiques employées au cours de cette recherche.

Aix-en-Provence, 2011, pp. 55-65 ; MICHALON THIERRY, « Pour la Nouvelle-Calédonie, l'hypothèse fédérale », dans FABERON JEAN-YVES (dir.), *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie. L'évolution des liens de la France avec ces collectivités périphériques*, La documentation française, coll. notes et études documentaires, Paris, 1997, pp. 221-241 ; MOYRAND ALAIN, « Théorie de la souveraineté partagée », dans FABERON JEAN-YVES, AGNIEL GUY (dir.), *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, La documentation française, coll. notes et études documentaires, Paris, 2000, *op. cit.*, pp. 29-38 ; WEBERT FRANCINE, « L'ordre juridique français : de la centralisation à la souveraineté partagée », dans FABERON JEAN-YVES, AGNIEL GUY (dir.), *La souveraineté en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, La documentation française, coll. notes et études documentaires, n° 5113-14, Paris, 2000, pp. 9-28.

¹²⁵ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Résolution 61/295 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, A/RES/61/295, 107^{ème} séance plénière, 13 septembre 2007, art. 3: « *Les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel* ».

¹²⁶ OTIS GHISLAIN, « Coutume autochtone et gouvernance environnementale dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme », *Journal of Environmental Law and Practice*, 2010, p. 242.

¹²⁷ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Résolution 61/295 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, A/RES/61/295, 107^{ème} séance plénière, 13 septembre 2007, art. 4.

Section III | Cadre théorique et méthodologique

40 . En réponse au développement des normes internationales, des stratégies nationales concernant les peuples autochtones commencent d'ores et déjà à s'engager. D'emblée, en complément de cette étude prospective de droit interne, l'idée s'est imposée de réaliser une recherche consacrée au droit comparé (A). Cette démarche impose également de se détacher d'une vision unitaire, chère à l'État français, pour s'orienter vers une conception pluraliste du droit (B), nécessitant d'appréhender les mécanismes régulant la société kanake et impliquant, de ce fait, le recours à l'interdisciplinarité (C).

A | Intérêt méthodologique de l'analyse comparée

41 . L'analyse de législations étrangères et de leurs modalités d'application représente une étape fondamentale pour des travaux visant à rechercher les voies et moyens possibles d'une évolution d'un système juridique. Le droit canadien a été privilégié pour de multiples raisons. Si des considérations linguistiques¹²⁹ et institutionnelles¹³⁰ ont influencé cette décision, c'est avant tout l'histoire et la situation actuelle de ce pays qui contribuent à en faire un laboratoire pertinent pour la recherche autochtoniste.

42 . Au moment de l'établissement de la souveraineté européenne, amorcé à la fin du XV^{ème} siècle lors de l'exploration du continent américain, les royaumes de France et d'Angleterre imposent leur souveraineté sur un territoire qui était

¹²⁸ *Ibid.*, art. 5.

¹²⁹ Au Canada, les instances gouvernementales et législatives fédérales sont officiellement bilingues. Ainsi, les politiques fédérales sur les autochtones, les traités modernes, les décisions de justice ainsi qu'une partie de la doctrine sont accessibles en français.

¹³⁰ Cette thèse est réalisée dans le cadre d'une cotutelle entre l'Université de Perpignan Via Domitia et l'Université d'Ottawa, au sein de la Chaire de recherche du Canada sur la diversité juridique et les peuples autochtones dirigée par le professeur Ghislain Otis.

originellement peuplé¹³¹. Aujourd'hui, le Canada compte environ 1 409 100 d'individus autochtones¹³² sur quelques 35 000 000 d'habitants, soit près de 4% de la population¹³³. Aussi met-il en avant, utilise puis développe les grands principes de l'autochtonie, tant par le biais de sa jurisprudence que par les traités politiques qu'il conclut avec les autochtones.

43 . Le Canada est à l'avant-garde en matière de reconnaissance des droits autochtones¹³⁴. Dès 1973, la Cour suprême reconnaît le titre ancestral et établit que l'existence des droits des peuples autochtones ne dépend pas tant de leur reconnaissance – effective depuis la Proclamation royale de 1763 – que d'une occupation antérieure aux premiers contacts avec les Européens¹³⁵. Moins d'une décennie plus tard, l'article 35 de la loi constitutionnelle de 1982 reconnaît et confirme les « *droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada* ». L'inscription de l'article 35 dans la constitution crée un espace constitutionnel permettant aux autochtones d'affirmer leur identité et impliquant la détermination, la reconnaissance puis le respect de leurs droits. Ces derniers n'étant pas explicitement définis et encadrés, ce sont les tribunaux qui mettent peu à peu en lumière les principes formant l'ossature des droits autochtones. Les tribunaux développent donc une importante jurisprudence concernant les droits ancestraux et ceux issus de traités. Ainsi, la Cour suprême établit les principes généraux à l'ensemble des droits ancestraux¹³⁶ puis définit les conditions d'existence particulières et distinctes du titre aborigène¹³⁷ et des droits-activités¹³⁸. Elle s'attache

¹³¹ HUPPÉ LUC, « L'établissement de la souveraineté européenne au Canada », *Les Cahiers de droit*, vol. 50, n° 1, mars 2009, p. 154.

¹³² STATISTIQUE CANADA, « Les peuples autochtones : Feuille d'information du Canada », 2012, En ligne : <<http://www.statcan.gc.ca/pub/89-656-x/89-656-x2015001-fra.htm>>.

¹³³ COLLETTE-LÉVEQUE MARLENE, « Droit constitutionnel et droits des peuples autochtones : compatibilités et antinomies », En ligne : <<http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes7/collette-leveque.pdf>>, *op. cit.*

¹³⁴ CAPITAINE BRIEG et MARTIN THIBAUT, « La Déclaration des nations Unies sur les droits des peuples autochtones : Le dilemme canadien face à la reconnaissance du "sujet" autochtone », *Études canadiennes*, n° 69, 2010, *op. cit.*, p. 139.

¹³⁵ R. c. Calder, [1973] R.C.S. 313.

¹³⁶ Cf. notamment pour : l'occupation et la possession antérieure du territoire : R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507 ; Mitchell c. M.R.N., [2001] 1 R.C.S. 911 ; les droits de groupe : Delgamuukw c. Colombie-Britannique, [1997] 3 R.C.S. 1010 ; le rattachement à une communauté historique R. c. Powley, [2003] 2 R.C.S. 207 ; les droits liés au statut personnel : R. c. Van der Peet, *op.cit.* ; les droits faisant partie intégrante de la culture distinctive : R. c. Sappier ; R. c. Gray, [2006] 2 R.C.S. 686 ; l'approche flexible en matière de preuve : Delgamuukw c. Colombie-Britannique, *op.cit.* ; Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique, [2002] 2 R.C.S. 146.

¹³⁷ Cf. notamment pour : l'occupation précoloniale suffisante : Delgamuukw c. Colombie-Britannique, *op.cit.* ; R. c. Marshall, [1999] 3 R.C.S. 456 ; R. c. Marshall ; R. c. Bernard, [2005] 2 R.C.S. 220 ; l'occupation exclusive : Delgamuukw c. Colombie-Britannique, *op.cit.* ;

également à ériger un faisceau d'obligations constitutionnelles afin de protéger les droits autochtones, que ceux-ci soient reconnus¹³⁹ ou fassent l'objet d'une revendication crédible de droits¹⁴⁰. Cette édification, fruit de plusieurs décennies de réflexion jurisprudentielle, peut être utile, notamment dans l'élaboration de critères définitoires concernant des termes utilisés en droit français mais dont le contenu n'a, à ce jour, fait l'objet d'aucuns approfondissements sérieux. Ainsi en est-il de l'article 18 de la loi organique du 19 mars 1999 qui dispose que les terres coutumières seront attribuées « *pour répondre aux demandes exprimées au titre du lien à la terre* », sans que ce « *lien* » ne soit explicitement défini.

44 . En parallèle, cette légitimation des droits autochtones pousse le gouvernement fédéral à adopter une politique renouant avec la pratique des négociations dans le but d'établir des accords portant le nom de revendications territoriales globales. Ces nouveaux traités, qualifiés de « modernes », proposent une répartition plus équitable de la terre et des ressources¹⁴¹. De surcroît, le gouvernement fédéral instaure, dès 1995, une politique de reconnaissance du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et accepte la mise en place négociée de gouvernements autochtones¹⁴². L'ingénierie institutionnelle ainsi que les modalités d'exercice des compétences autochtones mises en place dans ces traités d'autonomie

R. c. Marshall ; R. c. Bernard, op.cit.; l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique, op.cit.*.

¹³⁸ Cf. notamment pour : droits ayant pour objet des activités particulières : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique, op.cit.* ; *R. c. Powley, op.cit.* ; *R. c. Sappier ; R. c. Gray, op.cit.* ; coutumes, pratiques et traditions propre à une communauté autochtone : *R. c. Van der Peet, op.cit.* ; *Gladstone c. Canada*, [2005] 1 R.C.S. 325 ; droits faisant partie intégrante d'une culture distinctive *R. c. Van der Peet, op.cit.* ; *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821 ; *Mitchell c. M.R.N., op.cit.* ; *R. c. Sappier ; R. c. Gray, op.cit.* ; *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada*, [2011] 3 R.C.S. 535 ; droits constituant une évolution logique du mode de vie antérieure : *R. c. Powley, op.cit.* ; *R. c. Sappier ; R. c. Gray, op.cit.* ; *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada, op.cit.* ; droits déterminés au moment du contact avec les européens : *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101 ; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139 ; droits ayant persisté jusqu'à nos jours : *R. c. Van der Peet, op.cit.* ; *R. c. Adams, op.cit.* ; *R. c. Côté, op.cit.* ; *R. c. Powley, op.cit.*.

¹³⁹ *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

¹⁴⁰ *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511.

¹⁴¹ OTIS GHISLAIN, « Comparaisons. L'autochtonisme aux Etats-Unis et au Canada, les défis de la décolonisation du rapport aux peuples premiers », dans FABERON JEAN-YVES, FAYAUD VIVIANE, RÉGNAULT JEAN-MARC (dir.), *Destin des collectivités politiques d'Océanie : peuples, populations, nations, Etats, territoires, pays, patries, communautés, frontières*, PUAM, t. I, Aix-en-Provence, 2011, *op. cit.*, p. 288.

¹⁴² Voir en ce sens : WHERRET JILL, *L'autonomie gouvernementale des autochtones*, Direction de la recherche parlementaire, CIR 96-2F, Ottawa, 1999 ; HURLEY MARY C. et WHERRET JILL, *L'autonomie gouvernementale des autochtones*, Direction de la recherche parlementaire, PRB 99-19F, 1999.

gouvernementale permet d'enrichir la réflexion concernant la situation néocalédonienne. La pratique de la personnalité des lois développée dans les traités modernes sera, par exemple, étudiée dans le contexte néocalédonien pour proposer une application effective des droits kanaks en Nouvelle-Calédonie, tout en préservant la démocratie¹⁴³.

45 . Contrairement à nombre de pays, « *le Canada ne récuse pas le fait de l'autochtonie*¹⁴⁴ ». De ce fait, la connaissance des normes et pratiques canadiennes peut servir de modèle, voire influencer un État néophyte en ce domaine juridique particulier, comme l'État français. Il faut cependant veiller à ne pas sombrer dans une idéalisation complaisante du modèle canadien.

46 . Si le gouvernement canadien admet le droit à l'autonomie gouvernementale, celui-ci n'est pour le moment toujours pas reconnu par la jurisprudence et il ne peut être rendu effectif que par le biais de traités. Seule une analyse approfondie de ces derniers et une confrontation avec le droit à l'autodétermination reconnu par les instances internationales et la DDPA, permettra de révéler les similitudes et les dissemblances. D'ores et déjà, des auteurs s'accordent à penser que la pratique des traités au Canada est empreinte d'une suprématie du gouvernement altérant les négociations¹⁴⁵. Par exemple, la recherche de certitude juridique réclamée par l'État entraîne les autochtones à céder ou échanger leurs droits pour parvenir à un accord escompté¹⁴⁶. De même, la lecture de certains traités laisse entrevoir une conception restrictive de l'autonomie en refusant aux autochtones certains domaines de compétence¹⁴⁷ ou en imposant l'application de critères obligatoires calqués sur le droit étatique, concernant notamment le contenu des lois

¹⁴³ Par exemple, si des gouvernements locaux ethniques étaient éventuellement instaurés en Nouvelle-Calédonie, le principe de la compétence personnelle permettrait au peuple kanak de posséder, pour certaines matières, une autorité gouvernementale opposable uniquement à ses membres ; les allochtones resteraient soumis au droit étatique ce qui garantirait l'exercice de leurs droits démocratiques au sein des institutions de la République.

¹⁴⁴ SCHULTE-TENCKHOFF ISABELLE, « Peuples autochtones : penser le dilemme fondateur de l'État néo-européen », dans GAGNÉ NATACHA, MARTIN THIBAUT, SALAÛN MARIE (dir.), *Autochtonies. Vues de France et du Québec*, Presses de l'Université Laval, coll. Mondes Autochtones, Québec, 2009, p. 119.

¹⁴⁵ Cf. notamment : COYLE MICHAEL, « Les négociations sur la gouvernance autochtone au Canada : pouvoir, culture et imagination », *Télescope, La gouvernance autochtone*, vol. 15, n° 3, 2009, pp. 14-29; LEYDET DOMINIQUE, « Autochtones et non-autochtones dans la négociation de nouveaux traités : enjeux et problèmes d'une politique de la reconnaissance », *Négociations*, n° 8, 2007, pp. 55-71.

¹⁴⁶ GENTELET KARINE, FARGET DORIS et CAMPBELLE-DURUFLE CHRISTOPHER, « Le Canada et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones : valeur et pertinence », *Nouvelles pratiques sociales*, vol. 23, n° 1, 2010, *op. cit.*, p. 134.

autochtones promulguées. Ces restrictions sont particulièrement présentes dans les domaines où l'État a consenti à une prépondérance autochtone en cas de conflit de normes¹⁴⁸. La pratique des traités n'est cependant pas la seule solution envisageable pour les peuples autochtones canadiens ; ils ont la possibilité de se tourner vers les tribunaux afin de faire valoir leurs revendications.

47 . Ces deux sources distinctes de droits autochtones présentent un autre écueil susceptible d'expliquer en partie la réticence initiale du Canada¹⁴⁹ à signer la DDPA. Selon certains auteurs, cette réserve serait majoritairement due à une incapacité à identifier le sujet collectif autochtone. L'État n'entrapercevrait pas les peuples autochtones de « *manière dynamique et autonome*¹⁵⁰ » mais tendrait à enfermer leur identité « *à l'intérieur d'un espace de réflexion essentialiste défini par un ensemble restreint et arbitraire de traits culturels*¹⁵¹ ». En d'autres termes, les revendications de droits portées par les autochtones trouveraient une réponse positive à condition de se conformer « *à des normes de cultures distinctives définies de manière exogène*¹⁵² ».

48 . Cette analyse du contexte canadien laisse entrevoir l'idée que ce modèle peut apporter matière à réflexion tant dans les idées novatrices qu'il a à offrir que dans les écueils à éviter.

¹⁴⁷ Notamment le droit criminel.

¹⁴⁸ GRAMMOND SEBASTIEN, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruylant / Editions Yvon Blais, coll. Droit, territoires, cultures, Bruxelles, 2003, p. 331.

¹⁴⁹ La Canada, sous la pression des groupes autochtones et de la communauté internationale finira par appuyer la DDPA, le 12 novembre 2010, tout en précisant son caractère non contraignant.

¹⁵⁰ FORMOSO BERNARD, « L'ethnie en question, débats sur l'identité », dans SEGALIN MARTINE (dir.), *Ethnologie. Concepts et aires culturelles*, Armand Colin, Paris, 2001, p. 18.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² SCHULTE-TENCKHOFF ISABELLE, « Du déjà-vu en Colombie-Britannique. L'affaire Delgamuukw et la controverse du potlatch », *Recherches Amérindiennes au Québec*, vol. XXIX, n° 3, 1999, pp. 41-51.

B | Démarche analytique et mise en œuvre d'une théorie pluraliste

49 . Au cours de cette thèse, nous envisagerons une démarche analytique reposant sur le point de vue exprimé par une catégorie sociale précise de la population : les peuples autochtones. L'analyse autochtoniste est un axe de réflexion permettant d'établir un inventaire critique et prospectif sur la situation des Kanaks. Ce choix est certes guidé par le développement du droit international en ce domaine, mais également par l'émergence de revendications autochtones en Nouvelle-Calédonie. Si, à ce jour, rien n'indique que cette voie sera poursuivie par le peuple kanak, nous avons néanmoins décidé de l'explorer afin d'offrir un angle nouveau sur la question. En effet, « *la faible visibilité et la non reconnaissance de ce domaine du droit en France*¹⁵³ », justifient en elles-mêmes cette approche susceptible d'apporter de nouvelles perspectives.

50. Une conception pluraliste du droit semble alors être le corollaire indispensable à notre analyse reposant sur la remise en cause de l'État dans la production exclusive du droit¹⁵⁴. La théorie du pluralisme juridique implique la rencontre de plusieurs ordres juridiques et, par le biais d'une approche empirique, permet de dresser une typologie des différents processus d'interactions ou d'absence d'interactions entre ces ordres.

51. Aussi, trois types d'interactions sont recensés : le monisme juridique, le pluralisme de subordination et le pluralisme de coordination¹⁵⁵. Cette typologie permet d'évaluer les diverses postures normatives des États, allant d'une pratique coloniale inspirée de l'ethnocentrisme à un droit plus respectueux des normes autochtones, car reposant « *sur un dialogue des cultures juridiques [et] articulant des*

¹⁵³ BELLIER IRENE, « Identité globalisée et droits collectifs : les enjeux des peuples autochtones dans la constellation onusienne », *Autrepart*, n° 38, 2006, *op. cit.*, p. 115.

¹⁵⁴ ALLAND DENIS et RIALS STEPHANE, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003, pp. 1158-1162.

¹⁵⁵ OTIS GHISLAIN, « Cultures juridiques et gouvernance : cadre conceptuel », dans OTIS GHISLAIN, Cissé ABDOULLAH, DE DECKKER PAUL, MASTOR WANDA (dir.), *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone – Présentation générale d'une problématique*, Editions des archives contemporaine - Agence universitaire de la Francophonie, coll. Savoirs francophones, Paris, 2010, pp. 17-26.

*normativités plurielles d'une manière qui tend à être plus respectueuse des identités juridiques*¹⁵⁶ ».

De par sa gradation, cette typologie permet de cerner l'évolution des normes autochtones à l'intérieur du droit étatique puis d'identifier, en ce qui concerne le peuple kanak, la mise en place plus ou moins prégnante de leurs droits. L'étude de ces différents phénomènes au sein de l'État français permet de révéler le décalage existant entre la conception républicaine du droit et sa pratique effective, mais également entre les droits des peuples autochtones et leur reconnaissance implicite au sein de l'État français.

52. Cette analyse autochtoniste associée à une théorie pluraliste laisse entrevoir les éventuelles incidences sur l'élaboration de l'ensemble des politiques publiques, c'est à dire sur « *le cadre stratégique et opérationnel*¹⁵⁷ » à mettre en œuvre si l'intégration des questions autochtones a lieu dans l'ordre juridique interne français. Ce discours politique et juridique « *impose une refondation [d'un] destin commun sur des assises plus égalitaires et plus justes*¹⁵⁸ » et présuppose un dialogue des cultures juridiques et une volonté de mettre en relation deux systèmes de droit d'égale valeur dans une relation de réciprocité. Cela permettrait d'éviter l'écueil de l'ethnocentrisme poussant à trouver des solutions à travers le prisme du droit étatique occidental.

C | Interdisciplinarité et sources utilisées

53 . L'interdisciplinarité permet d'étudier un sujet spécifique en regroupant les perspectives de plusieurs disciplines. Dans cette thèse, la problématique est traitée notamment à travers les domaines du droit et de l'anthropologie juridique.

L'anthropologie juridique permet d'évaluer et d'analyser des valeurs sur la base desquelles cette discipline recherche les normes d'une société. Cette discipline

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 23.

¹⁵⁷ GROUPE DES NATIONS UNIES POUR LE DEVELOPPEMENT, *Lignes directrices sur les questions relatives aux peuples autochtones*, New-York et Genève, 2009, HR/P/PT/16, *op. cit.*, p. 5.

¹⁵⁸ OTIS GHISLAIN, « Comparaisons. L'autochtonisme aux Etats-Unis et au Canada, les défis de la décolonisation du rapport aux peuples premiers », *op. cit.*, p. 285.

s'éloigne du positivisme juridique en appréhendant une conception plus large de la norme, une démarche qui implique que soit reconnue l'existence d'un pluralisme juridique ; cette théorie trouve encore peu d'écho dans le domaine juridique.

Il existe cependant, à côté de la norme juridique étatique, d'autres modes de régulation, tels que le droit coutumier kanak. L'enjeu de l'anthropologie juridique consiste à les reconnaître afin de pouvoir mesurer d'une part l'effectivité du droit étatique et d'étudier d'autre part les phénomènes « d'inter-normativité » entre différents ordres normatifs.

En ouvrant ainsi la voie à l'étude des systèmes normatifs non étatiques, l'anthropologie juridique offre la possibilité de comprendre les références sociétales kanakes et de cerner au plus près les critères de leur identité.

54. À cet égard, les sources utilisées sont multiples. Dans le cadre de l'étude des sources primaires, nombre de documents ont été recensés puis étudiés. Une revue complète de la littérature relative au droit international a été effectuée. L'attention s'est particulièrement portée sur les documents officiels tels que les conventions et déclarations notamment la *Déclaration des Nations Unies sur les droits de peuples autochtones* ainsi que sur les rapports et documents de travail émis par les organisations internationales.

55. L'ensemble de ces documents a permis de cerner le contexte puis l'évolution de la protection internationale des peuples autochtones. Ils ont également aidé à déterminer la portée et le sens des principes autochtonistes. Les sources primaires ne se sont cependant pas limitées au seul droit positif mais elles ont aussi pris en compte des documents n'ayant pas de valeur juridique contraignante afin d'établir un panel suffisamment exhaustif, révélateur d'un ordre normatif international consacrant un corpus de droits en faveur des peuples autochtones.

56. Le droit positif canadien a été également une source précieuse à travers notamment la jurisprudence de la Cour suprême, la politique fédérale et les rapports de la Commission royale sur les peuples autochtones. Signalons plus particulièrement deux ententes d'autonomie gouvernementale parmi les plus récentes entre le Canada et les peuples autochtones : l'Accord Nisga'a et l'Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador. À cette occasion, les données internationales ont

été confrontées avec l'interprétation et la mise en œuvre de ces mêmes concepts en droit canadien.

57. Dans le cadre du droit français, les sources primaires comprennent, entre autres normes juridiques, la Constitution de 1958, l'Accord de Nouméa, la loi organique du 19 mars 1999 ainsi que la jurisprudence qui s'y réfère. Cette liste n'étant pas exhaustive, les sources juridiques néocalédoniennes tels les lois du pays ainsi que les codes de l'environnement des différentes provinces ont été visités. Les documents produits par le Sénat coutumier ont aussi été source d'une attention toute particulière. Enfin, la *Charte du Peuple Kanak* promulguée en mai 2014 a également permis d'affiner la compréhension des aspirations sociétales des Kanaks.

58. Les sources secondaires comprennent les travaux de spécialistes en droits international, canadien et français. Elles comportent également des travaux de doctrine dans le domaine de l'anthropologie, portant plus spécifiquement sur le peuple kanak. Les catégories du droit français sont en effet utilisées comme grilles de lecture, mais elles doivent être considérées avec réserve car elles restent le reflet d'un droit « purement occidental » qui n'est pas toujours en adéquation avec les interprétations des autres ordres juridiques¹⁵⁹.

59. Ces sources secondaires ont permis dans un premier temps d'approfondir la compréhension de certains concepts qui avaient été préalablement circonscrits grâce aux sources primaires. Elles ont également pour avantage de ne pas sacraliser les sources primaires en offrant une analyse critique concernant l'application des droits autochtones au sein des États et en suggérant certaines possibilités d'amélioration des pratiques étatiques.

60. En outre, nous nous sommes inspirés des enquêtes de terrain réalisées grâce à des partenaires kanaks résidant en Nouvelle-Calédonie. Elles permettent d'appréhender le point de vue des Kanaks et de mieux comprendre leurs pratiques juridiques tout en évitant les écueils de l'ethnocentrisme. Par ailleurs, les trois voyages que nous avons pu effectués en Nouvelle-Calédonie au cours de ce doctorat ont été l'opportunité de confronter les discours théoriques et la réalité pratique sur le

¹⁵⁹ Cf. en ce sens : CORNUT ÉTIENNE, « La juridicité de la coutume kanak », *Droit et cultures. Revue internationale interdisciplinaire*, n° 60, 2010, pp. 151-175.

terrain. Les échanges et discussions que nous avons eus avec les Kanaks ainsi qu'avec certains responsables coutumiers et certains membres du Sénat coutumier ont grandement contribué à affermir et enrichir cette réflexion.

Il est exact que le peu d'informations en ce domaine entraîne une difficulté quant au fait de cerner exactement le mode de vie et les attentes des Kanaks. Trop peu de documents traitent ce sujet, moins encore sont le fruit des Kanaks eux-mêmes. Ces entrevues et ces enquêtes permettent d'appréhender au plus près la culture du peuple kanak ainsi que son organisation hiérarchique.

61. Enfin, il est possible de déplorer l'absence de statistiques ethniques qui bien souvent ne permettent pas de percevoir l'étendue et l'envergure de la pratique juridique kanake en Nouvelle-Calédonie. Ainsi, pour ne citer qu'un seul exemple, celui des mariages coutumiers, il apparaît que si le site de l'Institut de la statistique et des études économiques – Nouvelle-Calédonie (ISEE) établit des statistiques concernant les mariages de droit commun et les mariages coutumiers, aucun document ne permet de savoir si les Kanaks privilégient aujourd'hui le mariage coutumier ou s'ils le délaissent au profit du mariage civil. Ces précisions auraient pu être d'une grande utilité pour percevoir l'attachement des Kanaks à leur droit exo-étatique et pour tenter de comprendre les raisons d'une éventuelle disjonction entre le droit coutumier et les individus kanaks.

Ces diverses sources démontrent qu'il existe une place pour une réflexion plus large concernant l'avenir de la Nouvelle-Calédonie.

62 . La présente thèse s'intéresse donc à l'élaboration d'un régime juridique pour le peuple kanak susceptible de répondre aux recommandations du droit international en matière d'autodétermination. Compte tenu de l'évolution des normes internationales relatives aux peuples autochtones et au regard de la négation implicite de l'autochtonie de l'Accord de Nouméa, ce travail a aussi pour dessein de rechercher les mécanismes juridiques et institutionnels susceptibles d'instaurer un véritable droit à l'autodétermination du peuple kanak au sein de l'État français ou, le cas échéant, néocalédonien. Les apports du droit canadien, dans le domaine des droits autochtones, contribuent à cette édification prospective.

63 . Dans cette optique, il faudra cerner aux préalables les attentes et revendications du peuple kanak ainsi que les prescriptions du droit international en matière d'autodétermination des peuples autochtones. Les implications de la volonté d'autodétermination du peuple kanak seront ainsi explorées.

Dans un second temps, les normes internationales seront confrontées au droit français afin de tenter de révéler les aspects positifs mais également les manquements et les restrictions du droit public interne. Il faudra donc réaliser une analyse critique du droit positif français en s'appuyant notamment sur l'Accord de Nouméa et la loi organique du 19 mars 1999 (Partie I).

64 . Ces deux premiers objectifs servent de cadre pour proposer une modélisation d'institutions juridiques kanakes en Nouvelle-Calédonie.

Dans un premier temps, l'étude des divers mécanismes mis en œuvre par le droit constitutionnel permettra d'éclairer la capacité du droit français à prendre en compte les aspirations et particularités des populations ultra-marines. En outre, cette recherche repose sur l'hypothèse selon laquelle l'analyse autochtone établissant une véritable dualité de l'ordre juridique pourrait être en mesure de répondre aux incohérences et aux difficultés d'application du statut actuel. La vérification de cette hypothèse aura lieu *via* une approche prospective et comparatiste. Le scénario d'un droit autochtone en droit français sera proposé à la critique sur la base des approfondissements conceptuels engagés lors de la première phase de l'étude.

Une analyse comparatiste sera effectuée avec les droits mis en œuvre au Canada, principalement dans les ententes d'autonomie gouvernementale. Ces exemples concrets serviront d'appui pour proposer une ingénierie institutionnelle novatrice, capable d'organiser dans un accord solennel et juridiquement exécutoire, les termes d'une possible cohabitation avec la société majoritaire (Partie II).

Partie I | La question kanake : une autochtonie effective non juridicisée



Partie II | Les voies de la reconnaissance des droits du peuple kanak comme clef de décolonisation

PARTIE I :

**LA QUESTION KANAKE : UNE
AUTOCHTONIE EFFECTIVE NON
JURIDICISÉE**

65 . Avant le milieu du XX^{ème} siècle, le droit international ne faisait que peu de cas des populations autochtones. Il est vrai que les prémices du droit international ont été basées sur les règles forgées en Europe du temps de l'expansionnisme colonial. Éparses, elles se sont unifiées progressivement par le biais d'un système interétatique dont l'origine peut être trouvée dans les traités de Westphalie¹⁶⁰. Ces derniers ont entraîné l'avènement et la consolidation de nouveaux États européens, désireux de se délivrer de la tutelle du pape et du Saint-Empire romain germanique¹⁶¹. C'est là le point de départ du droit international contemporain qui acquiert ses traits caractéristiques en identifiant comme principes fondamentaux des relations internationales, l'égalité et la souveraineté des États¹⁶². Cette construction politique westphalienne de l'État-nation, envisageant ce dernier comme un corps politique titulaire de l'intégralité du pouvoir décisionnel, s'oppose à toute démarche susceptible de remettre en cause son intégrité territoriale et politique. Les prémices du droit international ont été axées sur les droits et devoirs des États indépendants et uniquement au regard de leurs interrelations, sans considération pour « *le visage de l'humanité qui se trouvait au-delà*¹⁶³ ». Cependant, deux évolutions politico-juridiques sont venues altérer cette doctrine de la souveraineté étatique : le processus de décolonisation initié dès les années 1950, puis le développement des droits de l'Homme et corrélativement celui des droits des peuples autochtones. Les Kanaks se sont tour à tour appuyés sur ces deux évolutions pour défendre leur liberté et se voir reconnaître la libre détermination qui leur a été confisquée au cours de la colonisation (Titre I).

66 . L'Accord sur la Nouvelle-Calédonie, signé à Nouméa le 5 mai 1998, est une étape cruciale dans la reconnaissance juridique du peuple kanak. De sujet épineux, l'archipel est devenu un atout permettant au gouvernement français de se présenter devant les instances internationales en tant qu'État respectueux des droits

¹⁶⁰ Il s'agit de traités dont l'objectif était de mettre fin à la guerre de Trente ans. Ils furent conclus en 1648 entre l'Allemagne, la Suède, la France et leurs alliés respectifs.

¹⁶¹ HUET VERONIQUE, *Le principe de l'autodétermination des peuples : concept et applications concrètes*, L'Harmattan, Paris, 2013, p. 27.

¹⁶² DAILLIER PATRICK, FORTEAU MATHIAS, PELLET ALAIN et NGUYEN QUOC-DINH, *Droit international public*, L.G.D.J., Lextenso, 8^{ème} éd., Paris, 2009, pp. 60-61.

¹⁶³ ANAYA S. JAMES, « Le droit des peuples autochtones à l'autodétermination après l'adoption de la Déclaration », dans CHARTERS CLAIRE, STAVENHAGEN RODOLFO (dir.), *La déclaration des*

autochtones¹⁶⁴. La réponse du représentant permanent de la France au rapport de mission de James Anaya sur la Nouvelle-Calédonie démontre cette volonté :

« Je souhaite rappeler, à titre préliminaire, que la France mène une politique internationale active en faveur de la reconnaissance des peuples autochtones et de leur pleine jouissance des droits fondamentaux. C'est à ce titre qu'elle a coparrainé et voté en faveur de la résolution qui adopte la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones en 2007.

S'agissant de la Nouvelle-Calédonie qui nous intéresse aujourd'hui, l'Accord de Nouméa et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones s'inspirent de valeurs communes¹⁶⁵ ».

Pourtant, selon Stéphanie Guyon et Benoît Trépiéd, cette interaction présumée entre l'Accord et les droits autochtones semble sujette à caution car le texte n'aurait pas pour ambition de rattacher les revendications kanakes au registre onusien de l'autochtonie¹⁶⁶. En effet, le Préambule de l'Accord de Nouméa relie ce document au registre de la décolonisation en affirmant que celle-ci « est le moyen de refonder un lien social durable entre les communautés qui vivent aujourd'hui en Nouvelle-Calédonie¹⁶⁷ ».

67 . Un des dispositifs de l'Accord consiste à consacrer l'existence d'un peuple et d'une identité kanake. Néanmoins, cette reconnaissance vise avant tout à permettre la construction d'un destin commun pacifié et à assurer la mise en place des

droits des peuples autochtones – Genèse, enjeux et perspectives de mise en œuvre, L'Harmattan, coll. Horizons autochtones, Paris, 2013, p. 188.

¹⁶⁴ GUYON STEPHANIE et TRÉPIED BENOIT, « Les autochtones de la République : Amérindiens, Tahitiens et Kanak face aux legs colonial français », dans BELLIER IRENE (dir.), *Peuples autochtones dans le monde. Les enjeux de la reconnaissance*, L'Harmattan, coll. Horizons autochtones, Paris, 2013, p. 107.

¹⁶⁵ Réponse du représentant permanent de la France au rapport de mission de James Anaya, 18^{ème} session du Conseil des Droits de l'Homme, 20 septembre 2011, Genève.

¹⁶⁶ GUYON STEPHANIE et TRÉPIED BENOIT, « Les autochtones de la République : Amérindiens, Tahitiens et Kanak face aux legs colonial français », *op. cit.*, p. 108.

deux autres mécanismes inhérents à l'Accord de Nouméa que sont le transfert progressif des compétences de l'État à la Nouvelle-Calédonie et la création d'une citoyenneté néocalédonienne¹⁶⁸. Ces dispositions semblent établir une controverse quand au véritable respect des droits autochtones par l'État français (Titre II).

¹⁶⁷ ACCORD SUR LA NOUVELLE-CALEDONIE SIGNE A NOUMEA LE 5 MAI 1998, J.O.R.F., n° 121, 27 mai 1998, p. 8039, *op. cit.*, pt. 4 du préambule.

¹⁶⁸ Celle-ci sera susceptible de se transformer en nationalité si le référendum prévu à la fin du processus tranche en faveur de l'indépendance de l'archipel. Voir en ce sens, *ibid.*, pt. 5 du préambule : « *Au terme d'une période de vingt années, le transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences régaliennes, l'accès à un statut international de pleine responsabilité et l'organisation de la citoyenneté seront proposés au vote des populations intéressées* ».

Titre I :

Le peuple kanak : peuple autochtone de Nouvelle-Calédonie

68 . Les Kanaks sont aujourd’hui désireux de recouvrer leur souveraineté et la question de leur autodétermination est toujours au cœur des conflits et révoltes qui émaillent les relations entre le peuple kanak et l’État français. Si dans un premiers temps, la réponse des Kanaks à cette colonisation oppressive qui les dépossède de leurs biens et de leur dignité est le conflit armé, la fin du régime de l’Indigénat et le développement du droit international, permettent aux Kanaks de s’inscrire dans une revendication d’abord politique puis juridique. S’appropriant les normes internationales existantes, ils s’érigent en tant que peuple autochtone (Chapitre I) afin de revendiquer leur droit à l’autodétermination (Chapitre II).

CHAPITRE I :

LA RECONNAISSANCE INTERNATIONALE DE L'AUTOCHTONIE KANAKE

69 . L'histoire de la Nouvelle-Calédonie et du peuple kanak nous montre une colonisation brutale (Section I). Pour ne citer qu'un exemple, le régime de l'Indigénat qui se déroule de 1887 à 1944, est une période de dépossession et de soumission particulièrement douloureuse :

« [...] soumis au régime de l'Indigénat ; celui-ci leur interdit de quitter le territoire des réserves, les prive de la citoyenneté française et de tous les droits civiques et les exclut du droit commun. Les Kanak ne peuvent sortir des réserves que pour s'acquitter de l'impôt de capitation et du travail obligatoire au profit des colons et du territoire [...]. C'est le service des Affaires indigènes, davantage fait pour contrôler et tenir en respect les Kanak que pour œuvrer en leur faveur, qui est chargé de l'application de cette réglementation¹⁶⁹ ».

70 . Le développement du droit à la décolonisation puis la reconnaissance progressive des peuples autochtones au niveau international ont mené à l'élaboration de revendications de plus en plus prégnantes de la part du peuple kanak. Ces revendications sont duales et mènent à une alternative politique pour les peuples autochtones. L'indépendance statutaire et la création d'un nouvel État constitue une première hypothèse dont les revendications s'appuient sur la *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux* et sont portées devant la Comité

spécial de la décolonisation à Genève. La seconde possibilité se repose sur l'autochtonie et porte les revendications kanakes devant l'Instance permanente des peuples autochtones. Actuellement les représentants kanaks sont partagés et se rendent devant l'une ou l'autre de ses instances en fonction de leur volonté politique¹⁷⁰ (Section II).

¹⁶⁹ LEBLIC ISABELLE, *Les Kanak face au développement. La voie étroite*, PUG / ADCK, Grenoble et Nouméa, 1993, p. 27.

¹⁷⁰ CNCDH, *Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : La situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des amérindiens de Guyane*, J.O.R.F., n° 0061, 12 mars 2017, texte n° 33, *op. cit.*, p. 14.

SECTION I | LA COLONISATION DU PEUPLE KANAK ET SES CONSÉQUENCES

71 . Dans l'histoire du second Empire colonial français, la Nouvelle-Calédonie tient une place singulière au regard « *du projet de peuplement original dont elle fut le terrain d'expérimentation*¹⁷¹ » (§1) et de la politique indigène qui en découla (§2). Si la Seconde Guerre Mondiale entraîne la fin du régime de l'Indigénat et de la colonisation en octroyant à la Nouvelle-Calédonie la qualité de territoire d'outre-mer, les changements politiques et gouvernementaux en métropole, influencés notamment par les intérêts économiques en présence, ne cessent de modifier son régime statutaire. Lassés que leur destin soit entre les mains d'une classe politique ne reflétant pas leurs attentes, les Kanaks s'organisent politiquement afin de faire entendre leurs voix (§3).

§ 1 | LA POLITIQUE COLONIALE DE PEUPLEMENT

72 . En 1853 et au vu de la faible démographie kanake, aggravée par les épidémies de rougeole et de tuberculose apportées par les colons, l'État ambitionne de maîtriser rapidement l'ensemble du territoire. Un découpage et une organisation de l'espace à l'échelle territoriale et locale est mise en place. S'adjoignant la propriété publique du territoire en 1855¹⁷², l'État cantonne, dès 1859, la population mélanésienne dans des réserves, « *terrains reconnus nécessaires pour les besoins des indigènes*¹⁷³ ». Le foncier récupéré sert très rapidement les ambitions de la politique

¹⁷¹ MERLE ISABELLE, « La Nouvelle-Calédonie, terre d'expériences coloniales », *Hermès, La Revue*, n° 65, 2 novembre 2013, pp. 50-51.

¹⁷² GOUVERNEUR DU BOUZET, *Déclaration n° 18*, 20 janvier 1855.

¹⁷³ LEBLIC ISABELLE, « Chronologie de la Nouvelle-Calédonie », *Le Journal de la Société des Océanistes*, n° 117, 1^{er} décembre 2003, *op. cit.*, p. 299.

interventionniste de la France. La colonisation sera tout d'abord pénale, puis dans l'objectif d'assurer la survie de la colonie pénitentiaire, elle deviendra agricole.

73 . La répercussion sur la démographie n'est pas négligeable. Jusqu'en 1897, date des derniers transports, la France envoie plus de 20 000 prisonniers sur l'archipel. À leur suite, 10 000 colons, à qui seront offerts des concessions en pleine propriété¹⁷⁴, s'installeront pour assurer le développement agricole des terres et l'administration du bagne¹⁷⁵. En outre, face à la chute de la démographie kanake, l'administration française n'hésite pas à faire appel à d'autres populations pour assurer la main d'œuvre nécessaire à la colonisation. Des asiatiques ainsi que des individus originaires des autres colonies françaises s'engagent « sous contrat » dans les plantations de Nouvelle-Calédonie¹⁷⁶. La fin de la colonie pénitentiaire entraîne une redistribution des terres dans le cadre de mesures incitatives à la colonisation. Reposant sur une promotion supposément basée sur la potentialité agricole que recèle la Nouvelle-Calédonie, le gouverneur Feillet va établir, entre 1893 et 1905, un programme visant à peupler durablement l'archipel et à développer le secteur agricole. Attirés par l'octroi de lots d'environ 25 hectares chacuns, plusieurs centaines de colons vont venir s'installer en Nouvelle-Calédonie¹⁷⁷. Si cette politique n'aura pas le succès escompté, des noyaux de colonisation subsisteront cependant jusqu'en 1945 autour de l'élevage et l'exploitation du café. Une immigration importante après la Seconde Guerre Mondiale, ainsi qu'un taux de natalité très élevé feront passer la population européenne de 18 000 à 36 000 personnes en vingt ans¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Pour ne citer qu'un seul exemple, une concession de 40.000 hectares, à proximité de Canala, a été offerte gratuitement à deux australiens le 16 février 1858 à la seule condition qu'ils y introduisent un millier d'immigrants afin d'explorer et d'exploiter ce territoire. Cf. en ce sens : DOUSSET ROSELENE, « L'implantation coloniale en Nouvelle-Calédonie de la prise de possession à la grande insurrection 1853-1878 », *Revue française d'histoire d'outre-mer*, vol. 56, n° 204, 1969, p. 292.

¹⁷⁵ MERLE ISABELLE, *Expériences coloniales : la Nouvelle-Calédonie, 1853-1920*, Belin, coll. Temps présents, Paris, 1995, p. 123.

¹⁷⁶ FOUCRIER ANNICK, « Populations coloniales », *Annales de démographie historique*, n° 113, 1^{er} août 2007, pp. 5-11.

¹⁷⁷ BOUARD SEVERINE, *Les politiques de développement à l'épreuve de la territorialisation. Changements et stabilité dans une situation de décolonisation négociée, la province Nord de la Nouvelle-Calédonie*, Thèse de géographie, Université Paul Valéry, Montpellier III, 2011, op. cit., p. 43.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 52.

Si en 1951 les Kanaks sont encore majoritaires au sein de la population néocalédonienne, le boom minier des années 1960 mettra fin à cette situation¹⁷⁹ en contribuant à l'arrivée de nombre de migrants européens ainsi que de ressortissants des autres îles françaises du Pacifique¹⁸⁰.

74 . La démographie devient par la suite une affaire purement politique visant à empêcher les revendications indépendantistes. En 1970, le maire de Nouméa, Roger Laroque, déclare « *il faut faire du Blanc* » et deux ans après, Pierre Messmer, alors Premier ministre, indique dans une lettre au secrétaire d'État aux DOM-TOM :

« La présence française en Calédonie ne peut être menacée sauf guerre mondiale, que par une revendication nationaliste des populations autochtones appuyées par quelques alliés éventuels dans d'autres communautés ethniques venant du Pacifique. À court et à moyen terme, l'immigration massive des citoyens français métropolitains ou originaires des départements d'Outre-mer (Réunion), devrait permettre d'éviter ce danger, en maintenant et en améliorant le rapport numérique des communautés¹⁸¹ ».

75 . En définitive, la politique de l'État visant à instaurer une colonie de peuplement en Nouvelle-Calédonie a parfaitement joué son rôle. Les derniers recensements effectués par l'Institut de la statistique et des études économiques à ce sujet sont probants puisqu'ainsi qu'il l'a été précisé, les Kanaks ne représentent plus aujourd'hui que 39% de la population néocalédonienne.

76 . L'importance de l'immigration constatée sur l'archipel est cependant due en grande partie à la mise en place de politiques publiques ségrégationnistes ayant engendré la spoliation des terres kanakes et la soumission des individus au régime de l'Indigénat.

¹⁷⁹ LEBLIC ISABELLE, « Chronologie de la Nouvelle-Calédonie », *op. cit.*, p. 301.

¹⁸⁰ ROUX JEAN-CLAUDE, « Un exemple de migration-enracinement dans le Pacifique-Sud : la communauté wallisienne et futunienne de Nouvelle-Calédonie », *Cahiers ORSTOM, série sciences humaines*, vol. XXI, n° 4, 1985, pp. 461-480.

¹⁸¹ Lettre de juillet 1972 cité par : LEBLIC ISABELLE, « Chronologie de la Nouvelle-Calédonie », *op. cit.*, p. 302.

§ 2 | LES POLITIQUES PUBLIQUES DE COLONISATION

77 . Dans un premier temps, lors de la prise de possession de l'archipel, l'acquisition des terres par les colons est réalisée par le biais de tractations avec le peuple d'origine. Cette situation prend cependant rapidement fin dans l'objectif, selon le Gouverneur Du Bouzet, de protéger les indigènes. S'adressant au Ministre dans une lettre du 15 mars 1855, il explique :

« [...] Si l'on avait laissé le champ libre à l'acquisition des terres par les particuliers, ils (les indigènes) se seraient dépouillés de leurs terres pour des bagatelles. Déjà peu de temps avant la prise de possession et avant la déclaration que j'ai faite d'après vos instructions, qui défend de pareils achats et déclare nuls les contrats antérieurs, un certain nombre d'individus en avaient acheté pour du tabac, quelques haches et quelques pipes¹⁸² ».

78 . Afin d'assurer la colonisation de peuplement tant pénitentiaire qu'agricole les politiques publiques mettent en place un dispositif de maillage du territoire¹⁸³. La France va ainsi organiser le territoire car « [l]a terre est au cœur de tous les enjeux puisqu'il s'agit d'offrir ce bien si précieux aux bagnards et aux migrants¹⁸⁴ ». Pour ce faire, elle s'appuie sur les formes d'appropriation légitime de la souveraineté sur un territoire reconnues par le droit international de l'époque que sont la conquête, la cession et l'occupation. Les deux premières catégories d'appropriation conçoivent l'existence d'une société organisée et souveraine sur le territoire concerné. En revanche, si la conquête armée résulte d'un coup de force, la cession nécessite le consentement de celui qui est considéré comme titulaire de la souveraineté¹⁸⁵. Dans les deux cas, la politique coloniale engendre l'appropriation des terres du souverain

¹⁸² GÉNÉRAL DU BOUZET, Lettre au Ministre du 15 mars 1855, cité par : SAUSSOL ALAIN, *L'héritage : Essai sur le problème foncier mélanésien en Nouvelle-Calédonie*, Société des Océanistes, Paris, 2013, p. 43.

¹⁸³ BOUARD SEVERINE, *Les politiques de développement à l'épreuve de la territorialisation. Changements et stabilité dans une situation de décolonisation négociée, la province Nord de la Nouvelle-Calédonie*, op. cit., p. 44.

¹⁸⁴ MERLE ISABELLE, *Expériences coloniales : la Nouvelle-Calédonie, 1853-1920*, op. cit.

¹⁸⁵ VERHOEVEN JOE, *Droit international public*, Larcier, coll. Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, 2000, p. 490.

déchu, le principe étant toutefois admis du respect des propriétés privées indigènes¹⁸⁶. Ce principe peut cependant être facilement contourné comme le prouveront les politiques des gouverneurs successifs de Nouvelle-Calédonie. À l’opposé, l’occupation s’entend comme le mode normal d’acquisition d’un territoire sans maître, c’est-à-dire qui « *ne relève en souveraineté d’aucun État au sens du droit international*¹⁸⁷ ». Cette doctrine de la *Terra Nullius*, très largement exploitée lors de la colonisation, procède majoritairement du déni de l’autorité présente sur le territoire en question, à laquelle est refusée toute qualité proprement étatique¹⁸⁸. Les terres sont réputées sans maître dès lors que le système politique et juridique des peuples indigènes présents sur le territoire ne correspond pas aux référents européens jugés universels. Cette doctrine permettant aux puissances européennes d’affirmer unilatéralement leur souveraineté est développée par les juges américains au début du XIX^{ème} siècle¹⁸⁹.

79 . Le gouvernement français s’oriente successivement vers la théorie de l’occupation puis de la conquête. Dès 1855, les tractations avec les autochtones cessent donc et le général Du Bouzet, dans une déclaration du 20 janvier 1855, met en place les principes de l’appropriation par occupation. À cet égard, au nom de l’Empereur, la déclaration reconnaît aux indigènes, la propriété des terres occupées par eux¹⁹⁰. Par ce biais, le gouvernement français s’octroie la propriété exclusive de la quasi-totalité du territoire, n’admettant l’existence de propriétés kanakes que dans la limite des terres cultivées au sens du juriste Emer de Vattel. Ce dernier déclarait à propos de l’occupation d’un pays déjà peuplé :

« Nous avons déjà remarqué, en établissant l’obligation de cultiver la terre, que ces peuples ne peuvent s’attribuer exclusivement plus de [terrain] qu’ils n’en ont besoin et qu’ils ne sont en état d’en habiter et d’en cultiver. Leur habitation vague dans ces immenses régions, ne peut passer pour une

¹⁸⁶ MERLE ISABELLE, « La construction d’un droit foncier colonial. De la propriété collective à la constitution des réserves en Nouvelle-Calédonie », *Enquête. Archives de la revue Enquête*, n° 7, 1^{er} novembre 1999, p. 102.

¹⁸⁷ VERHOEVEN JOE, *Droit international public*, op. cit., p. 488.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 489.

¹⁸⁹ Cour suprême des Etats-Unis, 1823, *Johnson c/ McIntosh*, 21 U.S. (Wheat.) 543.

¹⁹⁰ DOUSSET ROSELENE, « L’implantation coloniale en Nouvelle-Calédonie de la prise de possession à la grande insurrection 1853-1878 », op. cit., p. 291.

*véritable et légitime prise de possession [...] On ne s'écarte donc point des vues de la Nature, en resserrant les Sauvages dans des bornes plus étroites*¹⁹¹ ».

En organisant un accaparement public des terres « non occupées » par les Mélanésiens¹⁹², l'administration coloniale méconnaît la conception kanake de l'espace. Ainsi que l'explique l'ethnologue et anthropologue Jean Guiart, « à l'arrivée des Européens, il n'y avait pas de res nullius, de ces "terres vacantes et sans maîtres" dont parlent les premiers textes coloniaux. Tout était approprié.¹⁹³ ».

80 . Tout en se saisissant d'un immense pan de l'espace mélanésien, la déclaration de 1855 introduit cependant l'idée d'un droit de propriété des indigènes sur les terrains qu'ils occupent¹⁹⁴. À cet égard, le général Du Bouzet tente de s'appuyer sur une observation objective des cultures pour délimiter les propriétés des Kanaks et présente un souci réel de reconnaissance de leur société¹⁹⁵. Toutefois, cette pratique ne va pas perdurer dans le temps puisqu'un arrêté du 1^{er} octobre 1859¹⁹⁶ crée les premières réserves et ce sans aucune considération pour la situation spatiale des indigènes. Cette initiative visant avant tout à récupérer des terres pour les colons, de nombreux clans kanaks sont déplacés de force et installés dans des réserves qui leurs sont étrangères. Face à un besoin toujours plus croissant d'espace, l'administration coloniale, sous le commandement du gouverneur Guillaud, de 1862 à 1870, perpétue cette politique de spoliation foncière¹⁹⁷. Par arrêtés successifs des 24 décembre 1867

¹⁹¹ DE VATTEL EMER, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Londres, MDCCLVIII, t. 1 : Préface, Préliminaires et Livre I, para. 209.

¹⁹² LEBLIC ISABELLE, « Représentations du foncier en Nouvelle-Calédonie et identité culturelle kanak. Évolution de ces représentations liée à la revendication identitaire et aux processus de développement économique », dans *Perceptions et représentations de l'environnement*, 3^{ème} journée scientifique de la Société d'écologie humaine, Aix-en-Provence, 1991.

¹⁹³ GUIART JEAN, « Clans autochtones : situation précoloniale », dans *Atlas de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, ORSTOM, Paris, planche 18.

¹⁹⁴ SAUSSOL ALAIN, *L'héritage : Essai sur le problème foncier mélanésien en Nouvelle-Calédonie*, op. cit., p. 44.

¹⁹⁵ Tout du moins selon la conception occidentale du général Du Bouzet car nous savons que cela porte atteinte à la conception autochtone d'une agriculture itinérante.

¹⁹⁶ LEBLIC ISABELLE, « Chronologie de la Nouvelle-Calédonie », op. cit., p. 299.

¹⁹⁷ MOHAMED-GAILLARD SARAH, « De la prise de possession à l'accord de Nouméa : 150 ans de liens institutionnels et politiques entre la France et la Nouvelle-Calédonie », *Le Journal de la Société des Océanistes*, n° 117, 1^{er} décembre 2003, op. cit., p. 172.

et 22 janvier 1868, Charles Guillain abolit la propriété individuelle et familiale¹⁹⁸. Il crée une collectivité reconnue par le pouvoir colonial, la tribu, et lui confère la propriété incommutable, insaisissable et inaliénable d'un terrain délimité, la réserve. Cette délimitation des terres attribuées aux tribus va autoriser tous les abus¹⁹⁹, ce d'autant plus que l'arrêté qui fixera la procédure de délimitation des tribus ne sera prise que le 6 mars 1876 et s'éloignera fortement de la politique initiale de Guillain.

81 . Peu à peu, la politique coloniale opère un glissement vers la théorie de la conquête. L'arrêté qui fixe la procédure de délimitation des tribus n'est pris que le 6 mars 1876. Les discussions préparatoires montrent un clivage important entre ceux qui souhaitent instaurer une propriété consolidée²⁰⁰, et ceux pour qui une simple délimitation selon l'occupation traditionnelle serait suffisante²⁰¹. Favorable à la seconde option, le responsable du service des domaines conclut :

« qu'il suffit pour le moment d'arrêter d'une manière précise les limites du territoire de chaque tribu d'après l'occupation traditionnelle et les besoins des indigènes et de constituer en une sorte de majorat susceptible d'augmentation ou de diminution suivant le développement ou l'amoindrissement de la tribu sur ce territoire²⁰² ».

L'idée de renforcer la propriété des Kanaks ne sera finalement pas retenue, et l'arrêté du 6 mars 1876 fait disparaître le terme de « propriété indigène » au profit :

« d'une simple jouissance accordée aux Kanaks sur les territoires qu'on leur reconnaît (art. 9). Ces derniers seront délimités dans le respect de l'occupation traditionnelle des tribus mais pourront être réduits (et très rarement augmentés) par décision de l'État colonial non plus en fonction

¹⁹⁸ DOUSSET ROSELENE, « L'implantation coloniale en Nouvelle-Calédonie de la prise de possession à la grande insurrection 1853-1878 », *op. cit.*, p. 292.

¹⁹⁹ *Ibidem.*

²⁰⁰ Premier projet soutenu par la mission mariste le 6 janvier 1876. Cf. en ce sens : DAUPHINE JOËL, *Les spoliations foncières en Nouvelle-Calédonie 1853-1913*, L'Harmattan, Paris, 1989, pp. 82-84.

²⁰¹ Second projet relatif au cantonnement des indigènes, 4 et 6 mars 1876. Cf. en ce sens : *Ibid.*, pp. 113-115.

²⁰² Second projet relatif au cantonnement des indigènes, Conseil privé du 6 mars 1876. Cf. en ce sens : *Ibid.*, p. 115.

des besoins de travaux publics mais en fonction des « modifications survenues dans la tribu » (art. 10)²⁰³».

Escamotant le problème de la propriété des terres, l'arrêté fait des Kanaks de simples usufruitiers des terrains ainsi délimités ne disposant que d'un droit d'usage sur le domaine de l'État.

82 . Un acte présidentiel, le décret du 16 août 1884, viendra légitimer et confirmer l'arrêté de 1876 en disposant que « *les terres actuellement occupées par les indigènes et qui deviendraient libres et vacantes feront retour à l'État*²⁰⁴ ». Les interprétations souples de la théorie de la conquête ont permis de ne pas maintenir la propriété privée autochtone en affirmant que dans l'archipel précolonial, les terres appartiennent en totalité aux chefs kanaks, souverains, et donc uniques dépositaires du sol²⁰⁵. L'appropriation du sol par droit de conquête :

*« légitim[e] la construction définitive d'une "propriété" collective indigène, fixée sur des espaces arbitrairement dessinés et dont les limites sont perpétuellement révisables au nom du statut des habitants : usufruitiers du sol par droit de conquête²⁰⁶ ».*²⁰⁷

83 . Cette appropriation associée au régime de l'Indigénat mis en place en Nouvelle-Calédonie par décret du 18 juillet 1887 aboutira à une politique de cantonnement brutale et forcée, menée dès 1897 par le gouverneur Paul Feillet. L'administration Feillet va, par réglementation du 23 novembre 1897, fixer la procédure de cantonnement des Kanaks²⁰⁸. La consécration généralisée des réserves est dès lors établie et consent un octroi de terre limité à trois hectares de culture par tête. Les droits ainsi octroyés sont donc concédés selon une logique propre au droit

²⁰³ ARBORIO ANNE-MARIE, *Les objets du droit*, Editions Parenthèses, Marseille, 1999, p. 120.

²⁰⁴ Décret du 16 août 1884. Cf. en ce sens : DAUPHINE JOËL, *Les spoliations foncières en Nouvelle-Calédonie 1853-1913*, *op. cit.*, pp. 167-168.

²⁰⁵ Pour rappel, l'appropriation par droit de conquête emporte l'appropriation coloniale des terres du souverain déchu.

²⁰⁶ MERLE ISABELLE, « La construction d'un droit foncier colonial. De la propriété collective à la constitution des réserves en Nouvelle-Calédonie », *op. cit.*, p. 115.

²⁰⁷ La propriété est donc limitée car l'expropriation par l'État reste possible sans indemnité pour tous motifs d'utilités publiques ou locales, en contradiction des règles applicables en métropole.

²⁰⁸ LEBLIC ISABELLE, « Chronologie de la Nouvelle-Calédonie », *op. cit.*, p. 300.

étatique et ne tiennent aucun compte de l'occupation traditionnelle des tribus²⁰⁹. De 1897 à 1903, le foncier réservé aux Kanaks sera ainsi amputé de 60%²¹⁰. En outre, les tribus seront réorganisées par une décision du 9 août 1898 qui les regroupe en districts, soumis à l'autorité d'un grand chef nommé par le gouverneur²¹¹. Ces nouvelles autorités ont pour fonction d'assurer le respect du régime de l'Indigénat qui interdit désormais « *aux Kanaks de résider hors des réserves qui leur sont attribuées et d'en sortir sans autorisation du chef et de la gendarmerie*²¹² ». Cette décision est d'une sévérité unique dans l'histoire française car :

« *alors que partout ailleurs dans l'Empire, la France renonce à appliquer le cantonnement des autochtones, les Kanaks sont, quant à eux, relégués dans de véritables réserves, à l'instar des Indiens d'Amérique ou des Aborigènes d'Australie*²¹³ ».

84 . En sus du cantonnement et de la spoliation foncière, les Kanaks vont se voir imposer des obligations et des interdictions toujours plus strictes. Il en est ainsi de l'impôt de capitation. Proposé en 1894 par le gouverneur Feillet, au prétexte que les indigènes tirent profit de la présence française et occasionnent d'importants frais à la colonie²¹⁴, il sera voté en 1899 et appliqué dès 1900²¹⁵. Cet impôt uniquement payable en argent²¹⁶ contraint les Kanaks²¹⁷ à travailler chez les colons agricoles, assurant à ces derniers une main d'œuvre très abordable²¹⁸.

²⁰⁹ MERLE ISABELLE, « La construction d'un droit foncier colonial. De la propriété collective à la constitution des réserves en Nouvelle-Calédonie », *op. cit.*, p. 114.

²¹⁰ BOUARD SEVERINE, *Les politiques de développement à l'épreuve de la territorialisation. Changements et stabilité dans une situation de décolonisation négociée, la province Nord de la Nouvelle-Calédonie*, Thèse de géographie, Université Paul Valéry, Montpellier III, 2011, *op. cit.*, p. 45.

²¹¹ MOHAMED-GAILLARD SARAH, « De la prise de possession à l'accord de Nouméa : 150 ans de liens institutionnels et politiques entre la France et la Nouvelle-Calédonie », *op. cit.*, p. 174.

²¹² MERLE ISABELLE, « La construction d'un droit foncier colonial. De la propriété collective à la constitution des réserves en Nouvelle-Calédonie », *op. cit.*, p. 114.

²¹³ MERLE ISABELLE, « La Nouvelle-Calédonie, 1853-1920. Naissance d'une société coloniale », *Les Cahiers du Centre de Recherches Historiques. Archives*, 10 octobre 1993, En ligne : <<http://ccrh.revues.org/2762>>.

²¹⁴ MOHAMED-GAILLARD SARAH, « De la prise de possession à l'accord de Nouméa : 150 ans de liens institutionnels et politiques entre la France et la Nouvelle-Calédonie », *op. cit.*, p. 174.

²¹⁵ LEBLIC ISABELLE, « Chronologie de la Nouvelle-Calédonie », *op. cit.*, p. 300.

²¹⁶ L'impôt de capitation impose le paiement d'une somme de dix francs par personne, soit le salaire de dix jours de travail dans une plantation.

²¹⁷ Cette précision est d'importance car le décret du 12 septembre 1895 qui promulguait le principe de l'impôt de capitation le rendait effectif pour l'ensemble de la population des colonies. Néanmoins, en

Face à l'instauration de ces nouvelles règles applicables uniquement aux indigènes, le régime de l'Indigénat pénalise le non-respect de ces obligations. Ainsi que l'explique l'historienne Isabelle Merle :

« Dans le principe, le régime de l'indigénat consiste à concevoir une justice répressive "spéciale", au sens de située "en dehors des règles communes" pour réprimer des infractions commises par les seuls indigènes, infractions qui ne sont ni prévues ni réprimées par la loi française. Il s'agit de créer un espace juridique nouveau, spécifiquement réservé aux indigènes, qui s'ajoute au droit pénal auquel, par ailleurs, ils sont soumis [...] Cette justice [...] peut être exercée par l'autorité administrative [...] au mépris d'un principe fondamental du droit français, à savoir l'exigence d'une séparation des pouvoirs judiciaire et administratif, garantie des libertés publiques²¹⁹ ».

85 . Le décret ministériel du 18 juillet 1887 donne un pouvoir de sanction à l'administration coloniale. Les chefs d'arrondissements, ayant sous leur responsabilité des chefs indigènes, se voient octroyer la possibilité de statuer par voie disciplinaire sur les infractions commises par les Kanaks et de prononcer des peines pouvant aller jusqu'à quinze jours de prison et cent francs d'amende. Le gouverneur peut quant à lui décider librement de l'internement des indigènes et du séquestre de leurs biens²²⁰. Le 23 décembre 1887, une liste d'infractions est ainsi édictée qui interdit entre autres aux Kanaks, l'entrée dans les débits de boisson, la pratique de la sorcellerie, ou encore leur présence hors de leur arrondissement sans autorisation régulière. La liste ne cessera de s'étoffer jusqu'en 1928, date où elle comptera

1898, l'adoption en Indochine d'un impôt de capitation applicable aux seuls indigènes permet au gouverneur Feillet de faire de même en Nouvelle-Calédonie. Cf en ce sens : MOHAMED-GAILLARD SARAH, « De la prise de possession à l'accord de Nouméa : 150 ans de liens institutionnels et politiques entre la France et la Nouvelle-Calédonie », *op. cit.*, p. 174.

²¹⁸ MERLE ISABELLE, *Expériences coloniales : la Nouvelle-Calédonie, 1853-1920*, Belin, coll. Temps présents, Paris, 1995, *op. cit.*, pp. 309-313.

²¹⁹ MERLE ISABELLE, « De la "législation" de la violence en contexte colonial. Le régime de l'indigénat en question », *Politix*, vol. 17, n° 66, février 2004, p. 143.

²²⁰ *Ibid.*, p. 154.

vingt-et-une infractions dont « *le refus de payer l'impôt de capitation* » et « *la tenue de discours public dans le but d'affaiblir le respect dû à l'autorité française*²²¹ ».

86 . Si la politique mise en place à tout d'une « *monstruosité juridique* » au sens de Dominique Schnapper²²², les agissements de l'administration coloniale constatés en Nouvelle-Calédonie ne font qu'amplifier l'idée selon laquelle cette époque fut marquée par la violence et l'injustice. Cette dernière va en effet beaucoup plus loin que ses prérogatives ne le lui permettent. Dans l'objectif d'accaparer certaines infractions soumises normalement à la justice française, l'administration coloniale n'hésite pas à requalifier les faits délictueux et criminels afin qu'ils entrent dans ses compétences²²³, ou à infliger des sanctions ne respectant nullement les indications du décret de 1887²²⁴. Ainsi, des Kanaks ayant volontairement tué des têtes de bétails appartenant à un agriculteur se sont vus condamnés par le gouverneur, sur proposition du chef du service des Affaires indigènes, à un an d'engagement forcé chez des colons, ce en exil aux Nouvelles-Hébrides, afin d'éviter toute évasion²²⁵.

Chargé d'étudier régulièrement le fonctionnement des services administratifs, et constatant ces pratiques arbitraires, l'Inspection des colonies, en la personne de l'inspecteur Fillon, écrivait en 1907 dans son rapport sur la Nouvelle-Calédonie, « *je ne crois pas que le caprice d'un gouvernement local ait, dans aucune autre colonie, soumis à plus de variations les droits des premiers occupants autochtones*²²⁶ ».

87 . Cette politique illégitime et coercitive, ses abus sociaux, trouvant souvent comme prétexte la mission civilisatrice de l'Occident, vont cependant peu à peu être remis en cause. En 1919, à la fin de la Première Guerre Mondiale, la création de la

²²¹ *Ibid.*, pp. 154-155.

²²² SCHNAPPER DOMINIQUE, *La communauté des citoyens: sur l'idée moderne de nation*, Gallimard, coll. NRF essais, Paris, 1994, p. 152.

²²³ Le viol est par exemple requalifié en « *troubles dans la tribu* » et ce afin d'empiéter sur le domaine réservé au droit pénal. Voir en ce sens : Rapport de l'inspecteur des colonies Fillon du 15 mai 1907, AOM, série géographique, Nouvelle-Calédonie, carton 209, cité par : MERLE ISABELLE, « La construction d'un droit foncier colonial. De la propriété collective à la constitution des réserves en Nouvelle-Calédonie », *op. cit.*, p. 115.

²²⁴ Sanctions qui, pour rappel, ne peuvent dépasser quinze jours d'emprisonnement et cent francs d'amende.

²²⁵ MERLE ISABELLE, « De la "légalisation" de la violence en contexte colonial. Le régime de l'indigénat en question », *op. cit.*, p. 157.

²²⁶ Rapport de l'inspecteur des colonies Fillon du 15 mai 1907, AOM, série géographique, Nouvelle-Calédonie, carton 209, cité par : MERLE ISABELLE, « La construction d'un droit foncier

Société des Nations dont l'objectif est d'assurer la paix internationale et d'éviter l'emploi de la violence, suscite un certain nombre de réflexions au sein du monde scientifique et entraîne la reconsidération des théories évolutionnistes et ethnocentristes²²⁷ qui développaient une croyance en :

« [...] une répartition naturelle des humains sur une échelle de civilisations [et qui] témoigne surtout de la force et de l'universalité du préjugé ethnocentriste qui consiste à ériger les valeurs propres à la société coloniale en valeurs universelles et à rejeter les normes et les valeurs des sociétés indigènes différentes de ces propres valeurs, pensant la civilisation européenne comme le modèle unique et universel à imiter [...] Considérés comme des peuples "en retard" sur la civilisation, [...] tous les espoirs [étaient] permis quant à leur éventuelle évolution grâce à l'éducation²²⁸ ».

De nouvelles politiques coloniales voient ainsi le jour, qui cherchent, tout en maintenant il est vrai le projet intégrationniste, à améliorer le bien-être et le développement des populations colonisées. Ces nouvelles politiques indigènes, initiées tout d'abord en Afrique, se diffuseront dans l'ensemble du Pacifique²²⁹. La fin de la Seconde Guerre Mondiale établira enfin un tournant décisif dans l'histoire, en entraînant la suppression du régime de l'Indigénat et en remettant en cause la colonisation.

colonial. De la propriété collective à la constitution des réserves en Nouvelle-Calédonie », *op. cit.*, p. 115.

²²⁷ BOUARD SEVERINE, *Les politiques de développement à l'épreuve de la territorialisation. Changements et stabilité dans une situation de décolonisation négociée, la province Nord de la Nouvelle-Calédonie*, *op. cit.*, p. 47.

²²⁸ LEHMIL LINDA S., *A l'école du français : politiques coloniales de la langue 1830-1944*, Thèse de philosophie, Université de Tulane, 2008, pp. 24-27.

²²⁹ LE MEUR PIERRE-YVES, « Opérateurs miniers, gouvernementalité et politique des ressources à Thio, Nouvelle Calédonie », dans Conférence PSI, Papeete, 2009.

§ 3 | LA FIN DE LA COLONISATION : L'ÉVOLUTION STATUTAIRE DE L'ARCHIPEL ET L'ÉMERGENCE DE REVENDICATIONS POLITIQUES KANAKES

88 . En 1931, sous l'impulsion de ces nouvelles théories, le capitaine Meunier va développer une *Nouvelle Politique Indigène*²³⁰ visant à permettre un meilleur accès aux soins et à l'éducation pour les Kanaks tout en incitant au développement des cultures dans les tribus et ce dans un dessein mercantile. Cette tentative d'offrir aux Kanaks l'opportunité d'obtenir une « *ressource monétaire et donc [un] pouvoir d'achat, contribuant de ce fait à [leur] entrée dans l'économie marchande*²³¹ » est toutefois révélatrice d'une volonté intégrationniste dont l'objectif est de calquer les comportements indigènes sur les schémas coloniaux. Cet état de fait perdure jusqu'en 1946, période de l'après-guerre, marquée en premier lieu par la chute du régime de l'Indigénat. L'arrêté du 14 février 1946 suspend les sanctions du code de l'Indigénat et le 5 avril de la même année, les Kanaks recouvrent enfin leur liberté de circulation, de travail et de résidence²³². De même, la loi Lamine-Gueye du 7 mai 1946 octroie la citoyenneté française à l'ensemble des populations d'outre-mer sans que toutefois le suffrage universel ne soit généralisé²³³. Finalement, et par le biais de la Constitution du 27 octobre 1946, l'Empire colonial disparaît au profit de l'Union française²³⁴ et la

²³⁰ Cf. en ce sens : LAMBERT JEAN-MARIE, *La nouvelle politique indigène en Nouvelle Calédonie : Le capitaine Meunier et ses gendarmes (1918-1954)*, L'Harmattan, coll. Collection Mondes océaniques, Paris, 1999, 239 p.

²³¹ DEL RIO GERARD, « Les Kanaks à l'heure de la "nouvelle politique indigène" », *Mwà Vée*, n° 57, p. 45.

²³² MOHAMED-GAILLARD SARAH, « De la prise de possession à l'accord de Nouméa : 150 ans de liens institutionnels et politiques entre la France et la Nouvelle-Calédonie », *op. cit.*, p. 175.

²³³ Le suffrage universel ne sera véritablement effectif qu'en 1957 suite à la loi-cadre de Gaston Defferre du 23 juin 1956.

²³⁴ L'Union française est créée par la Constitution du 27 octobre 1946, fondatrice de la IV^{ème} République. Cette nouvelle association politique modifie le statut des colonies françaises et abolit le Code de l'indigénat. L'Union est formée, d'une part, de la France métropolitaine et de ses départements et territoires ultramarins puis, d'autre part, des territoires (placés sous mandat) et États associés (placés sous protectorat). Cf en ce sens CONSTITUTION DU 27 OCTOBRE 1946, titre VII : la République « *forme avec les peuples d'outre-mer une Union fondée sur l'égalité des droits et des devoirs, sans distinction de race ni de religion. L'Union française est composée de nations et de peuples qui mettent en commun ou coordonnent leurs ressources et leurs efforts pour développer leurs civilisations respectives, accroître leur bien-être et assurer leur sécurité. Fidèle à sa mission traditionnelle, la France entend conduire les peuples dont elle a pris la charge la liberté de s'administrer eux-mêmes et de gérer démocratiquement leurs propres affaires, écartant tout système de colonisation fondé sur l'arbitraire, elle garantit à tous l'égal accès aux fonctions publiques et l'exercice individuel ou collectif des droits et libertés proclamés ou confirmés ci-dessus* ».

Nouvelle-Calédonie devient un territoire d'outre-mer (TOM). Dès cet instant, l'archipel sera sujet à de nombreuses évolutions statutaires (A). Au cours de cette période confuse, les Kanaks s'émanciperont politiquement afin de faire valoir leurs revendications (B).

A | Les changement statutaires en Nouvelle-Calédonie

89 . Au cours de la IV^{ème} République, la loi-cadre Defferre est étendue à la Nouvelle-Calédonie par un décret du 22 juillet 1957. Ce dernier permet une plus grande décentralisation des pouvoirs reconnus aux TOM. L'Assemblée territoriale, instaurée en 1946, est portée à trente membres et dispose désormais d'un véritable pouvoir législatif local. Seuls les pouvoirs régaliens dépendent encore du représentant de l'État²³⁵. Le gouverneur doit en outre partager le pouvoir exécutif avec un Conseil du gouvernement composé de six à huit ministres élus par l'Assemblée délibérante²³⁶.

90 . Lors de l'adoption de la V^{ème} République en 1958, la Nouvelle-Calédonie doit choisir entre son maintien dans la République et l'indépendance. Lors de ce référendum, la première proposition remporte 98% des suffrages exprimés, mais une abstention de 40% est recensée. La Nouvelle-Calédonie reste donc un TOM mais, bien que le gouvernement affirme que cette décision n'emportera pas une restriction des compétences des institutions territoriales, le boom minier induit un démantèlement des acquis de la loi-cadre et une reprise en main de l'archipel par la métropole. La loi du 21 décembre 1963, dite loi Jacquinot, vient limiter les pouvoirs du Conseil du gouvernement, réduire le nombre de ses membres et supprimer la vice-présidence et les titres de ministres²³⁷. Les compétences dévolues au gouverneur, représentant de l'État sur le territoire, redeviennent semblablement celles dont il

²³⁵ DECRET N° 57-312 DU 22 JUILLET 1957, *portant institution d'un conseil de gouvernement et extension des attributions de l'assemblée territoriale dans les établissements français de l'Océanie*, Titre 1er, J.O.R.F., 23 juillet 1957, p. 7258.

²³⁶ *Ibid.*, art. 3.

²³⁷ LOI N° 63-1246 DU 21 DECEMBRE 1963 *portant organisation des pouvoirs publics en Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F., 22 décembre 1963, p. 11451, Titre 1er, art. 3 : « Le Conseil de gouvernement de la Nouvelle-Calédonie est présidé par le gouverneur, chef du territoire, ou, en son

disposait en 1946²³⁸. Les lois Billotte du 17 janvier 1969 restreignent encore les attributions du territoire en transférant à l'État les compétences en matière de nickel, de chrome et d'hydrocarbure et en réservant à ce dernier le droit d'octroyer des privilèges fiscaux aux entreprises souhaitant réaliser des investissements supérieurs à trente millions de francs. Elles octroient également à la métropole la maîtrise de l'organisation de l'espace en créant des communes d'État sur l'archipel.

Durant cette période, les évolutions statutaires en Nouvelle-Calédonie sont uniquement le reflet des intérêts étatiques. Cette réalité est l'un des moteurs des revendications autonomistes et indépendantistes et par la suite aucun changement statutaire n'arrive réellement à stabiliser la situation conflictuelle insulaire.

91 . Jusqu'en 1976, aucune évolution statutaire n'a lieu. Avec l'élection de Valéry Giscard d'Estaing, une nouvelle ère de négociation s'annonce, aboutissant au statut Stirn du 28 décembre 1976²³⁹. Bien qu'élargissant les compétences du territoire en lui offrant pour la première fois une compétence de droit commun²⁴⁰, la décentralisation reste moins poussée qu'avec la loi-cadre et ne satisfait pas les partis indépendantistes qui jugent cette réforme incomplète et désormais dépassée. Pour endiguer la progression des idées indépendantistes, le gouvernement, à travers son secrétaire d'État Paul Dijoud, s'appuie sur les enjeux liés aux revendications foncières et culturelles des Kanaks. Le plan Dijoud mis en place en 1978 annonce d'ailleurs vouloir « *régler le problème foncier dans la perspective du respect des droits historiques des communautés mélanésiennes, en redonnant aux clans leurs espaces traditionnels*²⁴¹ ». La proposition s'articule autour de la mise en place d'un office foncier et d'un office culturel mais le plan sera finalement rejeté par les

absence, par le secrétaire général. Il comprend, outre le gouverneur, chef du territoire, ou le secrétaire général, cinq conseillers du gouvernement ».

²³⁸ MOHAMED-GAILLARD SARAH, « De la prise de possession à l'accord de Nouméa : 150 ans de liens institutionnels et politiques entre la France et la Nouvelle-Calédonie », *op. cit.*, p. 176.

²³⁹ LOI N° 76-1222 DU 28 DECEMBRE 1976 *relative à l'organisation de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, J.O.R.F., 29 décembre 1976, p. 7530.

²⁴⁰ *Ibid.*, Titre 1er, chap. II, art. 7 : « Le domaine de la compétence de l'État comprend les matières suivantes : Relations extérieures, contrôle de l'immigration et contrôle des étrangers, Défense, [...], Nationalité ; État civil [...] Toutes les autres matières sont de la compétence territoriale ».

²⁴¹ Titre du 18^{ème} chapitre du Plan Dijoud

indépendantistes après que le secrétaire d'État ait conditionné sa mise en place à l'acceptation d'un moratoire de dix ans sur la question de l'indépendance²⁴².

92 . La crise politique qui suit redonne les pleins pouvoirs au gouverneur. À partir de cette date, les différents statuts qui seront proposés feront l'objet de contestations toujours plus intenses, opposant les militants indépendantistes et la communauté européenne majoritairement loyaliste. En 1984, le statut Lemoine est proposé par l'État français. Cherchant à instaurer un compromis, il prévoit une autonomie transitoire et tente de prendre en compte les spécificités du territoire en élargissant les compétences du Conseil du gouvernement mais surtout en reconnaissant l'existence de « pays coutumiers²⁴³ » et en instaurant des institutions où siègeront des représentants de la coutume²⁴⁴. Ce statut est toutefois fortement boycotté en Nouvelle-Calédonie car le scrutin d'autodétermination qu'il planifie à la fin des années 1980 ne tient pas compte de la volonté de restriction du corps électoral demandée par les indépendantistes²⁴⁵. Face à ce nouvel échec, Edgard Pisani est envoyé sur l'archipel à la fin de l'année 1984 en tant que délégué du gouvernement et haut-commissaire de la République, pour préparer les modalités du droit à l'autodétermination²⁴⁶. Le statut Fabius-Pisani est promulgué par l'Assemblée Nationale le 23 août 1985 et propose que :

« Les populations intéressées de Nouvelle-Calédonie et dépendances [soient] appelées à se prononcer au plus tard le 31 décembre 1987, sur

²⁴² MOHAMER-GAILLARD SARAH, *L'Archipel de la puissance ? La politique de la France dans le Pacifique Sud de 1946 à 1988*, Peter Lang, coll. Enjeux Internationaux, Bruxelles, 2010, p. 101.

²⁴³ LOI N° 84-821 DU 6 SEPTEMBRE 1984 portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, J.O.R.F., 7 septembre 1984, p. 2840, art. 3 : « Le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances comporte six circonscriptions dénommées pays dont la délimitation tient compte des aires coutumières et de leurs liens économiques, sociaux et culturels ».

²⁴⁴ La loi instaure en effet, au niveau territorial, une assemblée des pays composé de vingt-quatre représentants de la coutume désignés selon les usages coutumiers et vingt quatre représentants des communes (Chapitre III). Au niveau régional, des conseils de pays sont également créés, qui associent des représentants de la coutume, des représentants des communes et des représentants des activités économiques et sociales du pays (Chapitre VI).

²⁴⁵ LOI N° 84-821 DU 6 SEPTEMBRE 1984 portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, *op. cit.*, art. 1 : « À l'issue d'un délai de cinq ans, les populations de la Nouvelle-Calédonie et dépendances seront consultées par voie de référendum conformément aux dispositions de l'article 53 (alinéa 3) de la Constitution ».

²⁴⁶ LEBLIC ISABELLE, « Chronologie de la Nouvelle-Calédonie », *Le Journal de la Société des Océanistes*, n° 117, 1^{er} décembre 2003, *op. cit.*, p. 303.

*l'accession du Territoire à l'indépendance en association avec la France*²⁴⁷ ».

L'idée d'une indépendance-association s'appuie sur l'article 88 de la Constitution qui prévoit que « [l]a République peut conclure des accords avec des États désirant s'associer avec elle pour développer leur civilisation ». Ce statut est suspendu après les élections législatives du 16 mars 1986 qui voient l'arrivée de la droite à l'Assemblée Nationale. Le gouvernement de Jacques Chirac nomme un nouveau secrétaire d'État aux DOM-TOM, Bernard Pons, qui engage alors une politique de fermeté. Sa nouvelle réforme est fondée sur une large autonomie et sur l'idée de régionalisation. La volonté de marginaliser l'indépendantisme kanak se fait cependant ressentir. Dans le premier statut Pons, l'office foncier est remplacé par l'Agence de développement rural et d'aménagement foncier (ADRAF)²⁴⁸ et le projet d'autodétermination ne modifie pas la composition du corps électoral²⁴⁹. Le vote en Nouvelle-Calédonie se tient en décembre et il est de nouveau boycotté par les indépendantistes. Le second statut Pons²⁵⁰ qui s'en suit ne tient lui aussi nullement compte des indépendantistes kanaks pour sa rédaction. Ces derniers appellent alors à des actions de terrain qui mèneront à la prise d'otage d'Ouvéa, le 22 avril 1988.

93 . Pour remédier à la dégradation de la situation calédonienne résultant du drame d'Ouvéa qui fit vingt-cinq victimes, François Mitterrand, nouvellement réélu, envoie une mission de dialogue dirigée par Christian Blanc, qui conviendra rapidement de la nécessité d'un accord réellement négocié pour la mise en place d'un nouveau statut. Des accords de paix historiques, les Accords de Matignon, sont ainsi conclus le 26 juin 1988 et signés par Jean-Marie Tjibaou et Jacques Lafleur, sous l'égide de Michel Rocard, Premier ministre. Ces Accords planifient une période de développement de dix ans avant un référendum prévu en 1998 au cours duquel les

²⁴⁷ LOI N° 85-892 DU 23 AOUT 1985 *sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F., 24 août 1985, p. 9775, art. 1er .

²⁴⁸ LOI N° 86-844 DU 17 JUILLET 1986 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F., 19 juillet 1986, p. 8927, Titre IV.

²⁴⁹ *Ibid.*, art. 1er « Dans un délai de douze mois à compter de la promulgation de la présente loi, les populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie et dépendances seront consultées sur l'accession du territoire à l'indépendance ou sur son maintien au sein de la République française avec un statut, fondé sur l'autonomie et la régionalisation, dont les éléments essentiels seront portés préalablement à leur connaissance ».

néocalédoniens auront à se prononcer sur leur indépendance. Pour la première fois, une restriction du corps électoral est prévue et exclut les personnes arrivées sur le territoire après 1988. Si le Haut-commissaire conserve l'exécutif, la loi statutaire du 9 novembre 1988 organise le territoire en trois provinces, la Province Nord, la Province Sud et la Province des Îles Loyauté et dote chacune d'entre elles d'une assemblée de province élue au scrutin proportionnel²⁵¹. Ces trois assemblées composent le Congrès du territoire chargé des affaires territoriales²⁵².

La date du référendum approchant, les parties prenantes, à l'initiative de Jacques Lafleur, jugent que la question de l'indépendance, quelque soit le résultat de la consultation, serait susceptible de causer une nouvelle fracture au sein de la société. Il est donc décidé l'élaboration d'un nouveau document, l'Accord de Nouméa, signé le 5 mai 1998²⁵³. Celui-ci définit le statut et les institutions publiques actuelles de la Nouvelle-Calédonie.

94 . Au cours de la valse des statuts néocalédoniens²⁵⁴, et face au peu de considération que le gouvernement avait pour eux, les Kanaks ont élaboré des stratégies et revendications politiques qui, axées sur l'indépendance et la décolonisation, finiront par s'orienter en partie sur les droits des peuples autochtones.

²⁵⁰ LOI N° 88-82 DU 22 JANVIER 1988 *portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F., 26 janvier 1988, p. 1231.

²⁵¹ LOI N° 88-1028 DU 9 NOVEMBRE 1988 *portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998*, J.O.R.F., 10 novembre 1988, p. 14087, art. 13.

²⁵² *Ibid.*, art. 9.

²⁵³ Les accords de Nouméa ont été conclus en 1998 par le gouvernement français, la coalition néocalédonienne militant pour l'indépendance (FLNKS) et le Rassemblement pour la Calédonie dans la République (RPCR).

²⁵⁴ LEBLIC ISABELLE, *Les Kanak face au développement. La voie étroite*, PUG / ADCK, Grenoble et Nouméa, 1993, *op. cit.*, p. 53.

B | *Évolution des revendications politiques kanakes*

95 . Le fait colonial eu énormément de répercussions négatives sur la situation du peuple kanak. Très tôt et face aux exactions commises, des insurrections eurent lieu pour s'opposer à l'Empire colonial. La révolte d'Ataï en 1878²⁵⁵ démontra dès le départ le malaise profond et la colère présente dans la société mélanésienne qui voyait disparaître « *ce qu'il y avait de plus sacré dans la société autochtone [...] : la terre des ancêtres, les coutumes, la famille et la liberté*²⁵⁶ ».

96 . La suppression du code de l'Indigénat va leur ouvrir de nouvelles perspectives en leur permettant d'accéder à la scène politique. Ils découvrent là une nouvelle manière de faire valoir leurs revendications et d'être entendus et pris en considération par le reste de la population. Même s'il faudra attendre 1957 pour que l'ensemble des Kanaks obtiennent le droit de vote, certains disposent déjà de ce droit depuis 1945²⁵⁷ et en profitent pour porter des mouvements politiques inédits. Les Kanaks, enfin titulaires de la citoyenneté française, vont tout d'abord se rallier à l'Union Calédonienne (UC), seul parti politique à porter un discours favorable aux autochtones. Sa position autonomiste rallie un grand nombre de Kanaks dès 1953²⁵⁸, sans que cependant ne soient jamais formulées par le parti de demandes visant spécifiquement le monde mélanésien²⁵⁹.

²⁵⁵ Si jusqu'à cette date les conflits sur l'archipel avaient été ponctuels, en 1878 le malaise causé par cette colonisation brutale a atteint l'ensemble de la population mélanésienne. Un incident va en outre précipiter les choses. Le 19 juin 1878, la famille Chêne dont le mari est un ancien forçat et la femme est kanake sont assassinés avec leur enfant. L'administration coloniale va réagir en incarcérant dix chefs de tribus. Menés par le Chef Ataï, Grand Chef de Komalé, les guerriers kanaks vont attaquer La Foa et Boulouparis et libérer les chefs enfermés, les 25 et 26 juin 1878. La révolte va perdurer avec force jusqu'au 1^{er} septembre, date où le Chef Ataï est tué. Si le conflit continue, la mort de leur leader déstabilise les insurgés et ils seront finalement vaincus à la fin de l'année 1878. La révolte aura fait plus de 1000 morts dont environ 800 Kanaks.

²⁵⁶ PÈRE APPOLINAIRE, « L'insurrection des Néo-calédoniens de 1878 et la personnalité du grand chef Ataï », dans *Le Journal de la Société des Océanistes*, t. 25, n° 69, 1969, p. 203.

²⁵⁷ LEBLIC ISABELLE, « Chronologie de la Nouvelle-Calédonie », *op. cit.*, p. 300.

²⁵⁸ TRÉPIED BENOIT, *Politique et relations coloniales en Nouvelle-Calédonie. Ethnographie historique de la commune de Koné, 1946-1988*, Thèse d'anthropologie sociale et d'ethnologie, EHESS, Paris, 2007, pp. 145 et s.

²⁵⁹ BOUARD SEVERINE, *Les politiques de développement à l'épreuve de la territorialisation. Changements et stabilité dans une situation de décolonisation négociée, la province Nord de la Nouvelle-Calédonie*, Thèse de géographie, Université Paul Valéry, Montpellier III, 2011, *op. cit.*, p. 54.

97 . Le boom du nickel et les lois étatiques consécutives (Jacquinot et Billotte) vont entraîner une structuration et une émancipation des revendications kanakes. De nouveaux leaders kanaks émergent, tels que Jean-Marie Tjibaou, et mettent en avant la persistance de l'identité et de la culture kanakes qui se sont maintenues malgré l'influence coloniale. Ces références à une culture autochtone toujours vivace est un moyen de révéler les Kanaks à l'international²⁶⁰.

En effet, si pendant un temps leurs revendications sont basées sur l'autonomie, elles s'orientent peu à peu vers un discours indépendantiste, encouragées en cela par les vagues successives d'indépendance dans le monde, et plus particulièrement celles de la région Pacifique qui se déroulent entre 1970 et 1980²⁶¹.

98 . Une multiplication de l'offre politique est dès lors constatée. De nouveaux partis indépendantistes se créent : l'Union Progressiste Mélanésienne (UPM) en 1974, le Parti Socialiste Calédonien (PSC) en 1976 pour les moins radicaux, le groupe 1878 en 1974 et le Parti de libération kanak (PALIKA) en 1976 pour les plus extrêmes. L'UC devient à son tour indépendantiste en 1977 et s'érige en Front indépendantiste (FI)²⁶² en 1979²⁶³. Le regroupement ainsi créé permettra à Jean-Marie Tjibaou de devenir vice-président du Conseil du gouvernement en 1982²⁶⁴. En 1978, et pour la première fois, un leader politique kanak, Yann Céléné Uregei se rend aux Nations Unies, lors des travaux du Comité de décolonisation, pour « *y revendiquer l'indépendance de son peuple et de son pays*²⁶⁵ ». En septembre 1984, le FI devient le Front de Libération Kanak Socialiste (FLNKS). Le découpage du territoire organisé par le statut Pisani lui permet avec les élections de septembre 1985 de gagner trois régions sur quatre (Nord,

²⁶⁰ WITTERSHEIM ÉRIC, *Des sociétés dans l'État : anthropologie et situations postcoloniales en Mélanésie*, Éditions Aux lieux d'être, Montreuil, 2006, p. 56.

²⁶¹ Ainsi, les Samoa occidentales furent indépendants en 1972. Vinrent ensuite Fidji et Tonga en 1970, la Papouasie Nouvelle Guinée en 1975, Tuvalu et les Îles Salomon en 1978 puis le Vanuatu en 1980.

²⁶² Le FI rassemble l'UC, le front uni de libération kanak (FULK), le parti de Libération kanak socialiste (LKS), le PALIKA, l'UPM et le PSC.

²⁶³ À l'opposé, le Rassemblement pour la Calédonie (RPC) regroupant les loyalistes intègre les anciens membres non indépendantistes de l'UC et devient en 1978 le Rassemblement Pour la Calédonie dans la République (RPCR).

²⁶⁴ Il faut noter que son élection est également le résultat d'une alliance entre le FI et la Fédération pour une nouvelle société calédonienne (FNSC), qui bien qu'étant paradoxalement un parti autonomiste, non indépendantiste, souhaite contrer l'hégémonie du RPCR.

²⁶⁵ GRAFF STEPHANIE, « Quand combat et revendication kanak ou politique de l'État français manient indépendance, décolonisation, autodétermination et autochtonie en Nouvelle-Calédonie », *Le Journal de la Société des Océanistes*, n° 134, 2012, *op. cit.*, p. 64.

Centre et Îles Loyauté). Par l'intermédiaire des présidents des régions, les indépendantistes contrôlent le Conseil exécutif composé des quatre présidents et du président du Congrès.

99 . Les événements de 1984 à 1988 puis la prise d'otage à Ouvéa vont cependant marquer un nouveau tournant en Nouvelle-Calédonie. Avant ce drame, les Kanaks espéraient encore une sortie de conflit possiblement semblable à ce qui s'était déroulé en Algérie, soit un accès à l'indépendance assorti de l'expulsion des Européens du territoire²⁶⁶. Les Accords de Matignon de 1988 sont davantage le fruit d'un compromis entre loyalistes et indépendantistes, impliquant une tentative de cohabitation pacifique sur l'archipel. Leur volonté est de rééquilibrer le territoire, politiquement et économiquement, avant de proposer un référendum pour l'indépendance. À l'issue de cette période de dix ans, il a pourtant été décidé qu'un laps de temps plus long était nécessaire afin d'édifier concrètement l'avenir de la Nouvelle-Calédonie et de remédier aux inégalités et à la discrimination dont souffraient encore les Kanaks. L'Accord de Nouméa proroge donc la situation en indiquant que la consultation sur l'autodétermination de l'archipel aura lieu entre 2014 et 2018²⁶⁷.

100 . Au cours de cette période, la communauté internationale établit un certain nombre de textes qui sont aujourd'hui devenus des outils politiques et juridiques à la disposition des Kanaks. Le peuple kanak dans sa recherche de liberté et de libre détermination s'est tout d'abord situé en tant que peuple colonisé revendiquant le droit à l'indépendance. Comprenant toutefois que cette indépendance ne verrait pas le départ des Européens et ne mettrait donc pas fin à leur statut minoritaire, certains d'entre eux se tournent aujourd'hui vers un autre dispositif juridique onusien en s'identifiant en tant que peuple autochtone.

²⁶⁶ BOUARD SEVERINE, *Les politiques de développement à l'épreuve de la territorialisation. Changements et stabilité dans une situation de décolonisation négociée, la province Nord de la Nouvelle-Calédonie*, *op. cit.*, p. 70.

²⁶⁷ ACCORD SUR LA NOUVELLE-CALEDONIE SIGNE A NOUMEA LE 5 MAI 1998, J.O.R.F., n° 121, 27 mai 1998, p. 8039, *op. cit.*, document d'orientation, pt. 5; LOI ORGANIQUE N° 99-209 DU 19 MARS 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F., n° 0068, 21 mars 1999, p. 4197, *op. cit.*, titre IX : La consultation sur l'accession à la pleine souveraineté; CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958, J.O.R.F., 5 octobre 1958, p. 9151, art. 77.

SECTION II | L'INCIDENCE DU DROIT INTERNATIONAL SUR LES REVENDICATIONS KANAKES

101 . Au lendemain de la Première Guerre mondiale, la théorie politique qui sous-tendait le colonialisme perd sa crédibilité ; il lui est reproché de priver les peuples de leur autodétermination au profit d'une administration étrangère illégitime²⁶⁸. Ce furent là les prémices d'une nouvelle réflexion qui menèrent après la Seconde Guerre Mondiale à un mouvement international visant la décolonisation (§1). Il fut cependant rapidement observé que le droit à la décolonisation ne permettait pas d'assurer la libération et la protection de tous les peuples. Cela engendra corrélativement une reconnaissance des peuples autochtones au niveau international (§2).

§ 1 | LE DROIT DES PEUPLES COLONISÉS

102 . L'esquisse du principe d'autodétermination transparaît déjà sous l'appellation de « principe des nationalités » lors de nombreux événements marquants du XIX^{ème} siècle et du début du XX^{ème} siècle²⁶⁹. L'objectif, qu'il s'agisse de la proclamation de la *Déclaration américaine d'indépendance*, de la période révolutionnaire française ou encore de la révolution russe d'octobre 1917, est de défendre leur indépendance et de conserver la liberté politique des citoyens de l'époque. Ce principe mène à l'affirmation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dans le cadre de la décolonisation (A). Les vagues mondiales d'accès à l'indépendance des pays et peuples colonisés qui en ont découlé, notamment dans le

²⁶⁸ ANAYA S. JAMES, *Indigenous peoples in international law*, Oxford University Press, 2nd éd., New York, 2004, p. 53.

Pacifique, ont contribué, dans un premier temps, à rendre cette possibilité tangible pour le peuple kanak (B).

A | *Le développement international du droit à la décolonisation*

103 . Le principe des nationalités cité ci-avant s'est peu à peu généralisé au cours de la Seconde Guerre Mondiale et plusieurs déclarations ont repris ce principe d'autodétermination dans l'intention de transmettre « *un message d'espérance qui laissait entrevoir la création d'une organisation mondiale fondée sur les vérités permanentes de la morale internationale*²⁷⁰ ». Ainsi en fut-il de la *Charte de l'Atlantique* du 14 août 1941²⁷¹ qui manifestait la volonté de faire connaître certains principes susceptibles de contribuer à un avenir meilleur dont celui de respecter « *le droit de tous les peuples de choisir la forme de gouvernement sous laquelle ils veulent vivre ; et [... de] voir restaurer les droits souverains et l'autonomie à ceux qui en ont été privés par la force*²⁷² ».

Ces documents²⁷³, dictés par les événements survenus au cours des deux guerres mondiales ont sans conteste influencé les travaux de la Conférence internationale de San Francisco, à l'origine de la *Charte des Nations Unies*. En effet « *le droit qui a été créé en la matière par la communauté internationale est le fruit d'un processus politique et juridique dans lequel la libération de nombreux peuples a été un facteur considérable*²⁷⁴ ».

²⁶⁹ HUET VERONIQUE, *Le principe de l'autodétermination des peuples : concept et applications concrètes*, L'Harmattan, Paris, 2013, op. cit., p. 9.

²⁷⁰ « Histoire des Nations Unies – La Charte de l'Atlantique », En ligne : <http://www.un.org/fr/aboutun/history/atlantic_charter.shtml>.

²⁷¹ La Charte de l'Atlantique fût signée le 14 août 1941 par le Président des États-Unis Franklin D. Roosevelt et le Premier ministre britannique Winston Churchill.

²⁷² SOCIÉTÉ DES NATIONS, *Recueil des Traités*, vol. CCIV, p. 385.

²⁷³ Voir également la Déclaration des Nations Unies signée à Washington le 1^{er} janvier 1942 ou encore la Déclaration de Moscou de 1943.

²⁷⁴ CRISTESCU AURELIU, *Le droit à l'autodétermination – Développement historique et actuel sur la base des instruments des Nations Unies*, Etude du Rapporteur spécial de la Sous-commission de la

104 . Avec la signature de la Charte des Nations Unies à San Francisco le 26 juin 1945²⁷⁵, une prise de conscience collective sur la nécessité de promouvoir les droits fondamentaux de l'Homme, dans le but de favoriser la mise en œuvre d'un destin mondial pacifique, est enfin cristallisée²⁷⁶. Le paragraphe 2 de l'article premier²⁷⁷ déclare ainsi de manière expresse que l'un des buts des Nations Unies est de :

« Développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, et prendre toutes autres mesures propres à consolider la paix du monde ».

Le préambule de l'article 55 de la Charte en fait également état²⁷⁸. Ce qui apparaît cependant plus révélateur de l'évolution de la société internationale est l'inclusion du principe de l'autodétermination des peuples dans le contexte spécifique de la décolonisation. Le chapitre XI de la Charte des Nations Unies relatif aux « *territoires non autonomes* » en est la démonstration. À ce titre, les États ayant sous leurs responsabilités des populations ne s'administrant pas elles-mêmes ont l'obligation de tout faire pour assurer à ces dernières la primauté de leurs intérêts. L'article 73 dudit chapitre dispose que ces États ont l'obligation :

« De développer leur capacité de s'administrer elles-mêmes, de tenir compte des aspirations politiques des populations et de les aider dans le

lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, Nations Unies, New-York, 1981, p. 16.

²⁷⁵ La Charte entrera en vigueur le 24 octobre 1945.

²⁷⁶ *Charte des Nations Unies*, signée à San Francisco le 26 juin 1945, entrée en vigueur le 24 octobre 1945, op. cit., Préambule.

²⁷⁷ *Ibid.*, chap. I « Buts et principes », art. 1, para 2.

²⁷⁸ *Ibid.*, art. 55 : « En vue de créer les conditions de stabilité et de bien-être nécessaires pour assurer entre les nations des relations pacifiques et amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, les Nations Unies favoriseront : a. le relèvement des niveaux de vie, le plein emploi et des conditions de progrès et de développement dans l'ordre économique et social ; b. la solution des problèmes internationaux dans les domaines économique, social, de la santé publique et autres problèmes connexes, et la coopération internationale dans les domaines de la culture intellectuelle et de l'éducation ; c. le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion. »

développement progressif de leurs libres institutions politiques, dans la mesure appropriée aux conditions particulières de chaque territoire et de ses populations et à leurs degrés variables de développement ».

105 . Par la suite, de nombreuses résolutions²⁷⁹ des Nations Unies ont tenté de déterminer concrètement le contenu de ce droit, auquel la Charte n'offrait aucune définition précise, et d'appréhender les conséquences de sa reconnaissance. La résolution 1514, adoptée le 14 décembre 1960 constitue « *la première contribution significative de l'ONU à la définition du droit à l'autodétermination*²⁸⁰ », lorsqu'elle établit « *[qu'] en vertu de ce droit, ils [les peuples] déterminent librement leur statut politique et poursuivent librement leur développement économique, social et culturel*²⁸¹ ». Cette résolution matérialise la volonté décolonisatrice qui anime désormais la société internationale. Selon Aureliu Cristescu, rapporteur spécial pour les Nations Unies, elle est d'une importance décisive car elle symbolise :

« une des contributions les plus significatives des Nations Unies au développement du concept du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, à la condamnation du colonialisme et de toute forme de sujétion des peuples à une domination et à une exploitation étrangère comme déni de ce droit et des droits fondamentaux de l'homme »²⁸².

106 . À cet effet, la résolution préconise une prise de mesures immédiates, dans les territoires sous tutelle, les territoires non autonomes et tous ceux qui n'ont pas encore accédé à l'indépendance, pour transférer tous pouvoirs à leurs peuples

²⁷⁹ De manière non exhaustive, il est possible de citer : Résolution 637 (VII) en date du 16 décembre 1952, « Droit des peuples et des nations à disposer d'eux-mêmes » ; Résolutions 567 (VI) du 18 janvier 1952, 648 (VII) du 10 décembre 1952 et 742 (VIII) du 27 novembre 1953 portant sur les facteurs probants pour déterminer si un territoire possédait des populations ne s'administrant pas elles-mêmes au sens de l'article 73 de la Charte des Nations Unies ; Résolution 1188 (XII) du 11 décembre 1957 « Recommandation concernant le respect sur le plan international du droit des peuples et des nations à disposer d'eux-mêmes » qui condamne les obstacles à l'exercice de ce droit comme étant contraire aux buts et principes énoncés dans la Charte.

²⁸⁰ ÖZDEN MELIK et GOLAY CHRISTOPHE, *Le droit des peuples à l'autodétermination et à la souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles sous l'angle des droits humains*, brochure, collection du Programme Droits Humains du Centre Europe – Tiers Monde (CETIM), 2010, p. 5.

²⁸¹ *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples colonisés*, Résolution 1514 (XV), 947^{ème} séance plénière, 14 décembre 1960, art. 2.

²⁸² CRISTESCU AURELIU, *Le droit à l'autodétermination – Développement historique et actuel sur la base des instruments des Nations Unies*, op. cit., p. 6.

sans aucune condition, ni réserve²⁸³. La détermination de ces territoires est cependant sujette à controverses. Initialement, ceux jugés non autonomes sont librement déterminés par les États membres. Dès lors, ces derniers s'acquittent de l'obligation imposée par l'article 73 de la Charte de communiquer des renseignements uniquement pour les territoires qu'ils avaient eux-mêmes qualifiés de non autonomes. Cette procédure repose donc sur la confiance accordée aux États selon le principe de souveraineté du droit international public.

107 . Peu à peu, certains États cessent néanmoins de transmettre ces informations. Le problème est véritablement reconnu lorsque le Portugal et l'Espagne, devenus pays membres en 1955, refusent de mettre en œuvre le chapitre XI, qualifiant leurs territoires coloniaux, de « *provinces d'outre-mer*²⁸⁴ ». Cette situation pousse l'Organisation des Nations Unies à se déclarer seule compétente pour développer les critères servant à la détermination de ces territoires. Une seconde résolution²⁸⁵, intrinsèquement liée à la *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux* permet de qualifier exactement les territoires non autonomes, contraignant par ce biais les États à remplir l'exigence d'information mentionnée à l'article 73 de la Charte et, par voie de conséquence, à respecter la Déclaration de 1960. Cette résolution précise que le Chapitre XI de la Charte est applicable aux territoires « *connus comme étant de type colonial*²⁸⁶ » et que l'obligation de renseignement visant à constater l'évolution de cette décolonisation perdurera tant que le territoire et ses populations n'auront pas atteint une « *pleine autonomie*²⁸⁷ ». Afin de ne laisser subsister aucune incertitude, et sans doute pour éviter toute controverse ultérieure, il est précisé que le statut de pleine autonomie ne peut être reconnu que dans trois situations précises. Ainsi, un territoire acquiert l'autonomie s'il devient un État indépendant et souverain, s'il s'associe librement à

²⁸³ *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples colonisés*, op. cit., art. 5.

²⁸⁴ CHRISTAKIS THEODORE, *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, Thèse en sciences politiques, Université Aix-Marseille 3, CERIC / La documentation française, Paris, 1999, p. 54.

²⁸⁵ *Principes qui doivent guider les Etats Membres pour déterminer si l'obligation de communiquer des renseignements prévue à l'alinéa e de l'article 73 de la Charte, leur est applicable ou non*, Résolution 1541 (XV), 948^{ème} séance plénière, 15 décembre 1960.

²⁸⁶ *Ibid.*, Principe premier de l'annexe de la résolution 1541.

²⁸⁷ *Ibid.*, Principe II de l'annexe de la résolution 1541.

un État indépendant ou s'il est intégré à un État indépendant²⁸⁸. Pour que ces nouvelles dispositions soient respectées, l'Assemblée générale des Nations Unies crée en 1961 un Comité de décolonisation, appelé communément Comité spécial des vingt-quatre, chargé chaque année de mettre à jour la liste des territoires désormais concernés par la Déclaration.

108 . Toutefois, et dans l'optique de préserver l'intégrité territoriale des États, l'autodétermination est limitée par la théorie, plébiscitée dans un premier temps par les Nations Unies, de la « décolonisation d'outre-mer ». Cette thèse s'appuie sur la résolution 1541 imposant une obligation de renseignement pour les États membres ayant sous leur responsabilité « *un territoire géographiquement séparé et ethniquement ou culturellement distinct du pays qui l'administre*²⁸⁹ ». Cela signifie donc que seuls les peuples séparés de leur métropole par la mer peuvent prétendre à l'autodétermination et à la décolonisation.

109 . Le développement de ces normes a, dans un premier temps, focalisé l'attention des Kanaks sur la lutte pour l'indépendance. Se fondant sur l'évolution du droit international, ils n'ont pas immédiatement pris conscience que seule la population globale d'un territoire est considérée comme bénéficiaire du droit à l'autodétermination ; les diverses parties la composant et qui potentiellement, peuvent être différentes ethniquement, culturellement ou politiquement n'étant pas prises en considération²⁹⁰.

B | Le discours indépendantiste kanak : une interprétation liminaire de la décolonisation

110 . La Nouvelle-Calédonie est inscrite pour la première fois sur la liste des pays à décoloniser en 1946. Cette décision fait suite à la demande du Secrétaire général de l'Assemblée générale des Nations Unies qui souhaite que les États

²⁸⁸ *Ibid.*, Principe VI de l'annexe de la résolution 1541.

²⁸⁹ *Ibid.*, Principe IV de l'annexe de la résolution 1541.

coloniaux établissent la liste des territoires non autonomes relevant de leur juridiction. Si la France y répond favorablement et y inscrit l'archipel néocalédonien en 1946, elle argue dès 1947 de l'assimilation juridique des populations de Nouvelle-Calédonie et de l'attribution à leur endroit de droits comparables à ceux des citoyens de métropole²⁹¹. À ce titre, le gouvernement décide de manière unilatérale de ne plus fournir de renseignements sur ce territoire aux Nations Unies²⁹². Les consultations prévues lors de l'instauration de la V^{ème} République n'ont fait que renforcer les convictions de la France²⁹³. En effet, lors de la mise en place de la Communauté prévue au titre XII de la Constitution²⁹⁴, la Nouvelle-Calédonie s'est prononcée, par voie de consultation de l'Assemblée territoriale, pour le maintien dans la dépendance à la métropole²⁹⁵. La France estime donc que ces territoires ont choisi librement de demeurer français. Il est vrai qu'avant 1960, les solutions autres que l'indépendance n'éveillent pas la suspicion des Nations Unies. L'Assemblée générale considère la volonté des populations comme acquise même si elle précise que « *c'est*

²⁹⁰ ANAYA S. JAMES, *Indigenous peoples in international law*, Oxford University Press, 2nd éd., New York, 2004, *op. cit.*, p. 54.

²⁹¹ SMOUTS MARIE-CLAUDE, *La France à l'ONU : Premiers rôles & second rang*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, Paris, 1979, pp. 217-218.

²⁹² BLÉRALD ALAIN-PHILIPPE, FORTIER JEAN-CLAUDE et GOLD-DALG HELENE, « L'Outre-Mer 1986 », dans *Annuaire des collectivités locales*, t. VII, 1987, p. 155.

²⁹³ À l'exception des Départements d'Outre-mer (DOM), intégrés à la République en 1946, et des territoires inhabités, les territoires de l'Outre-mer français ont eu à se prononcer sur leur statut en 1958.

²⁹⁴ La Communauté française est officiellement créée le 4 octobre 1958 avec l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution instaurant la Vème République, remplaçant *de facto* l'Union Française. De nature fédérale, cet ensemble politique réunit la France, ses départements et territoires d'outre-mer ainsi que ses anciennes colonies. Il est présidé *ex officio* par le Président de la République française, dirigé par un Conseil exécutif rassemblant les chefs des États membres et dispose d'un Sénat composé de délégués des parlements nationaux.

La Communauté attribue une plus large autonomie aux colonies. Si certaines prérogatives demeurent réservées à la métropole telles que les politiques étrangères et économiques, la monnaie ou la défense, les États membres, s'administrant dorénavant librement et élisant leurs propres institutions internes, peuvent s'attribuer de nouvelles compétences telles que le contrôle de la justice, l'enseignement supérieur, les transports ou les télécommunications.

Dans un contexte de fin de décolonisation, la Communauté, sitôt née, devient caduque dès 1960, la plupart des États membres ayant proclamé leur indépendance.

²⁹⁵ DORMOY DANIEL, « Le droit international et les possibilités d'évolution statutaire », dans *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie, L'évolution des liens de la France avec ses collectivités périphériques*, La documentation française, coll. notes et études documentaires, n° 5053-54, Paris, 1997, p. 112.

*avant tout en accédant à l'indépendance complète que les territoires visés au chapitre XI de la Charte peuvent atteindre l'autonomie complète*²⁹⁶ ».

111 . Cette situation de déni prend fin en 1986 grâce, successivement, à la création du Comité des vingt-quatre et à l'implication, dès 1978, des leaders indépendantistes kanaks sur la scène internationale²⁹⁷. L'Assemblée générale des Nations Unies, par une décision du 2 décembre 1986, classe l'archipel comme territoire non autonome au sens de la Charte et affirme « *le droit inaliénable du peuple de Nouvelle-Calédonie à l'autodétermination et à l'indépendance conformément aux dispositions de la résolution 1514 (XV)* »²⁹⁸. À ce jour, la Nouvelle-Calédonie est toujours sur la liste des territoires non autonomes, comme le démontrent les résolutions successives de l'ONU sur la question néocalédonienne²⁹⁹. Cela est dû au fait que l'archipel ne répond à aucune des exigences permettant de garantir sa libre autonomie³⁰⁰.

112 . Si cette inscription paraît être une victoire aux yeux des indépendantistes kanaks, l'ONU évoque cependant le devenir d'un « territoire » et non d'un « peuple ». Le statut de la Nouvelle-Calédonie, colonie de peuplement des terres kanakes, pose alors le problème de la territorialisation de la décolonisation qui ne conçoit l'autodétermination que comme un droit attribué à l'ensemble de la population d'un territoire. Les mouvements indépendantistes néocalédoniens, s'appuyant sur les mécanismes onusiens visant à éradiquer le colonialisme, obtiennent par le biais des Accords de Matignon et de Nouméa, l'instauration de procédures de consultation

²⁹⁶ *Facteurs dont il convient de tenir compte pour décider si un territoire est, ou n'est pas, un territoire dont les populations ne s'administrent pas encore complètement elles-mêmes*, Résolution 742 (VIII), 459^{ème} séance plénière, 27 novembre 1953, art. 6.

²⁹⁷ Pour rappel, Yann Céléné Uregei, leader de l'Union Multiraciale, fut le premier kanak à se rendre aux Nations Unies, lors du déroulement du Comité de décolonisation pour y revendiquer l'indépendance de son peuple et de son pays.

²⁹⁸ *Application de la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*, Résolution 41/41A, 92^{ème} séance plénière, 2 décembre 1986, *op. cit.*, art. 3.

²⁹⁹ *Question de la Nouvelle-Calédonie*, Résolution 66/87, 81^{ème} séance plénière, 9 décembre 2011; *Question de la Nouvelle-Calédonie*, Résolution 68/92, A/RES/68/92, 65^{ème} séance plénière, 11 décembre 2013.

³⁰⁰ *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies*, Résolution 2625 (XXV), (A/ 8082), 1883^{ème} séance plénière, 24 octobre 1970. Cette résolution ajoute une quatrième possibilité aux trois modalités d'exercice prévues par la résolution 1541. Ainsi, ce statut serait consacré dans quatre situations précises. Un territoire acquerrait l'autonomie s'il devenait un État indépendant et souverain, s'il s'associait librement à un État indépendant ou s'il était intégré à un État indépendant, et désormais par l'acquisition de tout autre statut politique librement décidé par le peuple.

relatives à l'indépendance de l'archipel. Celles-ci ayant été repoussées une première fois en 1998, le prochain référendum prévu par l'Accord de Nouméa doit se dérouler entre 2014 et 2018.

113 . L'accession à l'indépendance, susceptible d'entraîner la décolonisation du territoire ne garantit cependant aucunement celle du peuple kanak. Comme démontré précédemment, ce dernier vit aux côtés d'autres populations, et est désormais démographiquement minoritaire sur ses propres terres. La question de l'indépendance ne résout donc pas le problème de l'autodétermination du peuple kanak. Ainsi que le rappelle James Anaya, rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, lors de sa visite en Nouvelle-Calédonie, « *il est d'une importance décisive que les Kanak et les non-Kanak comprennent que l'autodétermination a bien d'autres aspects que la simple qualité d'État ou le statut politique officiel de la Nouvelle-Calédonie*³⁰¹ ».

114 . La mobilisation kanake subit alors deux mutations majeures. Axée sur une action politique et un discours indépendantiste, elle s'oriente aujourd'hui, pour partie, vers un raisonnement juridique et la reconnaissance de droits spécifiques pour les Kanaks, en tant que peuple autochtone³⁰².

§ 2 | LA CONSTRUCTION DIALECTIQUE DE LA CATÉGORIE DES PEUPLES AUTOCHTONES

115 . La notion d' « *Autochtôn* » est née sous la plume du tragédien Eschyle près de 450 ans avant notre ère³⁰³. Composé du terme « *autos* » signifiant « *même* » et

³⁰¹ ANAYA S. JAMES, *La situation du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie*, Rapport du Rapporteur Spécial sur les droits des peuples autochtones, Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, 18^{ème} session, 14 septembre 2011, A/HRC/18/35/Add.6, partie IV.

³⁰² GUYON STEPHANIE et TRÉPIED BENOIT, « Les autochtones de la République : Amérindiens, Tahitiens et Kanak face aux legs colonial français », dans BELLIER IRENE (dir.), *Peuples autochtones dans le monde. Les enjeux de la reconnaissance*, L'Harmattan, coll. Horizons autochtones, Paris, 2013, *op. cit.*, p. 97.

³⁰³ DETIENNE MARCEL, « Des métamorphoses de l'autochtonie au temps de l'identité nationale », *Cités*, n° 37, janvier 2009, pp. 147-153.

de « *Khthône* », la « *terre* »³⁰⁴, l'autochtone est donc celui qui habite le territoire dont il est issu, qui n'y est pas venu par immigration³⁰⁵. Progressivement, le terme relativement neutre d'autochtone, usité par les Grecs, est remplacé par celui de peuples autochtones revendiqué au sein de la communauté internationale.

Lorsque les problématiques autochtones commencent à s'implanter dans le paysage international, les États tentent de les juguler en se positionnant comme initiateurs et concepteurs de ces nouvelles catégories de sujets de droit. Cette position stratégique porte un temps ses fruits, engendrant ainsi la création de documents internationaux répondant à leurs attentes. Pourtant, si elle est d'abord emprunte de paternalisme et d'évolutionnisme, l'appréhension de l'autochtonie s'est graduellement montrée plus respectueuse des attentes de ces peuples (A). En effet, l'implication progressive des autochtones, leur rassemblement et leur participation au sein d'organisations non gouvernementales modifient peu à peu les rapports de force, impliquant une prise en compte de leur avis dans l'élaboration des normes les concernant (B). Certains leaders kanaks s'appuient désormais sur cette nouvelle catégorie de droits pour faire valoir leurs revendications. Par la mise en évidence de réalités, parfois volontairement ignorées des pouvoirs publics, ils s'efforcent d'ébranler les structures constitutionnelles, politiques et juridiques actuelles³⁰⁶ (C).

A | Le processus définitoire : la reconnaissance tardive de l'identité autochtone

116 . L'ampleur du défi à surmonter dans la compréhension de l'autochtonie se constate depuis déjà près d'un demi-siècle. La persistance de l'esprit colonial et de

³⁰⁴ ACADEMIE FRANÇAISE (dir.), *Dictionnaire de l'Académie Française. T. 1: A - Enz*, Imprimerie Nationale / Fayard, 9^{ème} éd., Paris, 1992, p. 153.

³⁰⁵ SALMON JEAN, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, coll. Universités francophones, Bruxelles, 2001, p. 830.

³⁰⁶ CNCDH, *Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : La situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des amérindiens de Guyane*, J.O.R.F., n° 0061, 12 mars 2017, texte n° 33, op. cit., p. 9.

l'ornière évolutionniste³⁰⁷ s'observe dans le premier document impératif à avoir tenté de protéger les autochtones, à savoir la Convention 107 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) adoptée en 1957³⁰⁸. Cette convention illustre la dialectique opposant une reconnaissance timide de cette catégorie et une approche intégrationniste et assimilationniste encore très prégnante à cette époque. Le raisonnement évolutionniste apparaît dès la lecture du premier alinéa de l'article 1 qui dispose que cette convention s'applique :

*« aux membres des populations tribales ou semi-tribales dans les pays indépendants, dont les conditions sociales et économiques correspondent à un stade moins avancé que le stade atteint par les autres secteurs de la communauté nationale [...] »*³⁰⁹.

117 . Transparaît ici le modèle de l'État et de la culture occidentale moderne, considéré comme étant l'idéal à atteindre pour toute civilisation. C'est plus particulièrement l'alinéa 2 de ce même article qui essaie d'apporter une définition des populations concernées. Il définit ainsi ces populations tribales ou semi-tribales vivant dans les pays indépendants comme étant les descendants :

« des populations qui habitaient le pays, ou une région géographique à laquelle appartient le pays, à l'époque de la conquête ou de la colonisation et qui, quel que soit leur statut juridique, mènent une vie plus conforme aux institutions sociales, économiques et culturelles de cette époque qu'aux institutions propres à la nation à laquelle elles appartiennent ».

Cette définition fige ces communautés dans un passé précolonial. Fruit d'une politique orientée, le terme « population » est également utilisé au détriment de celui de « peuple ». Cette terminologie est « conforme à la volonté de contrôle des citoyens

³⁰⁷ BELLIER IRENE, « Usages et déclinaisons internationales de "l'autochtonie" dans le contexte des Nations-Unies », dans GAGNÉ NATACHA, MARTIN THIBAUT et SALAÜN MARIE (dir.), *Autochtonies. Vues de France et de Québec*, Presses de l'Université Laval, coll. Mondes Autochtones, Québec, 2009, op. cit., p. 77.

³⁰⁸ CONVENTION (N° 107) RELATIVE AUX POPULATIONS ABORIGENES ET TRIBALES , *Convention concernant la protection et l'intégration des populations autochtones et autres populations tribales et semi-tribales dans les pays indépendants*, adoptée à Genève, 40ème session CIT, 26 juin 1957, entrée en vigueur le 2 juin 1959.

et aux techniques de recensement des individus qui fondent [le] régime de souveraineté [des États modernes]³¹⁰ ».

118 . Ce document de l'OIT, s'il a le mérite d'être précurseur en la matière, ne parvient donc pas à s'émanciper des théories dominantes de l'époque. Ainsi que l'affirme Jan Hendrik Willem Verzijl, historien du droit international, en 1968 :

« il existe une vérité qui ne peut être niée ou dont on ne peut même douter, celle que le corps actuel du droit international, tel qu'il se présente aujourd'hui, est non seulement le fruit de l'activité consciente de l'esprit européen, mais tire aussi son essence vitale d'une source commune de croyances, et sous ces deux aspects il est principalement originaire de l'Europe occidentale [traduction]³¹¹ ».

Ce constat peut être associé à un autre paramètre, fort justement décrit par Michel Mialle qui met en exergue la résistance dont font preuve les institutions et les juristes lorsque des règles nouvelles s'approprient à édifier une réalité différente de celle qu'ils percevaient. Son exemple s'appuie sur les développements récents relatifs à l'égalité entre hommes et femmes. Il explique que ce principe est depuis longtemps jugé évident *« mais dans les limites imposées par la "Nature" : d'où les diverses inégalités qui n'étaient absolument pas perçues comme choquantes, car elles faisaient partie de "l'ordre des choses"³¹² »*. Une correspondance peut être faite avec la situation des peuples autochtones qui, d'emblée, sont considérés comme des populations « arriérées » ne pouvant prétendre à une égalité de droits que par leur assimilation à la culture occidentale.

119 . C'est la volonté onusienne d'assurer la protection des droits fondamentaux de la personne qui a peu à peu fait évoluer la question autochtone en

³⁰⁹ *Ibid.*, art. 1. al. 1. a.

³¹⁰ BELLIER IRENE, « Usages et déclinaisons internationales de "l'autochtonie" dans le contexte des Nations-Unies », *op. cit.*, p. 84.

³¹¹ VERZIJL JAN HENDRIK WILLEM, *International Law in Historical Perspective*, AW Sijthoff, vol. I, Leiden, 1968, pp. 435-436.

³¹² MIAILLE MICHEL, « Les frontières du droit », *Scientia Juris*, n° 1, 2011, p. 3.

faisant entrer en ligne de compte la sauvegarde des groupes minoritaires. En 1966, l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*³¹³ est venu affirmer les droits particuliers des personnes appartenant à des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques. La reconnaissance et la protection identitaire des groupes ethnoculturels non dominants voient ainsi le jour. La *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* viendra renforcer cette première étape en introduisant le concept d'égalité différentielle³¹⁴ et de droits collectifs³¹⁵ nécessaires à la protection de ces minorités. Ces divers travaux sont un terreau propice à l'engagement de l'ONU envers une partie de ces minorités que sont les peuples autochtones³¹⁶ et contribuent aux prémices d'une compréhension plus objective et égalitaire de ces derniers.

120 . Dès 1972, la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités recommande la mise en œuvre d'une étude sur le problème de la discrimination à l'encontre des peuples autochtones. Le Rapporteur spécial des Nations Unies chargé de ce rapport, José R. Martinez Cobo, s'est particulièrement intéressé à la notion même de peuple autochtone, ce qui lui a permis d'établir une liste de critères définitoires³¹⁷ :

« Par communautés, populations et nations autochtones, il faut entendre celles qui, liées par une continuité historique avec les sociétés antérieures à l'invasion et avec les sociétés précoloniales qui se sont développées sur

³¹³ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, entrée en vigueur le 23 mars 1976, *op. cit.*, art. 27 : « Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue ».

³¹⁴ *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, Résolution 2106 A (XX), adoptée le 21 décembre 1965, entrée en vigueur le 4 janvier 1969, *op. cit.*, art. 1, al. 4 : « Les mesures spéciales prises à seule fin d'assurer comme il convient le progrès de certains groupes raciaux ou ethniques ou d'individus ayant besoin de la protection qui peut être nécessaire pour leur garantir la jouissance et l'exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans des conditions d'égalité ne sont pas considérées comme des mesures de discrimination raciale [...] ».

³¹⁵ *Ibid.*, art. 5, d, v] : « Droit de toute personne aussi bien seule qu'en association, à la propriété ».

³¹⁶ OTIS GHISLAIN et MELKEVIK BJARNE, *Peuples autochtones et normes internationales : Analyse et textes relatifs au régime de protection identitaire des peuples autochtones*, Les éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1996, *op. cit.*, p. 9.

³¹⁷ GESLIN ALBANE, « La protection internationale des peuples autochtones : de la reconnaissance d'une identité transnationale autochtone et l'interculturalité normative », *Annuaire français de droit international*, 2010, *op. cit.*, p. 663.

leurs territoires, se jugent distinctes des autres éléments des sociétés qui dominant à présent sur leurs territoires ou parties de ces territoires. Ce sont à présent des éléments non dominants de la société et elles sont déterminées à conserver, développer et transmettre aux générations futures les territoires de leurs ancêtres et leur identité ethnique qui constituent la base de la continuité de leur existence en tant que peuple, conformément à leurs propres modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes juridiques³¹⁸ ».

Hormis ces critères objectifs ayant pour but d'appréhender cette nouvelle catégorie, José R. Martinez Cobo rappelle que c'est avant tout le sentiment d'appartenance de l'individu au groupe et la reconnaissance par le groupe de l'individu qui induit ou non son *autochtonicité*³¹⁹.

121 . L'OIT va très généreusement s'inspirer de ce rapport. Face « *aux mouvements identitaires, à la mobilisation internationale des groupes défendant les intérêts des autochtones et [aux] échos critiques provenant des travaux onusiens³²⁰* », elle prend conscience de la désuétude de son appareil conventionnel. Ce processus de révision mène en 1989 à l'adoption de la *Convention (n°169) relative aux peuples indigènes et tribaux*³²¹. La convention délaisse toute tentative de définition précise des peuples indigènes et tribaux au profit d'une approche pratique consistant à fournir des critères pour dépeindre les peuples qu'elle vise à protéger³²², les :

« [...] peuples dans les pays indépendants qui sont considérés comme indigènes du fait qu'ils descendent des populations qui habitaient le pays, ou

³¹⁸ MARTINEZ COBO JOSE R., *Etude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, E/CN.4/Sub.2/1986/7, op. cit./Add.I, para. 379 à 382.

³¹⁹ Ibid., para. 381 : « *Du point de vue de l'individu, l'autochtone est la personne qui appartient à une population autochtone par auto-identification (conscience du groupe) et qui est reconnue et acceptée par cette population en tant que l'un de ses membres (acceptation par le groupe)* ».

³²⁰ OTIS GHISLAIN et MELKEVIK BJARNE, *Peuples autochtones et normes internationales : Analyse et textes relatifs au régime de protection identitaire des peuples autochtones*, op. cit., p. 8.

³²¹ CONVENTION (N° 169) RELATIVE AUX PEUPLES INDIGENES ET TRIBAUX, *Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, OIT, Genève, 76^{ème} session, adoptée le 27 juin 1989, entrée en vigueur le 5 septembre 1991, op. cit.

³²² PÉSSINA-DASSONVILLE STEPHANE, « Editorial – Le statut des peuples autochtones : à la croisée des savoirs », dans PÉSSINA-DASSONVILLE STEPHANE (dir.), *Le statut des peuples autochtones : à la croisée des savoirs*, Karthala – Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris – UMR de droit comparé, coll. Cahiers d'anthropologie du droit, Paris, 2012, p. 16.

*une région géographique à laquelle appartient le pays, à l'époque de la conquête ou de la colonisation ou de l'établissement des frontières actuelles de l'État, et qui, quel que soit leur statut juridique, conservent leurs institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres ou certaines d'entre elles*³²³ ».

Dans ce nouveau document, l'usage du terme « *population* » est délaissé au profit de la notion de « *peuple*³²⁴ » et plus aucune hiérarchie ne transparait entre le développement social, culturel et économique des différents secteurs de la communauté nationale³²⁵. De même, le topique consistant à réifier les institutions de ces peuples semble, tout du moins dans la terminologie, avoir été abandonné puisque s'ils doivent pouvoir conserver leurs « *institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres ou certaines d'entre elles*³²⁶ », il n'est plus précisé que ces dernières doivent être originaires de « *l'époque de la conquête ou de la colonisation*³²⁷ ». Cela montre que les catégories restent des structures dynamiques susceptibles de se recomposer et de se réactualiser en fonction des intérêts des groupes en présence³²⁸. Ce changement se comprend au regard de l'élargissement de la communauté internationale car, en 1957, la première convention a été adoptée en dehors de toute participation autochtone³²⁹.

³²³ CONVENTION (N° 169) RELATIVE AUX PEUPLES INDIGENES ET TRIBAUX, *Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, op. cit., art. 1, al. 1, b.

³²⁴ Si le vocable de « peuple » dispose d'une portée collective beaucoup plus proche de la réalité, il n'en reste pas moins que cette convention en réduit d'emblée la portée en rappelant que l'« *emploi du terme peuples dans la présente convention ne peut en aucune manière être interprété comme ayant des implications de quelque nature que ce soit quant aux droits qui peuvent s'attacher à ce terme en vertu du droit international* ».

³²⁵ CONVENTION (N° 169) RELATIVE AUX PEUPLES INDIGENES ET TRIBAUX, *Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, op. cit., art. 1, al. 1 : « *aux peuples tribaux dans les pays indépendants qui se distinguent des autres secteurs de la communauté nationale par leurs conditions sociales, culturelles et économiques [...]* ».

³²⁶ *Ibid.*, art. 1, al. 1, b.

³²⁷ CONVENTION (N° 107) RELATIVE AUX POPULATIONS ABORIGENES ET TRIBALES, *Convention concernant la protection et l'intégration des populations aborigènes et autres populations tribales et semi-tribales dans les pays indépendants*, op. cit., art. 1, al. 1, b.

³²⁸ MIAILLE MICHEL, « La critique du droit », *Droit et Société*, n° 20-21, 1992, p. 78.

³²⁹ BELLIER IRENE, « Usages et déclinaisons internationales de "l'autochtonie" dans le contexte des Nations-Unies », op. cit., p. 80.

Dernier élément notable, la Convention intègre le critère subjectif de l'autodéfinition par le groupe³³⁰, émancipant ainsi les peuples autochtones d'un risque de cloisonnement institutionnel. Par ce biais, les autochtones accèdent à la maîtrise de leur identité.

122 . Au sein de l'ONU, Erica Irène A. Daes a également mis en place une réflexion d'importance sur le concept de peuples autochtones. Son rapport³³¹, en date de 1996, permet d'effectuer une synthèse pertinente des différents éléments permettant de caractériser les peuples autochtones et s'appuie sur les propositions émises tant par les organisations gouvernementales que par celles des peuples autochtones. Quatre facteurs peuvent ainsi permettre de comprendre le concept d'autochtone.

Le premier critère est celui de l'*antériorité* s'agissant de l'occupation et de l'utilisation d'un territoire spécifique. Les peuples autochtones constituent à ce titre les premières nations à avoir habité le territoire. Julian Burger est, à cet égard, le premier à populariser le terme de « *peuples premiers*³³² » pour désigner les peuples autochtones. Toutefois, si ce critère contribue à une meilleure compréhension de ce que pourrait être un peuple autochtone, il ne saurait être obligatoire, les lacunes historiques concernant certains territoires, notamment africains, mettant en échec une définition par trop restrictive³³³. Le deuxième élément de reconnaissance est le maintien volontaire d'un *particularisme culturel*, qu'il s'agisse de la langue, d'un type d'organisation sociale ou encore de la présence de lois ou d'institutions spécifiques. Ce critère est parfois identifié comme étant le « *facteur ethnique*³³⁴ » et s'attache à faire ressortir la spécificité des différents critères socioculturels. Il s'agit en définitive de l'ensemble des caractéristiques communes à une collectivité particulière, attestant d'une véritable identité. Le troisième aspect est lié à la

³³⁰ CONVENTION (N° 169) RELATIVE AUX PEUPLES INDIGÈNES ET TRIBAUX, *Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, op. cit., art 1, al 2 : « Le sentiment d'appartenance indigène ou tribale doit être considéré comme un critère fondamental pour déterminer les groupes auxquels s'appliquent les dispositions de la présente convention ».

³³¹ DAES ÉRICA-IRENE, *Document de travail sur la notion de « peuples autochtones »*, Groupe de travail sur les populations autochtones, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2.

³³² BURGER JULIAN, *Premières nations: un avenir pour les peuples autochtones*, Anako Éditions, coll. Grands Témoins « IMAGE », Fontenay-Sous-Bois, 2000, 188 p.

³³³ La méconnaissance de l'histoire de certains pays africains ou la présence simultanée de plusieurs peuples sur un vaste territoire ne permet pas de mettre en œuvre le critère d'antériorité.

³³⁴ BRAEM FRANÇOIS, *Les peuples indigènes en quête de partenaires*, APFT Working Paper n° 5, Commission Européenne/DGVIII, 1999, p. 8.

discrimination ou à la marginalisation dont ces peuples ont été ou sont encore victimes. Ce critère a été traité plus précisément au sein de l'approche structuraliste qui examine le positionnement de ces peuples au sein de la structure sociale du pays dans lequel ils évoluent. Il découle de cette analyse que les autochtones sont généralement victimes d'un rapport de domination et placés dans une position subalterne³³⁵. À cet égard, il importe de souligner que le critère de la colonisation employé par José Martinez Cobo est délaissé, ce qui induit une extension du concept d'autochtone qui ne se limite plus aux seuls peuples colonisés. Enfin, le dernier facteur est le *sentiment d'appartenance à un groupe*, jugé primordial par les représentants autochtones, ainsi que son éventuelle reconnaissance par d'autres groupes ou, idéalement, par les autorités nationales. Ce dernier critère démontre clairement que l'identification des autochtones « *ne relève pas de la compétence régaliennne des États mais bien des autochtones eux-mêmes* »³³⁶.

Tout en établissant cette liste, le groupe de travail onusien a tenu à préciser que cette dernière ne pouvait prétendre à l'exhaustivité et que ces facteurs n'étaient pas tenus d'être cumulatifs. Cette précision confirme les dires de la rapporteure qui estimait qu'une définition universelle n'était pas souhaitable. Cette position est corroborée par l'adoption le 13 septembre 2007 de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*³³⁷ (DDPA) puisque, si l'usage du terme « peuple autochtone » est clairement admis, aucune définition n'en a pour autant été établie. L'omission involontaire est bien évidemment à écarter et une partie de l'explication se retrouve dans les propos précédents. Néanmoins, si l'idée d'une définition exhaustive semble avoir été abandonnée, c'est également parce que les forces en présence, États et peuples autochtones, y décelaient chacun leurs propres intérêts selon leurs propres stratégies.

123 . Comme les peuples autochtones, les minorités ne reçoivent également aucune définition juridique. Pour les États modernes, cette neutralisation d'une

³³⁵ VEBER HANNE et WAEHLE ESPEN, *Never drink from the same cup* : *Proceedings of the conference on Indigenous Peoples in Africa*, Tune, Danemark, Copenhague, CDR/IWGIA Document n° 74, 1993, p. 11.

³³⁶ CNCDH, *Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : La situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des amérindiens de Guyane*, op. cit., pp. 6-7.

³³⁷ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Résolution 61/295 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, A/RES/61/295, 107^{ème} séance plénière, 13 septembre 2007, op. cit.

éventuelle définition pratique de la notion d'autochtone « *permet que soient délibérément organisés par les États [...], les confusion entre ces notions*³³⁸ ». En présence de ce flou sémantique, un amalgame est orchestré pour regrouper sous la bannière de « minorité nationale » l'ensemble « *des collectivités considérées comme non étatique*³³⁹ ». L'inclusion du concept de peuple autochtone dans le modèle des minorités permet à l'État de se protéger contre toute velléité indépendantiste susceptible de remettre en cause sa souveraineté et l'intégrité de son territoire car les minorités ne peuvent prétendre au droit collectif à l'autodétermination.

124 . Asbjørn Eide, expert pour les Nations Unies, a travaillé sur la distinction entre les droits des personnes appartenant à des minorités et ceux des peuples autochtones. À cet effet, il a distingué quatre catégories de droits³⁴⁰.

En premier lieu sont distingués les droits fondamentaux universels. Ces derniers s'appliquent à tous les individus sans exception, et sont uniquement des droits individuels. Ils constituent la base des droits de l'Homme et s'appuient essentiellement sur deux principes fondamentaux de la DUDH³⁴¹, la liberté et l'égalité. Le droit à l'intégrité de la personne, la liberté d'action ou le droit à un procès équitable sont ici des exemples non exhaustifs de cette première série de droits.

Le second groupe recense également des droits individuels. Ce sont, selon Asbjørn Eide, des « *droits complémentaires*³⁴² » à la première catégorie, mais propres à des personnes appartenant à des minorités. Ces droits se retrouvent notamment dans l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* ou encore dans la *Déclaration sur les minorités* adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies

³³⁸ KOUBI GENEVIEVE et SCHULTE-TENCKHOFF ISABELLE, « "Peuple autochtone" et "minorité" dans les discours juridiques : imbrications et dissociations », *RIEJ*, n° 45, 2000, p. 2.

³³⁹ *Ibid.*, p. 3.

³⁴⁰ EIDE ASBJØRN, *Document de travail sur le lien et la distinction entre les droits des personnes appartenant à des minorités et ceux des peuples autochtones*, Prévention de la discrimination à l'égard des minorités et protection des minorités, Conseil économique et social, E/CN.4/Sub.2/2000/10, 19 juillet 2000.

³⁴¹ *Déclaration universelle des Droits de l'Homme*, Résolution 217 A (III) adoptée le 10 décembre 1948, art. 1 : « *Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits* ». Art. 2 : « *Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* ».

³⁴² EIDE ASBJØRN, *Document de travail sur le lien et la distinction entre les droits des personnes appartenant à des minorités et ceux des peuples autochtones*, *op. cit.*, para. 2.

en 1992³⁴³. Celle-ci énonce, par exemple, que ces individus « *ont le droit de prendre une part effective, au niveau national et, le cas échéant, au niveau régional, aux décisions qui concernent la minorité à laquelle elles appartiennent*³⁴⁴ ».

Les deux dernières subdivisions abordent la question primordiale des droits collectifs. La première concerne les droits des peuples énoncés aux articles premiers des deux pactes internationaux de 1966. Ceux-ci disposent que « *tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel [...]* ».

Enfin, la dernière catégorie regroupe les droits spéciaux des peuples autochtones, tels qu'énoncés dans la Convention de l'OIT de 1989, et plus récemment dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones adoptée en 2007. Ces droits sont naturellement des droits collectifs puisqu'ils s'adressent à des groupes particuliers.

125 . Cette classification distingue les droits reconnus aux deux entités. Si l'ensemble des quatre catégories de droits peut être appliqué aux peuples autochtones, les minorités ne sauraient, en revanche, prétendre qu'à l'application des droits des personnes. L'enseignement qui se dégage de cette analyse semble démontrer que les droits des minorités sont « *des droits habilitant les individus à préserver et développer leur identité collective distincte dans le cadre du processus d'intégration*³⁴⁵ », tandis que les droits des autochtones « *tendent à consolider et à renforcer la séparation entre ces peuples et d'autres groupes de la société*³⁴⁶ ».

126 . Il reste toutefois difficile d'établir une « *frontière conceptuelle précise*³⁴⁷ » entre ces deux catégories de groupes. L'indétermination suscitée par l'absence de définition est également le moyen pour certains États de nier l'existence

³⁴³ Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, Résolution 47/135, 18 décembre 1992.

³⁴⁴ Ibid., art. 2.3.

³⁴⁵ EIDE ASBJØRN, *Document de travail sur le lien et la distinction entre les droits des personnes appartenant à des minorités et ceux des peuples autochtones*, op. cit., para. 23.

³⁴⁶ Ibidem.

³⁴⁷ DAES ÉRICA-IRENE, *Document de travail sur le lien et la distinction entre les droits des personnes appartenant à des minorités et ceux des peuples autochtones*, Prévention de la discrimination à l'égard des minorités et protection des minorités, Conseil économique et social, E/CN.4/Sub.2/2000/10, 19 juillet 2000., para. 48.

de tels peuples sur leurs territoires. Une définition par trop précise, même si elle n'est pas contenue dans un document contraignant, pourrait mettre en cause la bonne foi de l'État et l'exposer à une publicité désavantageuse³⁴⁸.

À l'inverse, l'absence de définition stricte se comprend également comme un refus des peuples autochtones de se voir à nouveau imposer des normes juridiques décidées par d'autres qu'eux. Le Conseil mondial des peuples indigènes déclare à cet égard que « *le droit de définir qui est une personne autochtone est réservé aux peuples autochtones eux-mêmes. En aucune circonstance nous ne laisserons une définition artificielle [...] nous dire qui nous sommes*³⁴⁹ ». Ils expriment ici leur volonté de se réapproprier une existence qui fut longtemps assujettie à des systèmes culturels, éducatifs, juridiques, économiques et politiques imposés de l'extérieur³⁵⁰. L'Organisation des États Américains (OEA) a intégré cette volonté des peuples autochtones lors de l'adoption de la Déclaration américaine des droits des peuples autochtones³⁵¹ le 15 juin 2016. Dès l'article premier alinéa 2, il est indiqué que :

« l'auto-identification comme peuples autochtones constitue un critère fondamental pour déterminer les personnes auxquelles s'applique la présente Déclaration. Les États respectent le droit à cette auto-identification de manière individuelle ou collective, conformément aux pratiques et aux institutions propres à chaque peuple autochtone ».

127 . Au fil du temps, les peuples autochtones se sont en effet imposés sur la scène internationale, ébranlant les rapports de force qui leur étaient initialement défavorables et imposant leur participation dans la construction de leur avenir institutionnel.

³⁴⁸ MARLIN BORIS, « L'engagement des États à travers la résolution 61/295 portant Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones », *Revue québécoise de droit international*, vol. 21, janvier 2008, p. 227.

³⁴⁹ WORLD COUNCIL OF INDIGENOUS PEOPLES, cité par : MARTINEZ COBO JOSE M., Volume II, para. 9, p. 5.

³⁵⁰ GESLIN ALBANE, « La protection internationale des peuples autochtones : de la reconnaissance d'une identité transnationale autochtone et l'interculturalité normative », *Annuaire français de droit international*, 2010, *op. cit.*, p. 7.

³⁵¹ *Déclaration américaine des droits des peuples autochtones*, OEA, AG/doc.5537/16, 46^{ème} session ordinaire, 13-15 juin 2016, Saint Domingue, pt. 25 de l'ordre du jour, adoptée le 15 juin 2016.

B | L'apparition des « Nous, Peuples Autochtones » dans la sphère onusienne

128 . L'apparition des acteurs autochtones sur la scène internationale (1) a permis que se construise une identité autochtone transnationale qui eut un impact non négligeable sur leur reconnaissance ainsi que sur les normes susceptibles de leur être appliquées (2).

1 | LES PRÉMICES DE L'ACTIVISME AUTOCHTONE SUR LA SCÈNE INTERNATIONALE

129 . Au début des années 1970³⁵², les représentants des « populations autochtones » arrivent à s'introduire dans des instances dont l'accès leur était auparavant refusé en raison de leur marginalisation sociale, économique et politique³⁵³. Cette évolution voit le jour grâce à l'action conjuguée des organisations de droits de l'Homme et de certains anthropologues qui, rompant avec le principe de non-intervention, apportent leur soutien à la création d'organisations non gouvernementales de défense des peuples autochtones³⁵⁴. Ces dernières collaborent à l'organisation des premières conférences sur le sujet, cruciales, puisqu'elles permettent de porter la voix des autochtones au niveau international³⁵⁵. Ainsi en est-il en 1977, 1978 et 1981, où les trois premières conférences portent successivement sur « *La discrimination contre les populations autochtones des Amériques* », « *Le racisme et la discrimination raciale* » et « *Les peuples autochtones et leur rapport à la terre* ». Selon Françoise Morin :

³⁵² MORIN FRANÇOISE, « Vers une déclaration universelle des droits des peuples autochtones », dans GIORDAN HENRI (dir.), *Les minorités en Europe. Droits linguistiques et droits de l'Homme*, Édition Kimé, Paris, 1992, pp. 493-510.

³⁵³ LEGROS DOMINIQUE et BELLIER IRENE, « Mondialisation et redéploiement des pratiques politiques amérindiennes : esquisses théoriques », *Recherches Amérindiennes au Québec*, vol. XXXI, n° 3, 2001, pp. 3-11.

³⁵⁴ MORIN FRANÇOISE, « De l'ethnie à l'autochtonie. Stratégies politiques amérindiennes », *Caravelle*, vol. 63, n° 1, 1994, pp. 161-174.

³⁵⁵ BELLIER IRENE, « Identité globalisée et droits collectifs : les enjeux des peuples autochtones dans la constellation onusienne », *Autrepart*, n° 38, 2006, *op. cit.*, p. 99.

« ces trois conférences onusiennes, rassemblant des autochtones de plusieurs parties du monde, contribuèrent à faire émerger une identité transnationale autochtone qui se développa et s'étendit peu à peu aux autres régions du monde indigène, au cours des vingt-cinq années qui suivirent³⁵⁶ ».

130 . Le développement des réseaux transnationaux, relayés par l'activisme des centres de recherche, permet que s'étende le mouvement de participation autochtone³⁵⁷ et, de ce fait, modifie peu à peu le traitement institutionnel de la question autochtone³⁵⁸. Dès 1993, l'agenda de la Communauté internationale s'enrichit de nouvelles préoccupations démontrant la nouvelle légitimité acquise par les représentants autochtones. Outre la consécration d'une Journée internationale des populations autochtones³⁵⁹, une première décennie internationale sur le thème *Populations autochtones : un partenariat dans l'action* est déclarée en 1995, suivie en 2005 d'une seconde décennie portant sur le *Partenariat dans l'action et la dignité* traduisant nettement une adaptation des structures à la nécessité d'un processus de négociation. En 2011 et pour la première fois, une initiative inter-agences onusiennes en faveur de la promotion et de la protection des droits des peuples autochtones, l'UNIPP³⁶⁰, est mise en place. Ce partenariat a pour objectif d'entraîner une coopération financière et technique de toutes les agences, ce afin de tout mettre en œuvre pour promouvoir la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*. En septembre 2014 a également eu lieu la première Conférence mondiale sur les peuples autochtones à l'occasion de laquelle une résolution a été votée engageant les États à mettre en œuvre des plans d'action et stratégies afin

³⁵⁶ MORIN FRANÇOISE, « Les Nations Unies à l'épreuve des peuples autochtones », dans GROS CHRISTIAN, STRIGLER MARIE-CLAUDE (dir.), *Être indien dans les Amériques*, Éditions de l'Institut des Amériques et de l'IHEAL, Paris, 2006, p. 45.

³⁵⁷ Irène Bellier note à ce titre qu'en 1982 on dénombrait la participation d'une cinquantaine de représentants autochtones aux travaux de l'ONU contre plus de mille au milieu des années 2000. Cf. en ce sens : BELLIER IRENE, « Identité globalisée et droits collectifs : les enjeux des peuples autochtones dans la constellation onusienne », *op. cit.*, p. 108.

³⁵⁸ La dernière en date déclare 2019 année internationale des langues autochtones. Cf. en ce sens : *Droits des peuples autochtones*, Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 19 décembre 2016, 71^{ème} session, 65^{ème} séance plénière, pt. 65. a de l'ordre du jour, A/RES/71/178.

³⁵⁹ Décidée en 1994, la Journée internationale des populations autochtones a lieu le 9 août.

³⁶⁰ United Nations - Indigenous Peoples' Partnership. Cet acronyme traduit en français signifie Partenariat Nations Unies – Peuples autochtones.

d'atteindre les objectifs de la Déclaration³⁶¹. Après plusieurs mois de consultation, le Plan d'action de l'ONU sur les droits des peuples autochtones 2016-2030³⁶² a été lancé et invite toutes les parties concernées à entreprendre des efforts concertés pour assurer le respect des droits des peuples autochtones.

131 . En outre, sans nier que les représentants autochtones sont toujours absents des organes de décisions tels que l'Assemblée générale ou le Conseil économique et social, leur participation effective dans d'autres institutions est cependant révélatrice de leur implication. Représentés dans les organes tels que le Groupe de Travail sur les Populations autochtones (GTPA), le Groupe de Travail sur le Projet de Déclaration (GTPD), le Mécanisme d'Experts sur les Droits des Peuples Autochtones (MEDPA), ou encore l'Instance permanente de l'ONU sur les questions autochtones³⁶³, ils permettent que soient élaborées des études minutieuses contribuant ainsi à « *construire la réalité autochtone, à définir leurs problèmes, à éclairer la communauté des acteurs*³⁶⁴ ». Plus encore, agissant désormais en qualité d'experts :

« ils parlementent avec la Banque Mondiale ; à Paris, Genève et Rome, ils interviennent auprès de l'UNESCO, de l'OIT, de la Food and Agricultural Organization (FAO), du Fonds international de développement agricole (FIDA) ; à Rio, Durban, Tunis et Copenhague, ils participent aux conférences sur la biodiversité, le racisme, le changement climatique et la société de l'information³⁶⁵ ».

132 . Dès lors, la plateforme onusienne devient le siège de l'activisme autochtone. La possibilité offerte aux représentants autochtones de s'exprimer sur des sujets les concernant directement est la manifestation d'une prise en compte de ces

³⁶¹ Document final de la réunion plénière de haut niveau de l'Assemblée générale, dite Conférence mondiale sur les peuples autochtones, Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 22 septembre 2014, 69^{ème} session, 4^{ème} séance plénière, pt. 65 de l'ordre du jour, A/RES/69/2., art. 8.

³⁶² Plan d'action à l'échelle du système des Nations Unies visant à garantir l'unité de l'action menée pour réaliser les objectifs définis dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Conseil économique et social, Instance permanente sur les questions autochtones, 15^{ème} session, pt. 3 de l'ordre du jour, 9-20 mai 2016, New-York, E/C.19/2016/5.

³⁶³ Souvent désignée sous l'acronyme anglais UNPFII (United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues).

³⁶⁴ BELLIER IRENE, « Identité globalisée et droits collectifs : les enjeux des peuples autochtones dans la constellation onusienne », *op. cit.*, p. 107.

derniers en tant que sujets de droit et préfigure l'émergence d'un nouvel état d'esprit au niveau international. La prise en compte de ces derniers en tant qu'acteurs entraîne un changement de perspective qui va leur permettre, au-delà de la simple représentativité, de participer aux négociations et à la production de politiques susceptibles d'avoir un impact sur leurs sociétés.

2 | L'IMPLICATION DES SUJETS AUTOCHTONES DANS LA CONSTRUCTION DE LEUR CATÉGORIE JURIDIQUE

133 . C'est véritablement la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* qui « scelle le principe de la reconnaissance des peuples autochtones en droit international et ouvre la voie à la redéfinition de leur place dans la communauté internationale³⁶⁵ ». Ainsi que le résume Nigel Crawhall, « c'était la première fois que les Nations Unies autorisaient la société civile (acteurs non étatiques) directement affectée par la décision politique à venir à la table négocier l'instrument lui-même³⁶⁷ ». Cette position privilégiée leur permet d'attester de leur capacité juridique et d'imposer leurs études et expertises dans le champ institutionnel international. Elle remet en cause la suprématie étatique et impose l'obligation d'entendre le point de vue des autochtones, à tout le moins au stade de la négociation. Cette participation influe même partiellement sur le contenu des normes, car une opposition radicale des autochtones à un projet délégitimerait l'instauration d'un instrument pourtant fait pour eux.

134 . Le cheminement terminologique ayant mené à la notion de « peuple autochtone » dans la DDPA au détriment de celle de « population » en est un exemple probant et a été sans conteste le véritable enjeu de la Déclaration. Longtemps considérés comme objet de droit, les autochtones se construisent désormais comme

³⁶⁵ BELLIER IRENE, « Les peuples autochtones aux Nations unies : un nouvel acteur dans la fabrique des normes internationales », *Critique internationale*, n° 54, 24 février 2012 p. 61.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 62.

³⁶⁷ CRAWHALL NIGEL, « Africa and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », *The International journal of Human Rights*, vol. 15, n° 1, 2011, p. 16.

« sujet collectif » et asseyent leur présence en tant que « *Nous, peuples autochtones*³⁶⁸ », par le biais d'une identité transnationale qui les légitime et leur assure enfin une réelle considération. Ayant participé à la négociation portant sur la Déclaration, ils permettent que leur soit reconnue la dénomination de « peuple » et qu'aucune liste restrictive de groupes correspondant à cette appellation n'accompagne la Déclaration, l'auto-reconnaissance étant ainsi préservée. En outre, si un consensus s'est formé autour des critères avancés par José Martinez Cobo dans l'objectif principal de permettre une cohésion catégorielle, d'autres propositions sont désormais élaborées par certaines ONG travaillant de concert avec les autochtones. Le Groupe International de Travail pour les Peuples Autochtones (GITPA) identifie ces derniers comme :

*« marginalisés politiquement, économiquement et culturellement par les événements historiques qu'ils ont subis [conquêtes, guerres, spoliations de leurs territoires et de leurs ressources, atteintes à leur vision du monde par des conversions forcées], ces peuples ne sont pas partie prenante de ces États, dont les lois et les institutions leurs demeurent étrangères, dont ils ne comprennent souvent ni la langue ni les mœurs, dont ils ne partagent pas les croyances et les systèmes de valeurs*³⁶⁹ ».

Ce constat, favorable s'il en est, doit toutefois être nuancé car si les rapports de force ont été modifiés, ils n'ont pas été inversés. L'État reste seul dépositaire de la souveraineté et, à ce titre, conserve son pouvoir de décision, notamment celui d'adopter et de respecter la Déclaration de 2007. Pour autant, le mécanisme de reconnaissance qui a été déclenché a induit une mutuelle dépendance entre la communauté internationale et les autochtones. La légitimation des programmes internationaux est assurée par les experts autochtones tandis que les institutions internationales permettent aux autochtones de peser sur les conditions politiques locales, de se positionner comme interlocuteurs des politiques nationales.

³⁶⁸ BELLIER IRENE, « Les peuples autochtones aux Nations unies : un nouvel acteur dans la fabrique des normes internationales », *op. cit.*, p. 71.

³⁶⁹ GITPA, « Qui sont les peuples autochtones? », En ligne : <<http://www.gitpa.org/Autochtone%20Frame%20.htm>>.

135 . Cet investissement des autochtones remet en cause le concept même d'État-nation qui identifie l'État, en tant qu'organisation politique, à une nation nécessairement homogène. Si la France se refuse encore à admettre, en théorie, la présence de « peuples autochtones » sur son territoire, les Kanaks, s'appuyant sur le critère d'auto-identification, se présentent aujourd'hui en tant que « *peuple kanak* [,] *peuple autochtone de Nouvelle-Calédonie*³⁷⁰ ».

C | La reprise de la catégorisation de peuple autochtone par le peuple kanak

136 . Depuis l'Accord de Nouméa et la reconnaissance de l'identité kanake, le registre international des droits des peuples autochtones a été importé en Nouvelle-Calédonie par certains responsables coutumiers³⁷¹. Ces derniers, se détachant des leaders politiques kanaks indépendantistes, entreprennent de faire valoir leurs revendications par d'autres moyens³⁷². Reprenant à leurs escients, dans un premier temps, les dispositions onusiennes³⁷³ telles que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes³⁷⁴, puis s'appuyant ensuite sur le rayonnement croissant du droit international des peuples autochtones, les Kanaks revendiquent, à l'intérieur du cadre étatique, la reconnaissance de droits collectifs spécifiques³⁷⁵. L'appropriation progressive de ce statut de peuple autochtone par le peuple kanak transparaît dans

³⁷⁰ ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK, *Charte du Peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak*, adoptée par les chefferies coutumières de Nouvelle-Calédonie le 26 avril 2014, Mémoire.

³⁷¹ DEMMER CHRISTINE, « Autochtonie, nickel, environnement : une nouvelle stratégie kanak », *Vacarme*, n° 39, 2007, pp. 43-48.

³⁷² La diffusion de la cause des droits des peuples autochtones a notamment été permise par la création du Conseil National pour les Droits des Peuples Autochtones (CNDPA) de Nouvelle-Calédonie le 25 avril 1995 par les Grands Chefs et les chefs coutumiers appuyés par les mouvements associatifs, politiques et syndicaux.

³⁷³ OTIS GHISLAIN et MELKEVIK BJARNE, *Peuples autochtones et normes internationales : Analyse et textes relatifs au régime de protection identitaire des peuples autochtones*, Les éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1996, *op. cit.*, p. 9.

³⁷⁴ *Charte des Nations Unies*, signée à San Francisco le 26 juin 1945, entrée en vigueur le 24 octobre 1945, *op. cit.*, chap. XI, art. 73.

³⁷⁵ GAGNÉ NATACHA et SALAÛN MARIE, « La souveraineté comme affaire d'États à la souveraineté comme droits à s'autodéterminer : une présentation », dans GAGNÉ NATACHA, SALAÛN MARIE (dir.), *Visages de la souveraineté en Océanie*, L'Harmattan, coll. Cahiers du Pacifique Sud Contemporain, n° 6, Paris, 2010, *op. cit.*, p. 23.

l'intensification de sa présence sur la scène internationale depuis 2001³⁷⁶. Dans cette perspective, la reconnaissance officielle du peuple kanak ne serait plus pensée :

« comme l'une des étapes de la longue lutte indépendantiste, ni comme un dispositif consubstantiel au projet de citoyenneté et de décolonisation ; mais comme une simple déclinaison des principes internationaux de protection des peuples autochtones, en dehors de la question de l'indépendance »³⁷⁷.

137 . Refusant de se satisfaire du titre de population autochtone, les Kanaks forgent leur identité en tant que peuple autochtone. Leurs multiples revendications, depuis déjà plusieurs décennies, offrent une preuve incontestable de leur volonté d'être reconnus en tant que peuple. Les actions de plus en plus poussées³⁷⁸ du Front de Libération Nationale Kanak et Socialiste (FLNKS) démontrent d'ailleurs leur détermination. Le point culminant de cette auto-identification est sans nul doute la proclamation d'une *Charte du Peuple Kanak*, le 26 avril 2014, définissant le socle commun des valeurs et les principes fondamentaux de la civilisation kanake. Cette dernière débute par une phrase qui témoigne de leur détermination : « *Le Peuple Kanak est le peuple autochtone de Nouvelle-Calédonie* ».

138 . La société internationale reconnaît également cette qualité au peuple kanak, en atteste la visite en Nouvelle-Calédonie, en 2011, du Rapporteur Spécial de l'ONU sur les Droits des peuples autochtones, James Anaya. En effet, outre le sentiment subjectif d'appartenance à un groupe, une sorte de consensus s'est formé autour de trois autres critères avancés par José Martinez Cobo permettant d'identifier les peuples autochtones. La confrontation de ces divers éléments à la situation kanake ne laisse subsister aucun doute quant à leur qualification de peuple autochtone.

³⁷⁶ GRAFF STEPHANIE, « Quand combat et revendication kanak ou politique de l'État français manient indépendance, décolonisation, autodétermination et autochtonie en Nouvelle-Calédonie », *Le Journal de la Société des Océanistes*, n° 134, 2012, *op. cit.*, pp. 76-77.

³⁷⁷ TRÉPIED BENOIT, « Une nouvelle question indigène outre-mer ? - La Vie des idées », En ligne : <<http://www.laviedesidees.fr/Une-nouvelle-question-indigene.html>>, *op. cit.*, p. 15.

³⁷⁸ Depuis la fondation du FLNKS, le 24 septembre 1984, les actions contre la politique du gouvernement français n'ont cessé de se multiplier. Le 20 novembre 1984, les Kanaks occupent les gendarmeries de Thio et d'Ouvéa. La Nouvelle-Calédonie est présentée par les médias comme étant en état d'insurrection. Les actions indépendantistes atteignent leur apogée en 1988. Le 2 avril 1988, la convention FLNKS de Némaoua ordonne le boycott actif des élections régionales et finalement, le 22 avril 1988, un commando du FLNKS tente d'occuper la gendarmerie d'Ouvéa. Quatre gendarmes seront tués et vingt-sept autres seront pris en otage, ce qui provoquera le drame de la grotte d'Ouvéa, point culminant des insurrections.

Il a été vu précédemment que le premier critère est celui de l'antériorité s'agissant de l'occupation et de l'utilisation d'un territoire spécifique. La synthèse historique sur la colonisation de la Nouvelle-Calédonie, développée ci-avant, démontre que le peuple kanak constitue bien le premier peuple qui habitait le territoire avant la colonisation par les puissances occidentales.

Le second aspect est lié à la discrimination ou à la marginalisation dont ces peuples ont été ou sont encore victimes. Ainsi, dans le contexte historique de la fin du XIX^{ème} siècle, de nombreuses exactions sont commises. Les Kanaks se retrouvent cantonnés dans des réserves, assignés à résidence et contraints à travailler chez les colons lors des récoltes. Selon Isabelle Merle, historienne et spécialiste de la colonisation dans le Pacifique, les Kanaks se trouvent alors « *dans une situation de grande vulnérabilité, paupérisés, refoulés et enfermés, exploités et humiliés*³⁷⁹ ». Aujourd'hui encore, de nombreux indicateurs sociaux démontrent la persistance de disparités économiques nées d'une discrimination qui dure depuis plusieurs générations. James Anaya constate qu'un « *nombre disproportionné de la population Kanak vit en deçà du seuil de pauvreté* », entraînant la mise en place d'un « *paupérisme urbain*³⁸⁰ » de plus en plus inquiétant. À cet égard, un rapport de l'INSEE en date de 2008, établissant le taux de pauvreté en Nouvelle-Calédonie, constate que la province des Îles Loyauté, très majoritairement kanake³⁸¹, totalise à elle seule 52% du taux de pauvreté, contre seulement 7% pour le Grand Nouméa et 9% pour l'ensemble de la Province Sud³⁸². Les Îles Loyauté dénombrent

³⁷⁹ MERLE ISABELLE, *Expériences coloniales : la Nouvelle-Calédonie, 1853-1920*, Belin, coll. Temps présents, Paris, 1995, *op. cit.*, p. 379.

³⁸⁰ ANAYA S. JAMES, *La situation du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie*, Rapport du Rapporteur Spécial sur les droits des peuples autochtones, Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, 18^{ème} session, 14 septembre 2011, A/HRC/18/35/Add.6, *op. cit.*, partie IV, sous-partie F – Disparités sociales et économiques persistantes.

³⁸¹ La communauté kanake représente 94% de la population de la province des Îles Loyauté. En revanche, dans la Province Sud, les Kanaks ne constituent que 26% de la population globale. Cf. en ce sens : ISEE NOUVELLE-CALEDONIE, « Recensement de la population-Population des provinces selon la communauté d'appartenance, aux différents recensement », En ligne : <<http://www.isee.nc/population/recensement/communautes>>.

³⁸² ISEE NOUVELLE-CALEDONIE, « Taux de pauvreté, Enquête Budget Consommation des Ménages (BCM), 2008 », En ligne : <<http://www.isee.nc/emploi-revenus/revenus-salaires/inegalites-pauvrete-revenus-sociaux>>.

12 000 pauvres sur les 53 000 recensés alors que la province ne compte que 18 297 habitants et ne représente que 7% de la population totale de Nouvelle-Calédonie³⁸³.

Le troisième élément de reconnaissance est le maintien volontaire d'un particularisme culturel, qu'il s'agisse de la langue, d'un type d'organisation sociale ou encore de la présence de lois ou d'institutions spécifiques. Le particularisme kanak transparaît dans la *Charte du Peuple Kanak* qui promeut, par le biais des principes fondamentaux propres à la civilisation kanake, les spécificités inhérentes à son organisation sociale³⁸⁴, sa tradition juridique³⁸⁵ ou encore à sa conception de son rapport aux terres et aux ressources³⁸⁶. La société kanake est ainsi organisée sur plusieurs niveaux : le niveau inter-clanique qui regroupe en général les trois premières générations d'une famille, le niveau clanique qui rassemble les branches au-delà de la troisième génération, la chefferie qui réunit les clans selon leurs fonctions dans l'organisation sociale et la grande chefferie qui lie les chefferies limitrophes³⁸⁷. Au sein de cette organisation, se sont les chefferies qui détiennent les attributs de la souveraineté autochtone kanake, soit une population, un pouvoir exercé par les chefs assistés de leur conseil des chefs de clans et un territoire dénommé tribu³⁸⁸. Au sein de ces tribus, l'usage du sol se fait par cessions, incluant notamment le don ou l'échange de droits, ce dans le respect permanent des droits des clans terriens originels³⁸⁹.

139 . La volonté d'être reconnu en tant que peuple autochtone et de se voir octroyer les droits inhérents à ce statut est devenue en enjeu crucial pour le peuple kanak. Cela leur permettrait d'envisager une libre détermination sur un territoire au sein duquel ils sont désormais minoritaires. En effet, si le droit à l'autodétermination a pendant un temps été limité aux seules colonies d'outre-mer, le droit international étend aujourd'hui ce droit aux peuples autochtones. Cette libre détermination impliquant, outre le fait de choisir librement leur statut politique et leur

³⁸³ ISEE NOUVELLE-CALÉDONIE, *Recensement de la population-Population des provinces selon la communauté d'appartenance, aux différents recensement*, op. cit.

³⁸⁴ ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK, *Charte du Peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak*, op. cit., chap. II, sect. 1.

³⁸⁵ *Ibid.*, voir notamment chap. II, sect. 5.

³⁸⁶ *Ibid.*, chap. II, sect. 3.

³⁸⁷ *Ibid.*, art. 38.

³⁸⁸ *Ibid.*, art. 45.

³⁸⁹ *Ibid.*, art. 74.

développement économique, social et culturel³⁹⁰, le « *droit d'être autonome et de s'administrer eux-mêmes pour tout ce qui touche à leur affaires intérieures et locales [...]*³⁹¹ ».

³⁹⁰ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Résolution 61/295 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, A/RES/61/295, 107^{ème} séance plénière, 13 septembre 2007, *op. cit.*, art. 3.

³⁹¹ *Ibid.*, art. 4.

CHAPITRE II :

L'AUTODÉTERMINATION : LA CONSÉQUENCE DE L'AUTOCHTONIE DU PEUPLE KANAK

140 . La *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* de 2007 est le premier document international à proclamer solennellement le droit des peuples autochtones à l'autodétermination et reste à ce jour le plus abouti à ce sujet. La reconnaissance de ce droit n'a cependant pas été exempte de difficultés. Se rapportant dans un premier temps aux entités aptes à l'exercer, les controverses ont par la suite porté sur l'instauration d'une libre détermination modulable, paramétrable selon les sujets dépositaires de ce droit (Section I).

141 . Le fait que les peuples autochtones puissent désormais « *s'administrer eux-mêmes*³⁹² » a également une incidence non négligeable sur la conception du droit. La reconnaissance d'une libre détermination pour tout ce qui touche à leurs affaires intérieures et locales implique en effet l'existence, jusque là niée par certains États, d'un véritable système juridique endogène capable de générer des normes régulant la société autochtone (Section II).

³⁹² *Ibid.*, art. 4.

SECTION I | APPARITION ET ÉVOLUTION DU DROIT À L'AUTODÉTERMINATION

142 . Selon Maïvan Clech Lâm, l'autodétermination est un principe juridique qui « *doit demeurer large, ouvert et capable d'adaptation à l'histoire pour demeurer utile*³⁹³ ». Si, dans un premier temps, ce principe sert d'assise pour assurer la paix entre les États et mettre fin à la colonisation, son inscription dans les Pactes de 1966 laisse entrevoir la possibilité d'une extension au profit de tous les peuples (§1). L'accès à ce droit s'avère plus contraignant pour les peuples autochtones. Si leur prise en compte par le droit international a lieu dès la fin des années 1950, la protection internationale qui en découle ne leur accorde cependant pas une égalité de droits avec les autres peuples. Aujourd'hui encore, la libre détermination des peuples autochtones peut difficilement remettre en cause certains principes internationaux tels que l'intégrité des États souverains (§2).

§ 1| LE DROIT À L'AUTODÉTERMINATION DE TOUS LES PEUPLES

143 . Les débats ayant précédé l'adoption des résolutions 1514 et 1541 ont principalement porté sur la nécessité de mettre fin au colonialisme, en rappelant entre autres que l'article 73 de la Charte a pour dessein d'aider les colonies à obtenir leur droit fondamental à la liberté. À cet effet, un rapport entre le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et les libertés individuelles a été mentionné. Lorsqu'Aureliu Cristescu expose la portée de la résolution 1514, il évoque également la corrélation

³⁹³ CLECH LÂM MAIVÂN, « Les enjeux de la décennie internationale : l'autodétermination », dans *Essai sur les droits humains et le développement économique. Peuples ou populations ; égalité, autonomie et autodétermination : les enjeux de la Décennie internationale des populations autochtones*, Société Recherches amérindiennes au Québec, Centre international des droits de la personne et du développement démocratique, Montréal, 1996, p. 209.

existante entre la reconnaissance du droit à l'autodétermination et le respect des droits fondamentaux de l'Homme³⁹⁴. Très tôt, cette préoccupation est concrétisée lors de l'adoption, le 4 décembre 1950, du *Projet de pacte international relatif aux droits de l'Homme*. Ce dernier comporte une partie D demandant à ce que la Commission des droits de l'Homme étudie les moyens de « *garantir aux peuples et aux nations le droit de disposer d'eux-mêmes*³⁹⁵ ». Pour les auteurs de cette requête, l'objectif est de déterminer de manière définitive si le droit à l'autodétermination des peuples est susceptible de rentrer dans la catégorie des droits fondamentaux de l'Homme³⁹⁶. Si cela est avéré, ces derniers estiment qu'un article relatif à ce droit doit impérieusement trouver sa place dans le futur pacte. C'est finalement la résolution 545 (VI) du 5 février 1952³⁹⁷ qui officialise l'insertion d'un article sur les droits des peuples à disposer d'eux-mêmes dans les pactes internationaux relatifs aux droits de l'Homme³⁹⁸. Le 16 décembre 1966, l'Assemblée générale adopte le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (PIDESC) ainsi que le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. L'article premier de ces deux documents offre une base conventionnelle supplémentaire au principe d'autodétermination³⁹⁹ en disposant que :

« 1. Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.

³⁹⁴ CRISTESCU AURELIU, *Le droit à l'autodétermination – Développement historique et actuel sur la base des instruments des Nations Unies*, Etude du Rapporteur spécial de la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, Nations Unies, New-York, 1981, op. cit., p. 6.

³⁹⁵ *Projet de pacte international relatif aux droits de l'homme et mesures de mise e, œuvre : travaux futurs de la Commission des droits de l'homme*, Résolution 421 (V), 317^{ème} séance plénière, 4 décembre 1950, art. 6.

³⁹⁶ CRISTESCU AURELIU, *Le droit à l'autodétermination – Développement historique et actuel sur la base des instruments des Nations Unies*, op. cit., p. 4.

³⁹⁷ *Insertion dans le Pacte ou les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme d'un article sur le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Résolution 545 (VI), 375^{ème} séance plénière, 5 février 1952.

³⁹⁸ *Ibid.*, « le droit des peuples et des nations à disposer d'eux-mêmes est un droit fondamental de l'homme [...] 1. Décide de faire figurer dans le Pacte ou les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme un article sur le droit de tous les peuples et nations à disposer d'eux-mêmes, et de réaffirmer ainsi le principe énoncé dans la Charte des Nations Unies.[...] ».

³⁹⁹ Le principe disposait déjà d'un caractère conventionnel grâce à son insertion dans la Charte des Nations Unies, traité multilatéral général. Cf. en ce sens : CRISTESCU AURELIU, *Le droit à l'autodétermination – Développement historique et actuel sur la base des instruments des Nations Unies*, op. cit., pp. 20-21.

2. *Pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, sans préjudice des obligations qui découlent de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'intérêt mutuel, et du droit international. En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance.*

3. *Les États parties au présent Pacte, y compris ceux qui ont la responsabilité d'administrer des territoires non autonomes et des territoires sous tutelle, sont tenus de faciliter la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et de respecter ce droit, conformément aux dispositions de la Charte des Nations Unies ».*

144 . L'insertion de ce droit dans des Pactes relatifs aux droits de l'Homme semble dès lors laisser présager que ce dernier est étendu à tous les peuples, colonisés ou non⁴⁰⁰. Cette idée se retrouve dans la résolution 2625⁴⁰¹ qui codifie les sept principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, parmi lesquels celui de l'égalité du droit des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes⁴⁰².

145 . Si, de prime abord, ces documents semblent promouvoir l'émergence d'un droit novateur et libéral, la pratique des États ainsi que les différentes réflexions doctrinales qui ont vu le jour à ce sujet ont, dans un premier temps, limité strictement le droit à l'autodétermination. La résolution 1514 ainsi que les deux pactes de 1966 offrent une définition officielle du droit à l'autodétermination. En revanche, il n'en existe aucune pour le terme « peuple », catégorie à qui ce droit est pourtant octroyé. Les premiers débats relatifs à l'autodétermination des peuples n'ont donc pas porté sur son contenu mais sur les « *parties aptes à l'exercer*⁴⁰³ ».

⁴⁰⁰ STAVENHAGEN RODOLFO, *The ethnic question: conflicts, development, and human rights*, United Nations University Press, Tokyo, 1990, p. 66.

⁴⁰¹ *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies*, Résolution 2625 (XXV), (A / 8082), 1883^{ème} séance plénière, 24 octobre 1970, *op. cit.*

⁴⁰² DAILLIER PATRICK, FORTEAU MATHIAS, PELLET ALAIN et NGUYEN QUOC-DINH, *Droit international public*, L.G.D.J., Lextenso, 8^{ème} éd., Paris, 2009, *op. cit.*, p. 578.

⁴⁰³ CLECH LÂM MAIVAN, *Les enjeux de la décennie internationale : l'autodétermination*, *op. cit.*, p. 85.

À l'échelle politique, ce fut là l'occasion, pour les puissances occidentales, de privilégier par un subtil jeu de mimétisme, les peuples qui étaient susceptibles de réunir diligemment les différentes conditions permettant d'accéder au statut d'État souverain⁴⁰⁴. Contrairement au terme « peuple », celui d'« État » possède depuis 1933 et la Convention de Montevideo, une définition officielle :

« L'État, comme personne de Droit international, doit réunir les conditions suivantes : I. Population permanente ; II. Territoire déterminé ; III. Gouvernement ; IV. Capacité d'entrer en relations avec les autres États⁴⁰⁵ ».

146 . Cette présomption sur les peuples susceptibles de prétendre à l'autodétermination a permis, par exemple, une acceptation rapide du rétablissement des pays baltes que sont aujourd'hui l'Estonie, la Lettonie et la Lituanie. Cette potentielle accession au statut d'État souverain semble dès lors être « *la route du pouvoir vers l'autodétermination*⁴⁰⁶ ». À cette époque, le droit à l'autodétermination n'est donc admis que dans deux cas précis : pour les peuples qui ont une histoire d'État⁴⁰⁷ et pour les territoires d'outre-mer, séparés géographiquement de la métropole par une étendue d'eau, et contrecarrant donc de manière moins brutale l'intégrité territoriale des États⁴⁰⁸.

147 . Il est vrai que le principe de l'intégrité territoriale des États est de tout temps venu contrebalancer la libre administration des peuples. Toutefois, le droit international contemporain semble légitimer la sécession si certaines conditions précises sont remplies. La résolution 2625 indique en effet, après avoir détaillé le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, que :

« rien dans les paragraphes précédents ne sera interprété comme autorisant ou encourageant une action, quelle qu'elle soit, qui démembrerait ou menacerait, totalement ou partiellement, l'intégrité

⁴⁰⁴ Ibid., pp. 84-85.

⁴⁰⁵ *Convention sur les droits et devoirs des États adoptée par la septième conférence internationale américaine*, Organisation des États Américains, Montevideo, 26 décembre 1933, art. 1.

⁴⁰⁶ CLECH LÂM MAIVAN, *Les enjeux de la décennie internationale : l'autodétermination*, op. cit., p. 85.

⁴⁰⁷ Ibid., p. 81.

⁴⁰⁸ Ibid., p. 83.

*territoriale ou l'unité politique de tout État souverain et indépendant se conduisant conformément au principe de l'égalité de droits et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes énoncé ci-dessus et doté d'un gouvernement représentant l'ensemble du peuple appartenant au territoire sans distinction de race, de croyance ou de couleur*⁴⁰⁹ ».

Cette formulation signifie *a contrario* que l'intégrité des États ne sera protégée par le droit international que si ces derniers ne violent pas systématiquement les droits fondamentaux d'une partie de leurs citoyens. Le cas échéant, le peuple en cause pourrait licitement recourir à la sécession⁴¹⁰. La pratique de la « sécession-remède », si elle a le mérite d'avoir été développée⁴¹¹, reste quasi-inexistante⁴¹². Les peuples autochtones se retrouvent alors confrontés à la dichotomie conceptuelle entre libre détermination des peuples et intégrité territoriale des États.

§ 2 | LES DIFFÉRENTES APPRÉHENSIONS DU DROIT À L'AUTODÉTERMINATION DES PEUPLES AUTOCHTONES

148 . La libre détermination des peuples autochtones a été l'objet de nombreuses réflexions. Si elle fut reconnue dans sa dimension externe au milieu des années 1970 (A), l'expérience montra rapidement que la situation était exceptionnelle et de multiples tentatives de reconceptualisation de l'autodétermination autochtone furent entreprises (B). Finalement, le principe fut officiellement défini dans la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (C).

⁴⁰⁹ *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies*, op. cit.

⁴¹⁰ XANTHAKI ALEXANDRA, *Indigenous rights and United Nations standards: self-determination, culture and land*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 142.

⁴¹¹ Notamment par la CIJ pour le cas particulier du Kosovo, Cf. en ce sens : CIJ, *Avis consultatif sur la déclaration d'indépendance du Kosovo*, 22 juillet 2010, RGDIP, 2010, Chr. de jurisprudence internationale, pp. 869-886 ; DUBUY MELANIE, « La théorie de la sécession-remède, (remedial secession) : avatar contemporain du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ? », dans communication au 8^{ème} Congrès français de droit constitutionnel, Nancy, 16-18 juin 2011.

⁴¹² CHRISTAKIS THÉODORE, « La sécession : Une question de simple fait ? », *Working Papers of the European Society for International Law*, 2008, p. 3.

A | *L'autodétermination externe des peuples autochtones : le cas du Sahara occidental*

149 . La situation des peuples autochtones connaît une évolution importante en 1975. Le cas est cependant particulier puisque l'Espagne accepte, en 1974, de procéder à la décolonisation du Sahara occidental⁴¹³. Le Maroc et la Mauritanie, États limitrophes de ce territoire, se positionnent aussitôt pour le rattachement du Sahara occidental à leur État respectif. Dans cette intention, ils demandent à la Cour internationale de Justice de répondre à deux questions successives. La première consiste à déterminer si le territoire était une *terra nullius* au moment de la colonisation. Les deux pays entendent obtenir une réponse négative à cette question afin de faire valoir le lien de souveraineté qui les unissait à ce territoire avant la colonisation⁴¹⁴. Le Maroc, arguant de sa souveraineté précoloniale, souhaite ainsi éviter la mise en place d'un référendum d'autodétermination et réintégrer directement ce qu'il considère comme un fragment de son territoire national⁴¹⁵. Aucun des deux États ne considère alors que les peuples nomades vivant au Sahara occidental aient pu disposer d'une souveraineté précoloniale et détenir, à ce titre, un droit à l'autodétermination.

150 . Cette affaire amène la Cour à entreprendre un examen novateur concernant la problématique du particularisme juridique en droit international. La participation à la procédure orale de l'ambassadeur d'Algérie en France, Monsieur Mohammed Bedjaoui, contribue d'une manière capitale à cette réflexion. Il soutient que le territoire n'était pas une *terra nullius* et, s'il admet que le système juridique existant à l'époque ne permettait pas de le rattacher au concept d'État, d'origine européenne, il ajoute cependant qu' :

⁴¹³ FLORY MAURICE, « L'avis de la Cour internationale de Justice sur le Sahara occidental », *Annuaire français de droit international*, vol. 21, 1975, pp. 254-256.

⁴¹⁴ Le Maroc estime ainsi que les tribus locales nomades du Sahara occidentale étaient sous la souveraineté du sultan du Maroc, tandis que la Mauritanie affirme que les tribus locales faisaient partie du Bilad Chinguiti ou ensemble mauritanien. Cf. en ce sens : CIJ, avis consultatif du 16 octobre 1975, *Sahara occidental*, Rec. p. 12 ; CHAPPEZ JEAN, « L'Avis Consultatif de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire du Sahara occidental », RGDIP, 1976, p. 1132 ; PREVOST JEAN-FRANÇOIS, « L'Affaire du Sahara occidental », JDI, 1976, p. 831.

⁴¹⁵ FLORY MAURICE, « L'avis de la Cour internationale de Justice sur le Sahara occidental », *op. cit.*, p. 266.

« il peut tout aussi bien exister un territoire organisé différemment, dépourvu de pouvoir central, un territoire, donc, entretenant des relations extérieures, faisant référence à des autorités religieuses extérieures, et indiscutablement intégré au dar el Islam⁴¹⁶ ».

Il avance qu'un territoire dépourvu d'organisation étatique n'implique pas nécessairement un rattachement obligatoire aux États voisins.

« Là où le colonisateur n'a rien voulu trouver, il y avait toute une organisation qui permet d'affirmer avec beaucoup de force que le territoire saharien n'était pas sans maître [...]. Le Sahara n'était pas un territoire sans maître parce qu'il appartenait à dar el Islam. En utilisant une telle approche [...] non seulement votre Haute Juridiction accepterait de reconnaître qu'elle est la Haute Cour de toutes les nations et de tous les systèmes juridiques qui doivent coexister en bonne entente sur cette terre, mais elle rendrait justice à toutes les sociétés bafouées par la colonisation⁴¹⁷ ».

La Cour internationale de justice a finalement décidé de définir de façon large les bénéficiaires du droit à l'autodétermination :

« Aucune règle de droit international n'exige que l'État ait une structure déterminée. [...] [L]e Sahara occidental était habité par des populations qui, bien que nomades, étaient socialement et politiquement organisées en tribus et placées sous l'autorité de chefs compétents pour les représenter [...] La Cour n'a donc pas constaté l'existence de liens juridiques [entre le territoire du Sahara occidental d'une part, le Royaume du Maroc ou l'ensemble mauritanien d'autre part] de nature à modifier l'application de la résolution 1514 (XV) quant à la décolonisation du Sahara occidental et en particulier l'application du

⁴¹⁶ Le *dar el islam* est le système juridique islamique. Cf. en ce sens : BEDJAOUI MOHAMMED, CR 75/31, cité par : FLORY MAURICE, « L'avis de la Cour internationale de Justice sur le Sahara occidental », *op. cit.*, p. 267.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 271.

principe d'autodétermination grâce à l'expression libre et authentique de la volonté des populations du territoire⁴¹⁸ ».

151 . Une évolution a donc eu lieu. Si auparavant la décolonisation n'était envisagée que pour les territoires d'outre-mer et les pays possédant une structure étatique, le droit international semble ici faire preuve d'ouverture en reconnaissant le droit à l'autodétermination à des peuples ne présentant pas nécessairement les mêmes caractéristiques organisationnelles que l'Occident. Cela démontre que l'opinion selon laquelle l'État moderne, d'origine occidentale, serait l'unité fondamentale de l'organisation humaine relève d'une conception étroite et étatique de l'humanité qui escamote les réalités du monde contemporain⁴¹⁹. Cette conception, si elle fut prédominante pendant un temps, n'était en définitive qu'une perception particulière de l'autodétermination.

152 . Il faut toutefois garder à l'esprit que l'Espagne avait accepté la décolonisation du Sahara occidental. Cette reconnaissance du droit à l'autodétermination s'avèrera plus complexe pour les peuples autochtones vivant au sein d'États. Ces derniers, craignant pour leur intégrité territoriale, vont tenter de limiter le droit à l'autodétermination des peuples autochtones. Frédéric Deroche souligne à quel point la terminologie « peuple autochtone » est controversée tant elle risque « *de remettre en cause les principes bien gardés de l'État-nation⁴²⁰* ». Cependant, les liens établis entre le droit à l'autodétermination et les droits humains ont révélé l'importance de ce principe pour l'ensemble des peuples du monde, y compris les peuples autochtones, et ce même si des tentatives pour l'encadrer ont rapidement vu le jour.

⁴¹⁸ CIJ, avis consultatif du 16 octobre 1975, *Sahara occidental*, *op. cit.*

⁴¹⁹ ANAYA S. JAMES, « Le droit des peuples autochtones à l'autodétermination après l'adoption de la Déclaration », dans CHARTERS CLAIRE, STAVENHAGEN RODOLFO (dir.), *La déclaration des droits des peuples autochtones – Genèse, enjeux et perspectives de mise en œuvre*, L'Harmattan, coll. Horizons autochtones, Paris, 2013, *op. cit.*, p. 190.

⁴²⁰ DEROCHE FREDERIC, « La notion de "peuples autochtones" : une synthèse des principaux débats terminologiques », dans FRITZ JEAN-CLAUDE, DEROCHE FREDERIC, FRITZ GERARD et PORTEILLA RAPHAËL (dir.), *La nouvelle question indigène: Peuples autochtones et ordre mondial*, L'Harmattan, Paris, 2005, p. 59.

B | La délicate circonscription du droit à l'autodétermination interne des peuples autochtones

153 . Conscients du danger que peut représenter l'ouverture de l'autodétermination aux peuples autochtones, certains États tentent de juguler les implications des revendications autochtones en déclarant que si de telles revendications arrivent à être reconnues, elles ne sauront inclure le droit à la séparation ou à la sécession⁴²¹. Délaissant le terme d'autodétermination, certains chercheurs envisagent alors celui d'« autonomie⁴²² », appréhendé comme « *un ensemble d'activités gouvernementales dont l'État souverain délègue la responsabilité à une entité constituante non souveraine pour que celle-ci s'en charge dans l'intérêt de son mieux-être⁴²³* ». L'autonomie se trouve ainsi déléguée par l'État et n'est donc pas inhérente au statut de peuple autochtone. Si elle n'est pas très éloignée de ce que d'autres chercheurs qualifient d'autodétermination interne, le principe qui l'engendre n'est cependant pas le même. Le libre choix qui caractérise l'autodétermination semble être exclu du concept d'autonomie qui traduit essentiellement un statut politique spécifique au sein d'un État. Ainsi que l'explique Maïvan Clech Lâm :

« L'État souverain agit de son propre chef, alors que la partie non souveraine agit dans l'espace que lui accorde l'autre. L'État souverain augmente ou diminue ses activités selon son gré, dans les limites établies uniquement par le droit international, tandis que l'entité non souveraine doit obtenir d'autrui l'approbation pour tout changement important dans son mandat. L'un fonctionne de plein droit, l'autre parce que ce droit lui est octroyé⁴²⁴ ».

⁴²¹ HANNUM HURST, « New Developments in Indigenous Rights », *Virginia Journal of International Law*, vol. 28, p. 672.

⁴²² *Ibidem*.

⁴²³ CLECH LÂM MAIVAN, *Les enjeux de la décennie internationale : l'autodétermination*, op. cit., p. 87.

⁴²⁴ *Ibidem*.

154 . Le refus des autochtones de se contenter de l'autonomie et l'amplitude de leurs revendications permettent, en 1993, la mise en œuvre d'un projet de déclaration par le Groupe de travail sur les populations autochtones prévoyant clairement que « *les peuples autochtones ont le droit de disposer d'eux-mêmes*⁴²⁵ ». Il est désormais admis que la décolonisation ne mettra pas fin à toute autodétermination future. Certains chercheurs, déjà conscients qu' « *un groupe suffisamment motivé et capable d'affirmer son identité et sa volonté politique en tant que peuple, finira par le faire réellement*⁴²⁶ », ont engagé un débat conceptuel sur la notion d'autodétermination des peuples autochtones.

Pour certains d'entre eux, tels que Benoît Trépied, c'est une erreur d'assimiler le principe d'autodétermination au processus de décolonisation qui entérine une certaine conception du peuple et du territoire. Dorénavant, il paraît nécessaire de dépasser l'application qui en était faite dans le contexte du colonialisme classique, pour en déterminer la véritable substance, qui ne se limite pas aux fondements normatifs ayant mené à la décolonisation⁴²⁷. L'indépendance ou la sécession ne sauraient être considérées comme les seules solutions permettant à un peuple de s'autodéterminer. Elles sont en réalité des mesures pratiques pouvant permettre l'autodétermination mais ne constituent pas l'essence de ce droit. Antonio Cassese, à la suite de Michla Pomerance⁴²⁸, met en exergue une dichotomie entre les notions d'autodétermination externe et interne, la première signifiant le droit à l'indépendance, la seconde celle de choisir librement son système politique⁴²⁹. Contrairement à Hurst Hannum qui restreint le droit des peuples autochtones à la seule autonomie, ces chercheurs ne dissocient pas les deux composantes de l'autodétermination mais prônent, au contraire, une extension de l'autodétermination qui visait, à l'origine, la libération des peuples d'une oppression externe afin d'y

⁴²⁵ *Projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, Déc. CDH 1994/2, Doc. Off. CDHNU, 1994, Supp.1, Doc. NU E/CN.4/sub.2/1994/2/Add.1.

⁴²⁶ CLECH LÂM MAIVAN, *Les enjeux de la décennie internationale : l'autodétermination*, op. cit., p. 114.

⁴²⁷ COURTEMANCHE ALEXANDRE, *Le développement normatif et institutionnel relatif aux peuples autochtones en droit international au regard des fondements de leurs revendications politiques ; le droit à l'autodétermination comme théorie unificatrice ?*, Mémoire de droit, Université de Montréal, 2010, p. 137.

⁴²⁸ POMERANCE MICHLA, *Self-Determination in Law and Practice : the New Doctrine in the United Nations*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1982, pp. 310-314.

⁴²⁹ CASSESE ANTONIO, *UN Law / Fundamental Rights. Two Topics in International Law*, Sitjhoff & Noordhoff, Alphen aan den Rijn, 1979, p. 138.

intégrer également une nouvelle approche interne⁴³⁰. C'est ce qu'Alexandra Xanthaki identifie comme étant les approches minimale et maximale du droit à l'autodétermination⁴³¹. Plus tard, notamment dans l'analyse de Jean Salmon, l'autodétermination interne prend la forme du droit d'un peuple à un régime démocratique⁴³².

155 . Si cette nouvelle appréhension à l'avantage de montrer que le principe est évolutif, il faut toutefois comprendre que la démocratie ne saurait toujours suffire à assurer une véritable autodétermination pour les peuples autochtones. Dans certaines circonstances, les revendications autochtones ont lieu au sein de territoires où la dissociation ethnique et territoriale est presque inconcevable. Le cas peut se rencontrer dans les colonies de peuplement où autochtones et colons coexistent sur un même territoire, et où l'immigration massive a rendu les autochtones minoritaires sur leurs terres ancestrales. Maïvan Clech Lâm explique à ce sujet qu' « *une démocratie construite en fonction des conventions culturelles d'une majorité étrangère peut ne pas sembler être une démocratie du tout*⁴³³ ». Certains courants de la théorie politique considèrent en effet aujourd'hui que l'autodétermination autochtone est fondée sur des éléments essentiels défendus par les droits de l'Homme que sont, entre autres, l'égalité, la non-discrimination et la liberté. James Anaya par exemple, embrasse une vision de ces droits beaucoup plus ouverte que l'égalitarisme libéral, en les considérant également en termes d'ordres sociaux et politiques coexistants⁴³⁴. À ce titre, il délaisse la théorie antérieure affirmant que ces principes sont assurés par une égalité stricte, non différenciée des droits individuels. Les partisans de cette doctrine « *se réclament de la neutralité d'un système juridique et politique*⁴³⁵ ». Or, à

⁴³⁰ *Ibid.*

⁴³¹ XANTHAKI ALEXANDRA, *Indigenous rights and United Nations standards: self-determination, culture and land*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, *op. cit.*, pp. 146-154.

⁴³² SALMON JEAN, « Vers l'adoption d'un principe de légitimité démocratique », dans Association Droit des gens (dir.), *A la recherche du nouvel ordre mondial, t. I: Le Droit international à l'épreuve*, Éditions Complexe, Bruxelles, 1993, pp. 55-89.

⁴³³ CLECH LÂM MAIVAN, *Les enjeux de la décennie internationale : l'autodétermination*, *op. cit.*, p. 110.

⁴³⁴ ANAYA S. JAMES, « Le droit des peuples autochtones à l'autodétermination après l'adoption de la Déclaration », *op. cit.*, p. 190.

⁴³⁵ POL NEVEU LILY, *Le droit à l'autodétermination des peuples autochtones et la protection de l'environnement : un conflit normatif?*, Mémoire de philosophie, Université Laval, Québec, 2008, p. 7.

l'évidence, ce que Will Kymlicka nomme la « *neutralité bienveillante*⁴³⁶ » de l'État, défendue par les libéraux pour contrer les particularismes, s'avère quelque peu utopique. Un État n'est, en effet, jamais réellement neutre car il reste imprégné d'une civilisation particulière⁴³⁷. Pour Éric Maulin, la discrimination ne consiste pas uniquement à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations identiques mais résulte également de la volonté de traiter de manière identique des personnes se trouvant dans des situations différentes⁴³⁸.

156 . Cette analyse développe différemment l'idée de démocratie, car si la plupart des pays démocratiques permettent la réalisation de ces valeurs, la démocratie en elle-même ne constitue pas nécessairement l'essence même du droit à l'autodétermination. Cette précision permet de nuancer les propos de Jean Salmon et élimine l'*a priori* selon lequel une véritable démocratie représenterait automatiquement le respect du droit à l'autodétermination des peuples autochtones. Cette dimension interne du droit à l'autodétermination permettrait sans doute l'instauration potentielle d'un véritable dialogue entre les peuples autochtones et l'État démocratique. Si ce dernier est effectivement opposé à toute remise en cause de son intégrité territoriale, il est en revanche en étroite interrelation avec les droits de l'Homme, les principes sous-jacents de la démocratie étant intimement liés à l'exercice des droits humains et à l'application du principe de l'État de droit⁴³⁹.

157 . Toutes ces réflexions finissent par mener à l'adoption de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* le 13 septembre 2007, premier document international à établir formellement le droit à l'autodétermination des peuples autochtones⁴⁴⁰.

⁴³⁶ KYMLICKA WILL, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit de minorités*, La Découverte, coll. Textes à l'appui / Politique et société, Paris, 2001, pp. 158-159.

⁴³⁷ *Ibidem*.

⁴³⁸ MAULIN ÉRIC, « Les statistiques ethniques et le mythe de la conception républicaine de l'égalité - L'observatoire des politiques économiques en Europe », En ligne : <<http://opee.unistra.fr/spip.php?article2>>.

⁴³⁹ SAMBO DOROUGH DARLENE, *The status and rights of indigenous peoples in international law : the quest for equality*, Thèse de philosophie, Université de Colombie Britannique, Vancouver, 2002, p. 143.

⁴⁴⁰ Depuis le 15 juin 2016, l'OEA reconnaît également le droit à l'autodétermination des peuples autochtones. Cf. en ce sens : *Déclaration américaine des droits des peuples autochtones*, OEA, AG/doc.5537/16, 46^{ème} session ordinaire, 13-15 juin 2016, Saint Domingue, pt. 25 de l'ordre du jour, adoptée le 15 juin 2016, *op. cit.*, art. III et XXI « Droit à l'autonomie et à l'auto-gouvernement ».

C | La définition de l'autodétermination dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones

158 . L'article 3 de la DDPA établit en ces termes le droit à l'autodétermination des peuples autochtones, « *Les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel* ». Cette formulation reprenant presque à l'identique les articles premiers de deux Pactes internationaux de 1966, couplée à l'article 2 de la Déclaration qui affirme que « *les peuples autochtones et individus* » sont « *égaux aux autres peuples et individus* », semble, de prime abord, octroyer aux peuples autochtones le même droit à l'autodétermination que les autres peuples. Cependant, il apparaît rapidement que les États parties n'auraient pas adopté ce texte si le droit à l'autodétermination des peuples autochtones impliquait automatiquement le droit de créer un État indépendant. L'appui de ces États à la Déclaration nécessitait donc une définition plus précise de ce droit⁴⁴¹. À cet égard, l'article 4 de la Déclaration semble rapprocher le droit ainsi reconnu à la dimension interne de l'autodétermination dont il a été discutée ci-avant :

« Les peuples autochtones, dans l'exercice de leur droit à l'autodétermination, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes pour tout ce qui touche à leurs affaires intérieures et locales, ainsi que de disposer des moyens de financer leurs activités autonomes ».

Selon Alexandra Xanthaki, cette définition ne vise pas à octroyer un droit inférieur aux autochtones, mais tente plutôt de proposer une nouvelle approche de la relation entre l'État et les peuples autochtones⁴⁴². James Anaya indique que la Déclaration

⁴⁴¹ Rapport du Groupe de Travail de la Commission des Droits de l'Homme, Doc. N.U., E/CN.4/6/2003/92, par. 19.

⁴⁴² XANTHAKI ALEXANDRA, *Indigenous rights and United Nations standards: self-determination, culture and land*, op. cit., p. 112.

rentre dans la catégorie des documents relatifs aux droits de l'Homme⁴⁴³ et qu'elle possède avant tout un caractère réparateur pour ses destinataires qui :

« sont soumis à des ordres politiques qu'ils n'ont pas construits et auxquels ils ne consentent pas. Ils ont été privés de vastes terres leur appartenant, de l'accès à des ressources vitales et ont été victimes de forces historiques qui ont supprimé leurs institutions politiques et culturelles⁴⁴⁴ ».

159 . Cette contextualisation de l'autodétermination aurait pour dessein de permettre aux peuples autochtones de donner enfin leur assentiment à la construction d'un État qui les avait sciemment écartés de l'acte originel d'édification⁴⁴⁵. Ce nouveau partenariat entre les États et les peuples autochtones pourrait se réaliser par la mise en place de mesures appropriées⁴⁴⁶ permettant à ces derniers de développer leurs affaires intérieures et locales⁴⁴⁷ par le biais de leurs propres institutions politiques et modèles culturels⁴⁴⁸ et de se prononcer sur toute décision susceptible de les affecter⁴⁴⁹. En outre, et si tel est leur choix, ils pourraient participer, comme tous citoyens, à la vie politique, économique, sociale et culturelle de l'État dans lequel ils vivent⁴⁵⁰.

⁴⁴³ Voir en ce sens : *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Résolution 61/295 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, A/RES/61/295, 107^{ème} séance plénière, 13 septembre 2007, *op. cit.*, préambule, para. 4 : « Affirmant en outre que toutes les doctrines, politiques et pratiques qui invoquent ou prônent la supériorité de peuples ou d'individus en se fondant sur des différences d'ordre national, racial, religieux, ethnique ou culturel sont racistes, scientifiquement fausses, juridiquement sans valeur, moralement condamnables et socialement injustes [...] ».

⁴⁴⁴ ANAYA S. JAMES, « Le droit des peuples autochtones à l'autodétermination après l'adoption de la Déclaration », *op. cit.*, p. 193.

⁴⁴⁵ A. DAES ERICA-IRÈNE, « Some Considerations on the Right of Indigenous Peoples to SelfDetermination », *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 3, n° 1, 1993.

⁴⁴⁶ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, *op. cit.*, art. 38 : « Les Etats prennent, en consultation et en coopération avec les peuples autochtones, les mesures appropriées, y compris législatives, pour atteindre les buts de la présente Déclaration ».

⁴⁴⁷ *Ibid.*, art. 4.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, art. 5 : « Les peuples autochtones ont le droit de maintenir et de renforcer leurs institutions politiques, juridiques, économiques, sociales et culturelles distinctes [...] ». Cf. également art. 20.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, art. 18 : « Les peuples autochtones ont le droit de participer à la prise de décisions sur des questions qui peuvent concerner leurs droits, par l'intermédiaire de représentants qu'ils ont eux-mêmes choisis conformément à leurs propres procédures, ainsi que le droit de conserver leurs propres institutions décisionnelles ».

⁴⁵⁰ *Ibid.*, art. 5 : « [...] tout en conservant le droit, si tel est leur choix, de participer pleinement à la vie politique, économique, sociale et culturelle de l'État ».

160 . Toutefois, toujours selon James Anaya, la Déclaration étant un acte de réparation et de réconciliation, elle ne saurait promouvoir la division par le biais de l'autodétermination externe. Elle serait alors un instrument visant « *à construire un ordre social et politique basé sur des relations de compréhension mutuelle et de respect*⁴⁵¹ ». Cette position est corroborée par l'article 46 de la DDPA qui dispose qu' :

« aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un peuple, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte contraire à la Charte des Nations Unies, ni considérée comme autorisant ou encourageant aucun acte ayant pour effet de détruire ou d'amoindrir, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'un État souverain et indépendant ».

161 . L'autodétermination des peuples autochtones se trouve dès lors limitée par la doctrine de la souveraineté étatique. Pourtant, au vu du paragraphe 16 du préambule de la Déclaration s'appuyant sur la Déclaration et le Programme d'action de Vienne de 1993⁴⁵², il est possible de supposer que le non-respect par l'État des conditions de représentativité et de démocratie soit susceptible d'ouvrir la voie à une autodétermination externe pour les peuples autochtones⁴⁵³. Cette possibilité reste néanmoins fortement conditionnée, et démontre une restriction du droit à l'autodétermination originaire. Auparavant, certains auteurs autochtones réfutaient déjà toute restriction du concept. Si Gudmundur Alfredsson conçoit que le respect des droits contenus dans la notion d'autodétermination interne « *est effectivement susceptible de réduire la demande d'autodétermination externe, et donc de renforcer*

⁴⁵¹ ANAYA S. JAMES, « Le droit des peuples autochtones à l'autodétermination après l'adoption de la Déclaration », *op. cit.*, p. 198.

⁴⁵² *Déclaration de Vienne et Programme d'action*, Doc. ONU, A/CONF.157.22, 24 juin 1993, art. 2, al. 3 : « *En application de la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, ce qui précède ne devra pas être interprété comme autorisant ou encourageant toute mesure de nature à démembrer ou compromettre, en totalité ou en partie, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'États souverains et indépendants respectueux du principe de l'égalité de droits et de l'autodétermination des peuples et, partant, dotés d'un gouvernement représentant la totalité de la population appartenant au territoire, sans distinction aucune* ».

⁴⁵³ REGINO MONTES ADELFO et TORRES CISNEROS GUSTAVO, « La Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones : base d'une nouvelle relation entre les peuples autochtones, les États et les sociétés », dans CHARTERS CLAIRE, STAVENHAGEN RODOLFO (dir.),

la paix et la sécurité⁴⁵⁴ », il ajoute néanmoins que l'adjonction « *d'une composante "interne" à la notion d'autodétermination n'est qu'un moyen d'atténuer et de conjurer l'autodétermination externe*⁴⁵⁵ ».

162 . La Charte du Peuple Kanak semble en revanche adhérer à la conception de l'autodétermination prévue par la DDPA. À ce titre, le document indique clairement que :

« 110. L'exercice du droit à l'autodétermination du Peuple Kanak est entendu, au sens du Droit international des Peuples Autochtones, comme s'exerçant au niveau interne. Il est complémentaire du Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

*111. Il repose sur le principe d'une souveraineté conjointe et partagée et n'emporte aucune atteinte à l'intégrité territoriale de l'État quelle que soit sa forme*⁴⁵⁶ ».

Lors de la venue du Premier ministre Manuel Valls, en Nouvelle-Calédonie, le 29 avril 2016, les sénateurs coutumiers lui ont remis un document portant sur la vision autochtone kanake de l'avenir institutionnel de Kanaky-Nouvelle-Calédonie. Ce dernier illustre parfaitement la volonté qui anime le peuple kanak et qui transparaissait déjà dans la Charte précitée. Désireux que leur identité soit reconnue, les Kanaks souhaitent que le :

« peuple d'origine [trouve] une place égale et juste aux côtés des autres communautés du territoire [pour] lui permettre de constituer avec les

La déclaration des droits des peuples autochtones – Genèse, enjeux et perspectives de mise en œuvre, L'Harmattan, coll. Horizons autochtones, Paris, 2013, p. 152.

⁴⁵⁴ ALFREDSSON GUDMUNDUR, « The Right of Self-Determination and Indigenous Peoples », dans TOMUSCHAT CHRISTIAN (dir.), *Modern Law of Self-Determination*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993, p. 53.

⁴⁵⁵ *Ibidem*.

⁴⁵⁶ ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK, *Charte du Peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak*, adoptée par les chefferies coutumières de Nouvelle-Calédonie le 26 avril 2014, *op. cit.*, chap. III, art. 110 et 111.

*hommes et les femmes qui y vivent une communauté humaine affirmant son destin commun*⁴⁵⁷ ».

163 . Le peuple kanak ne souhaite donc pas nécessairement l'indépendance, mais afin d'assurer la construction d'un véritable destin commun, il désire que lui soit restituée sa souveraineté précoloniale par le biais d'une libre détermination entendue comme le droit de pouvoir s'administrer librement à travers ses propres institutions et, corrélativement, de disposer de son propre système juridique.

⁴⁵⁷ SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, *Avenir institutionnel de Kanaky-Nouvelle-Calédonie*, Nouméa, 2016, p. 5.

SECTION II | LES IMPLICATIONS DU DROIT À L'AUTODÉTERMINATION DES PEUPLES AUTOCHTONES

164 . Lorsque saint Augustin s'interrogeait sur le concept de temps, il en arrivait à une conclusion qui pourrait s'appliquer à la notion de droit, « *si personne ne me le demande, je le sais ; si je souhaite l'expliquer à quelqu'un qui me le demande, je l'ignore*⁴⁵⁸ ». En 1787, Emmanuel Kant écrivait que « *les juristes cherchent encore une définition pour leur concept de droit*⁴⁵⁹ » ; le problème est toujours d'actualité. D'aucuns, influencés par le dogmatisme positiviste, identifieront le droit à l'État, sans autre modulation possible. Pourtant, ainsi que Norbert Rouland l'expliquait, « *admettre que toutes les sociétés non étatiques n'ont pas de droit, [...] ne paraît guère raisonnable*⁴⁶⁰ » ; il s'agit là du résidu d'une croyance funeste en une supériorité de l'Occident. Or, le droit à l'autodétermination défini par l'article 3 de la DDPA implique que les peuples autochtones peuvent choisir librement et collectivement leur propre développement économique, social et culturel au travers de leurs institutions. Cette formulation recouvre une vaste étendue de droits qui ont été reconnu graduellement par les instances internationales (§1).

165 . En outre, si le droit n'est pas le seul produit des États, il paraît dès lors opportun d'opérer un changement de perspectives. Plutôt que de tenter de donner une définition ontologique du droit, nous nous proposons d'observer ce que les différentes sociétés appréhendent comme tel car une norme sera juridique si elle est considérée comme telle par le système à l'intérieur duquel « *elle naît et se déploie*⁴⁶¹ » (§2).

⁴⁵⁸ SAINT AUGUSTIN, *Les Confessions*, Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, n° 448, Paris, 1998, Livre XI, Chapitre XIV, 17.

⁴⁵⁹ KANT EMMANUEL, *Critique de la raison pure*, Gallimard, 6^{ème} éd., Paris, 1968, p. 503.

⁴⁶⁰ ROULAND NORBERT, « La coutume et le droit », dans DE DECKKER PAUL (dir.), *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, L'Harmattan, Paris, 1995, p. 33.

⁴⁶¹ DE BÉCHILLON DENYS, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Editions Odile Jacob, Paris, 1997, p. 109.

§1| L'IDENTIFICATION DES DROITS INHÉRENTS À L'AUTODÉTERMINATION

166 . C'est en premier lieu le droit à l'intégrité culturelle, conçu pour lutter contre la discrimination et la pratique assimilationniste qui servit de point d'appui à la reconnaissance de certaines revendications autochtones. Il a en effet été constaté que le système éducatif notamment était l'un des principaux moyens utilisés par les États pour tenter d'imposer la culture occidentale, contribuant à faire disparaître les cultures, les langues et le mode de vie des peuples autochtones⁴⁶². Selon John B. Henriksen, ce droit à la culture implique désormais pour les peuples autochtones celui de « *recouvrer, jouir de et enrichir leur héritage culturel et celui de tous leurs membres à accéder à l'éducation et à la culture*⁴⁶³ ». Passant d'une approche purement individualiste⁴⁶⁴ à collective de ce droit avec l'article 27 du PIDCP, cette disposition va finalement être rapprochée du droit à l'autodétermination. En 1995, Erica-Irène A. Daes met en exergue l'importance des questions culturelles et explique dans son rapport final, que la protection du patrimoine des peuples autochtones :

« [...] devrait être largement fondée sur le principe de l'autodétermination qui comporte le droit et le devoir des peuples autochtones de développer leurs propres cultures et systèmes de connaissances ainsi que leurs propres formes d'organisation sociale [...] La maîtrise des territoires et ressources traditionnels est essentielle à la transmission ininterrompue du patrimoine des peuples autochtones aux générations futures, ainsi qu'à sa pleine protection⁴⁶⁵ ».

⁴⁶² ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *Les droits des peuples autochtones et tribaux dans la pratique. Un guide sur la Convention n° 169 de l'OIT*, Programme pour la promotion de la Convention n° 169, Département des normes internationales du travail, Genève, 2009, p. 130.

⁴⁶³ HENRIKSEN JOHN B., « La mise en oeuvre du droit à l'autodétermination des peuples autochtones », *GITPA*, En ligne : <<http://www.gitpa.org/Autochtone%20GITPA%20300/gitpa%20300-2-1%20autodetermination%20Henriksen.htm>>.

⁴⁶⁴ ROY INGRID, *Vers un droit de participation des minorités à la vie de l'Etat?*, Wilson & Lafleur, Montréal, 2006, pp. 86-89.

⁴⁶⁵ DAES ÉRICA-IRENE, *Protection du patrimoine des populations autochtones*, Conseil économique et social, Commission des droits de l'Homme, Sous-Commission de la lutte contre les mesures

Se retrouve donc intrinsèquement liés protection du patrimoine et droit à l'autodétermination interne des peuples autochtones. En d'autres termes la protection du mode de vie des autochtones nécessite qu'ils disposent de leurs propres institutions et de la maîtrise de leurs territoires et ressources ancestrales sans lesquels leur culture ne saurait être maintenue.

167 . Selon Frédéric Deroche, le droit à l'autodétermination recouvre une dimension culturelle qui trouve sa source dans les rapports qu'entretiennent les peuples autochtones avec leurs terres. Incidemment leur identité culturelle sera préservée s'ils disposent de l'auto-administration dans le cadre de leurs territoires traditionnels⁴⁶⁶. De ce fait, le droit à l'autodétermination « *ne peut se réaliser pleinement que s'ils disposent de leurs terres et ressources naturelles*⁴⁶⁷ ». La reconnaissance de droits sur les terres traditionnelles est donc un préalable nécessaire à l'autodétermination des peuples autochtones. Celle-ci doit ensuite être concrétisée par un accès et des droits sur les ressources naturelles et par une protection particulière des terres ancestrales par le biais d'un droit de participation des peuples autochtones aux décisions qui affectent leur territoire. Dans un second rapport portant sur la relation à la terre des peuples autochtones, Érica-Irène A Daes explique que :

« même quand les droits sur les terres, territoires et ressources sont reconnus, l'exercice de l'autodétermination interne, c'est-à-dire d'une autorité et d'un pouvoir de décision pour ce qui concerne le développement, l'exploitation des ressources naturelles, la gestion et les mesures de conservation fait souvent défaut⁴⁶⁸ ».

discriminatoires et de la protection des minorités, 47^{ème} session, Rapport final, 21 juin 1995, E/CN.4/Sub.2/1995/26, p. 10.

⁴⁶⁶ *Rapport de la réunion d'experts chargés d'examiner l'expérience des pays dans le domaine de l'application de plans d'autonomie interne en faveur des populations autochtones*, 25 novembre 1992, E/CN.4/1992/42, para. 24.

⁴⁶⁷ DEROCHÉ FREDERIC, *Les peuples autochtones et leur relation originale à la terre : un questionnement pour l'ordre mondial*, L'Harmattan, Paris, 2008, p. 255.

⁴⁶⁸ DAES ÉRICA-IRENE, *Les peuples autochtones et leur relation à la terre*, Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, 2001, E/CN.4/Sub.2/2001/21, para. 66.

168 . Ainsi, le droit à l'autodétermination sur les terres revêt deux dimensions, une dimension culturelle et une dimension économique⁴⁶⁹. La première impose que les peuples autochtones puissent intervenir dans la réalisation de projets susceptibles de nuire à leur environnement ou de modifier leurs droits ce afin d'éviter « *la destruction, par des forces extérieures, de leur héritage, de leurs valeurs, de leur identité culturelle et de leur mode de vie*⁴⁷⁰ ». La seconde nécessite de tenir compte de l'aspect crucial de la souveraineté économique dans le droit à l'autodétermination⁴⁷¹ sauf à maintenir les peuples autochtones dans une situation précaire et essentialiste consistant à cristalliser leurs droits en fonctions de leurs activités précoloniales. Cette souveraineté sur les ressources naturelles ne signifie pas la remise en cause de la souveraineté de l'État mais reflète davantage « *le contrôle juridique exercé sur les ressources naturelles et la gestion de celles-ci*⁴⁷² », nécessaire préalable à la réalisation du développement économique des peuples autochtones, qui est un des aspects de l'exercice du droit à l'autodétermination. Ces deux dimensions du droit à l'autodétermination se retrouve dans la définition du droit au développement donné par l'OIT. L'organisation indique que les droits des peuples autochtones en ce qui a trait au développement implique notamment le droit d'être consulté et de participer à toutes les étapes des programmes de développement les concernant, le droit de bénéficier de ces projets afin d'améliorer leur situation socio-économique ou encore le droit d'utiliser leurs terres et de développer sur ces dernières des initiatives qui leurs sont propres⁴⁷³.

169 . Priver les peuples autochtones de leurs ressources naturelles les priverait de « *tout droit significatif à l'autodétermination économique et politique et à un*

⁴⁶⁹ DEROCHÉ FREDERIC, *Les peuples autochtones et leur relation original à la terre : un questionnement pour l'ordre mondial*, op. cit., pp. 257-264.

⁴⁷⁰ Ibid., p. 263.

⁴⁷¹ ÖZDEN MELIK et GOLAY CHRISTOPHE, *Le droit des peuples à l'autodétermination et à la souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles sous l'angle des droits humains*, brochure, collection du Programme Droits Humains du Centre Europe – Tiers Monde (CETIM), 2010, op. cit., p. 14.

⁴⁷² DAES ÉRICA-IRENE, *Souveraineté permanente des peuples autochtones sur les ressources naturelles*, Conseil économique et social, Commission des droits de l'Homme, Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, 56^{ème} session, 13 juillet 2004, E/CN.4/Sub.2/2004/30, para. 18.

⁴⁷³ ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *Les droits des peuples autochtones et tribaux dans la pratique. Un guide sur la Convention n° 169 de l'OIT*, op. cit., pp. 118-119.

développement autonome⁴⁷⁴ ». Réciproquement, ces droits sur les ressources notamment ne peuvent être assurés que par la mise en place d'institutions autochtones effectives. Selon James Anaya, « les êtres humains, individuellement ou en groupes, sont également habilités à maîtriser leurs propres destins et à vivre au sein d'institutions et de gouvernements qu'ils ont choisis⁴⁷⁵ ». Ainsi, sur le plan politique, l'exercice du droit à l'autodétermination se manifeste par la création d'institutions autonomes permettant aux peuples autochtones de gérer leurs affaires dans les domaines économique, social et culturel. Selon l'OIT, « ce droit collectif des peuples autochtones à sauvegarder, régier et développer leurs propres institutions sociales » englobe la reconnaissance de « leurs us, leurs coutumes, leurs systèmes juridiques et leurs droits coutumiers⁴⁷⁶ ». La DDPA leur reconnaît ainsi le droit de développer leurs structures institutionnelles et leurs systèmes juridiques⁴⁷⁷, et de déterminer notamment la structure de leurs institutions ou les procédures de nomination de leurs membres⁴⁷⁸.

170 . L'engagement participatif des peuples autochtones est un autre aspect de l'autodétermination politique traduisant le fait que bien que disposant de structures politiques autonomes, ils ne vivent pas nécessairement en vase clos et ont le droit de participer aux « structures sociales et politiques de la société au sens large⁴⁷⁹ ». Une participation réelle et effective des peuples autochtones aux décisions qui les concernent est ainsi prévue par l'article 18 de la DDPA. Cette obligation dont l'objectif est de permettre aux peuples autochtones de donner leur avis sur « les orientations qu'ils jugent indispensables à leur développement⁴⁸⁰ » se traduit par la mise en œuvre de mécanisme de consultation par l'intermédiaire d'institutions

⁴⁷⁴ DAES ÉRICA-IRENE, *Souveraineté permanente des peuples autochtones sur les ressources naturelles*, op. cit., para. 58.

⁴⁷⁵ ANAYA S. JAMES, « Le droit des peuples autochtones à l'autodétermination après l'adoption de la Déclaration », dans CHARTERS CLAIRE, STAVENHAGEN RODOLFO (dir.), *La déclaration des droits des peuples autochtones – Genèse, enjeux et perspectives de mise en œuvre*, L'Harmattan, coll. Horizons autochtones, Paris, 2013, op. cit., p. 189.

⁴⁷⁶ ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *Les droits des peuples autochtones et tribaux dans la pratique. Un guide sur la Convention n° 169 de l'OIT*, op. cit., p. 49.

⁴⁷⁷ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Résolution 61/295 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, A/RES/61/295, 107^{ème} séance plénière, 13 septembre 2007, op. cit., art. 20 et 34 notamment.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, art. 33 al. 2.

⁴⁷⁹ ANAYA S. JAMES, « Le droit des peuples autochtones à l'autodétermination après l'adoption de la Déclaration », op. cit., p. 194.

représentatives et par le développement du principe du consentement préalable, libre et éclairé des peuples autochtones. Si la consultation doit être menée de bonne foi et à l'aide de procédures appropriées dans le dessein d'obtenir l'accord des peuples autochtones, ce consentement n'est cependant pas unanimement considéré comme un droit de veto et certains pays, tel que le Canada, voient dans le respect de ce principe, une obligation de moyens plus qu'une obligation de résultat.

171 . L'autodétermination implique néanmoins que les peuples autochtones ont le droit de disposer d'un système juridique apte à régir leur vie en société et de participer aux décisions étatiques susceptibles de les affecter. Ainsi que l'indique Erika Techera, « *l'auto-détermination politique englobe le contrôle de la réglementation juridique des vies des peuples indigènes et, par conséquent la reconnaissance du droit coutumier [...] considéré comme l'une des "caractéristiques fondamentales" de la "culture et des revendications de souveraineté indigène"*⁴⁸¹ ». Ce droit à l'autodétermination nécessite donc de reconnaître l'existence de véritables systèmes juridiques autochtones, existants indépendamment du droit étatique et susceptibles de régir la vie en société des peuples autochtones et leur interaction avec l'État dans lequel ils vivent.

§ 2| LA RECONNAISSANCE DE SYSTÈMES JURIDIQUES AUTOCHTONES : UN RENVERSEMENT DE PERSPECTIVES SUR L'APPRÉHENSION DU DROIT

172 . Le « vertige sémantique⁴⁸² » qu'occasionne une recherche de la définition du concept de droit implique d'explorer d'autres voies pour appréhender le

⁴⁸⁰ DEROCHE FREDERIC, *Les peuples autochtones et leur relation originale à la terre : un questionnement pour l'ordre mondial*, op. cit., p. 250.

⁴⁸¹ TECHERA ERIKA, « Pluralisme juridique, droit coutumier et gestion de l'environnement : le rôle du droit international dans le Pacifique Sud », dans MEYER NADEGE, DAVID CARINE (dir.), *L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale. Eléments d'ici et d'ailleurs...*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 462.

⁴⁸² GOYARD-FABRE SIMONE, « Le droit, tâche infinie », *Droits*, vol. 11, 1990 p. 25.

juridique (A). En ce sens, l'idée de culture juridique enchâssée dans une culture sociétale spécifique permettrait d'en percevoir une acception plus large. Cette dernière dépendrait d'une conscience juridique populaire déterminant elle-même la place du droit dans une société donnée⁴⁸³ (B).

A | La question de la définition du droit

173 . L'État français conçoit la juridicité sur un mode très exclusif. L'histoire de France démontre pourtant que cette conception moniste de la juridicité n'a pas toujours eu la même intensité⁴⁸⁴. La centralisation napoléonienne, le colonialisme et l'internationalisation des relations politiques et commerciales⁴⁸⁵ ont réussi à imposer un dogmatisme juridique selon lequel « *le droit est et doit-être le droit de l'État, uniforme pour tous les individus, exclusif de tout autre droit, et produit par un ensemble unique d'institutions étatiques*⁴⁸⁶ ». Cette idéologie juridique républicaine révèle trois principes⁴⁸⁷ profondément ancrés dans la culture juridique française : le centralisme, qui soutient que le droit ne peut être issu que de l'État politique et souverain ; le monisme, qui présuppose qu'il ne peut exister qu'un seul ordre juridique correspondant à un seul espace géographique ; l'analyse positiviste du droit par laquelle la norme juridique est définie exclusivement comme celle édictée ou reconnue par l'État et dont la sanction est assurée par la contrainte étatique.

⁴⁸³ « Culture juridique », in ARNAUD ANDRE-JEAN (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J, 2^{ème} éd., Paris, 1993, pp. 139-142.

⁴⁸⁴ ROULAND NORBERT, *L'État français et le pluralisme. Histoire politique des institutions publiques de 476 à 1792*, Editions Odile Jacob, Paris, 1995, 377 p.

⁴⁸⁵ DE BÉCHILLON DENYS, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Editions Odile Jacob, Paris, 1997, *op. cit.*, p. 133.

⁴⁸⁶ GALANTER MARC cité par GRIFFITHS JOHN, « What is Legal Pluralisme ? », *Journal of Legal Pluralisme and Unofficial Law*, n° 24, 1986, p. 3, traduit par LAVOREL SABINE, *Des manifestations du pluralisme juridique en France. L'émergence d'un droit français des minorités nationales*, Thèse de droit public, Université Pierre Mendès France, Grenoble II, 2007, p. 33.

⁴⁸⁷ MACDONALD RODERICK A., « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », *RDUS*, vol. 33, 2002, *op. cit.*, p. 135.

Cette position, résultante d'une pure construction occidentale, est une préconception qui annihile toute velléité d'observation objective de la réalité du champ juridique⁴⁸⁸. Pourtant, c'est l'observation de la réalité normative et non la contemplation idéalisée de la norme qui constitue le champ de la science du droit. Il semble en effet « *qu'aucun obstacle théorique ne s'oppose à ce qu'une conception générale du Droit fasse l'économie d'une référence à l'État*⁴⁸⁹ ». C'est ce que démontrent les partisans du pluralisme juridique lorsqu'ils constatent qu' « *au même moment, dans le même espace social, peuvent coexister plusieurs systèmes juridiques, le système étatique certes, mais d'autres avec lui, indépendants de lui, éventuellement ses rivaux*⁴⁹⁰ ».

174 . Certains peuples autochtones tels que le peuple kanak s'attachent à présenter leurs particularismes normatifs dans le but d'arriver « *à vivre et exercer [leurs] droits sur les territoires coutumiers dans le cadre d'un schéma institutionnel cohérent*⁴⁹¹ ». Le Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie demande par exemple à ce que « *la gestion juridique et institutionnelle du pays [rompt] avec les rouages du monisme juridique ou du centralisme administratif pour permettre le dialogue juridique entre les deux légitimités présentes en Nouvelle-Calédonie*⁴⁹² ». Son argumentaire repose sur l'affirmation que le peuple kanak possède un droit propre conduisant à le présenter comme collectivité juridique susceptible d'autonomie par rapport à la France⁴⁹³.

175 . La déclaration de cette juridicité fait cependant l'objet de nombreuses controverses, d'autant plus persistantes qu'il n'existe actuellement aucun critère universel⁴⁹⁴ de la juridicité ayant fait l'objet d'une unanimité pleine et entière. Norberto Bobbio explique que les tenants du positivisme, s'ils ne réfutent pas

⁴⁸⁸ LAVOREL SABINE, *Des manifestations du pluralisme juridique en France. L'émergence d'un droit français des minorités nationales*, op. cit., p. 56.

⁴⁸⁹ DE BÉCHILLON DENYS, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, op. cit., p. 139.

⁴⁹⁰ CARBONNIER JEAN, *Sociologie juridique*, PUF, coll. Quadrige, Paris, 2004, p. 356.

⁴⁹¹ SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, *Avenir institutionnel de Kanaky-Nouvelle-Calédonie*, Nouméa, 2016, op. cit., p. 8.

⁴⁹² *Ibidem*.

⁴⁹³ LAVOREL SABINE, *Des manifestations du pluralisme juridique en France. L'émergence d'un droit français des minorités nationales*, op. cit., p. 62.

⁴⁹⁴ Étienne Le Roy a défini ce critère comme étant la « *ligne de partage entre le droit et le social juridique [...], le caractère hypothétique par lequel les règles de droit peuvent être mises à part de l'ensemble des règles de conduite sociale* ». Si cette définition est véridique, elle ne permet cependant pas d'identifier un critère permettant de déterminer précisément la juridicité d'une norme. Cf. en ce

l'existence de ces groupes, ramènent toutefois leur existence au rang de simple fait social. La définition du droit a subi « *une mutation véritablement mythique*⁴⁹⁵ » en Occident qui lie de manière insécable le droit à l'existence d'un État, à la formulation de règles et à la reconnaissance de sa rationalité⁴⁹⁶.

A contrario, l'adoption d'un positionnement pluraliste impliquerait l'admission qu'une conception générale du droit puisse faire « *l'économie d'une référence à l'État*⁴⁹⁷ » car il y aurait « *a priori du Droit partout parce qu'il existe partout des moyens normatifs de régler la vie en société, mais que ce "Droit" possède des structures et des formes multiples*⁴⁹⁸ ».

176 . Délaissant les archétypes du centralisme, Michel Alliot estime que le droit d'une société s'ordonne autour de sphères d'action dans les domaines qu'elle tient pour vitaux. Ces sphères sont la lutte et le consensus, couple indissociable permettant tout à la fois la construction et la pérennisation d'une société et la légitimité nécessaire à sa survie⁴⁹⁹. C'est ici l'idée de culture juridique qui fait son apparition. Elle se définit comme l'ensemble « *des valeurs, des représentations, des discours, des techniques et des institution relatives au droit*⁵⁰⁰ » propre à une collectivité et, en ce sens, la qualification de ce qui est juridique serait du seul ressort de la société concernée.

177 . Une autre théorie peut être avancée qui semble conforter cette position. Herbert Lionel Adolphus Hart⁵⁰¹ s'est penché de manière approfondie sur le

sens : LE ROY ÉTIENNE, *Le jeu des lois. Une anthropologie dynamique du droit*, L.G.D.J, coll. Droit et Société, Paris, 1999, p. 187.

⁴⁹⁵ ALLIOT MICHEL, « Anthropologie et juridique. Sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit », *Bulletin de liaison du LAJP*, n° 6, 1983, p. 84.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 85.

⁴⁹⁷ DE BÉCHILLON DENYS, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.*, p. 139.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, p. 135.

⁴⁹⁹ ALLIOT MICHEL, « Anthropologie et juridique. Sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit », *op. cit.*, p. 84.

⁵⁰⁰ OTIS GHISLAIN, « Cultures juridiques et gouvernance : cadre conceptuel », dans OTIS GHISLAIN, Cissé ABDOULLAH, DE DECKKER PAUL, MASTOR WANDA (dir.), *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone – Présentation générale d'une problématique*, Éditions des archives contemporaine - Agence universitaire de la Francophonie, coll. Savoirs francophones, Paris, 2010, *op. cit.*, p. 4.

⁵⁰¹ HART HERBERT LIONEL ADOLPHUS, *Le concept de droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, 2^{ème} éd., Bruxelles, 2005, pp. 266 et s.

concept de système juridique. Il identifie l'ordre juridique⁵⁰² comme la somme de règles primaires, prescrivant ou interdisant certains comportements et, secondaires, conférant certains pouvoirs aux autorités en place. Dans cette seconde catégorie, il met en avant l'existence de la règle de reconnaissance⁵⁰³ qui revêt une importance capitale. Cette dernière permet en effet d'identifier les normes primaires appartenant à un ordre juridique et leur octroie ainsi une pleine validité⁵⁰⁴. Selon Hart, la présence de règles secondaires permettrait de distinguer les systèmes pré-juridiques des systèmes juridiques. Certains auteurs font une lecture restrictive de ces travaux en prétendant que les règles secondaires doivent nécessairement se présenter sous la forme d'une législation étatique pour pouvoir prétendre à être intégrées dans un véritable système juridique⁵⁰⁵. Cette hypothèse exclurait toute velléité de composition d'un véritable système juridique pour les peuples autochtones en dehors des procédés législatifs étatiques.

D'autres chercheurs pensent en revanche qu'une lecture plus nuancée des thèses de Hart n'exclut pas de penser que les règles secondaires puissent être des règles coutumières éventuellement orales⁵⁰⁶ car si la rédaction de règles non écrites est un « *pas important*⁵⁰⁷ », il n'est « *pas en soi décisif*⁵⁰⁸ » pour faire apparaître une règle de reconnaissance. Dans ces circonstances, les peuples autochtones susceptibles d'établir, même oralement, des règles de reconnaissance, seraient à même de valider les règles primaires et donc de leur conférer une valeur juridique.

⁵⁰² « Ordre juridique » et « système juridique » seront considérés ici comme des synonymes.

⁵⁰³ Plus précisément, H.L.A. Hart propose trois types de règles secondaires. Les règles de reconnaissance mentionnées mais également les règles de changement et les règles de décisions qui confèrent successivement à certaines autorités le pouvoir de modifier ou de supprimer une règle de droit et celui de trancher les litiges ayant trait à l'application des règles primaires.

⁵⁰⁴ LA TORRE MASSIMO, « Le modèle hiérarchique et le Concept de droit de Hart », *Revus*, n° 21, 2013, p. 128.

⁵⁰⁵ MENSKI WERNER F., *Comparative Law in a Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge University Press, 2^{ème} éd., Cambridge, 2006, p. 34 ; HALPÉRIN JEAN-LOUIS, « La détermination du champ juridique à la lumière des travaux récents d'histoire du droit », *Droit et société*, vol. 2, n° 81, 2012, pp. 403-423.

⁵⁰⁶ HALPÉRIN JEAN-LOUIS, « La détermination du champ juridique à la lumière des travaux récents d'histoire du droit », *op. cit.*, p. 415.

⁵⁰⁷ HART HERBERT LIONEL ADOLPHUS, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 120.

⁵⁰⁸ *Ibidem*.

178 . Ces approches ont pour avantage de contourner l'insoluble question de la définition du droit en mettant en exergue « *l'autonomie formelle*⁵⁰⁹ » et « *l'auto-référentialité*⁵¹⁰ » propres à tout système juridique. Aussi, délaissant l'étude de la seule règle juridique, il convient d'analyser ces normes « *en fonction de leur appartenance à un ensemble structuré et cohérent, régi par une logique globale et animé par une dynamique propre d'évolution*⁵¹¹ ». S'il est admis que « *la culture juridique doit être dissociée de l'État-nation pour échapper à l'enfermement national*⁵¹² », il importe désormais d'identifier ces sociétés porteuses de systèmes juridiques propres.

B | Une identification empirique de la règle de droit : l'autoréférentialité des systèmes juridiques

179 . Défendre l'idée d'un droit n'étant pas uniquement le produit d'un système de contrainte étatique implique de le considérer comme un phénomène social. Partant de cette hypothèse, « *le système juridique est un système fonctionnel qui se différencie à l'intérieur de la société*⁵¹³ ». Cela dit, il faut identifier ces sociétés productrices de droit⁵¹⁴ (1). Les critères d'identification mis en avant par les tenants de cette approche permettent d'accréditer le fait que les Kanaks forment une telle société (2).

⁵⁰⁹ GÉRARD PHILIPPE, « L'idée de règle de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes », *RIEJ*, vol. 65, n° 2, 2010, p. 67.

⁵¹⁰ *Ibidem*.

⁵¹¹ CHEVALLIER JACQUES, « L'ordre juridique », dans CHEVALLIER JACQUES, LOSCHAK DANIELE (dir.), *Le droit en procès*, PUF-CURAPP, Paris, 1983, p. 8.

⁵¹² OTIS GHISLAIN, « Cultures juridiques et gouvernance : cadre conceptuel », *op. cit.*, p. 5.

⁵¹³ LUHMANN NIKLAS, « Le droit comme système social », *Droit et Société*, vol. 11, n° 1, 1989, p. 56.

⁵¹⁴ VIRALLY MICHEL, « Le phénomène juridique », *RDP*, vol. 82, 1966, p. 36.

1 | LES CRITÈRES D'IDENTIFICATION DES SYSTÈMES JURIDIQUES

180 . Maurice Hauriou pose les premiers jalons de cette réflexion en tentant, par le biais de sa théorie des institutions, de discerner l'origine des phénomènes juridiques dans la réalité sociale, proposant de ce fait une approche interdisciplinaire. Si Hauriou appréhende l'institution en tant qu'objet, il la conçoit également en tant que processus instituant un groupe humain en organisation définie. S'inspirant des travaux d'Émile Durkheim selon lesquels l'institution rassemble « *toutes les croyances et tous les modes de conduite institués par la collectivité*⁵¹⁵ », il va toutefois constater que cette analyse, par trop objectiviste, n'explicite pas la raison du maintien de l'institution dans la durée. Selon lui, un critère subjectif, l'idée de puissance, assurerait au-delà de l'adhésion immédiate suscitée par l'identité, une cohésion pérenne dans le temps⁵¹⁶. Pendant longtemps, ses recherches ont pour principale vocation de proposer un modèle explicatif de l'État⁵¹⁷. En 1925, constatant que son analyse est généralisable, il élargit sa réflexion en proposant un modèle théorique de l'institution s'appliquant à tout groupe organisé. Pour Maurice Hauriou, l'institution est :

« une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures »⁵¹⁸.

Trois critères semblent donc nécessaires à l'apparition d'une institution. Une idée d'œuvre, c'est-à-dire une finalité à atteindre et les moyens mis en œuvre pour y parvenir, présiderait à la constitution de cette institution et expliquerait la formation

⁵¹⁵ DURKHEIM ÉMILE, « Les règles de la méthode sociologique », 1894, En ligne : <http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/regles_methode/durkheim_regles_methode.pdf>, p. 15.

⁵¹⁶ MILLARD ERIC, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et Société*, n° 30-31, 1995 p. 388.

⁵¹⁷ HAURIOU MAURICE, *Principes de droit public*, Sirey, Paris, 1910, 734 p.

⁵¹⁸ HAURIOU MAURICE, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Centre de Philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, coll. Bibliothèque de Philosophie politique et juridique, Caen, 1986, p. 96.

et la cohésion du groupe. Cette adhésion immédiate devrait toutefois, pour perdurer dans le temps, se doter d'un gouvernement organisé puis s'employer à maintenir une communion entre les valeurs du groupe et le pouvoir politique. Cette combinaison permettrait ainsi la réalisation de l'idée directrice par le biais de l'édiction de règles juridiques qui acquerraient une autorité grâce à leur conformité à l'idée d'œuvre⁵¹⁹. Contrairement aux théories classiques pour lesquelles le droit crée les institutions, Maurice Hauriou affirme que ce sont les organisations créées par un mouvement et une volonté sociale qui génèrent du droit afin de se maintenir dans la durée.

181 . Ces critères, s'ils possèdent le mérite de démontrer que l'État n'est pas le seul concepteur de droit, restent toutefois le fruit de réflexions issues d'auteurs européens qui arrivent difficilement à se départir d'une conception occidentale et ethnocentrique de l'organisation sociale. Ainsi, il existe par exemple des sociétés autochtones dites « acéphales » dont la particularité est de ne pas disposer d'un « *pouvoir individualisé et pérennisé spécifiquement politique [et qui] dépourvues d'État, ignorent aussi ou veulent ignorer le commandement politique d'un chef autre que celui de la communauté familiale*⁵²⁰ ». En d'autres termes, bien que ces sociétés soient dépourvues de chefs politiques et d'autorités politiques centralisées⁵²¹, les études réalisées sur ces dernières « *montrent bien que, même s'il règne au départ une égalité au niveau institutionnel au sein de ses sociétés, tous les mécanismes, tous les stratagèmes du pouvoir existent*⁵²² ».

182 . Malgré cette réserve, il est constaté que ce changement de perspectives bouscule la doctrine classique en « *s'attaquant à des problèmes laissés en suspens, voire ignorés par les autres méthodes existantes*⁵²³ ». Il préfigure l'avènement de l'appréhension des systèmes juridiques à travers des approches qui

⁵¹⁹ MILLARD ÉRIC, « Hauriou et la théorie de l'institution », *op. cit.*, pp. 392-398.

⁵²⁰ LOMBARD JACQUES, « Préface », dans *Nature et formes de pouvoir dans les sociétés dites acéphales - Exemples camerounais*, Compte-rendu journée scientifique de Yaoundé, ORSTOM, Paris, 1978, p. 7.

⁵²¹ MFOULOU JEAN, « Allocution du Vice-Doyen de la Faculté des Lettres et Sciences Humaines de l'Université de Yaoundé », dans *Nature et formes de pouvoir dans les sociétés dites acéphales - Exemples camerounais*, Compte-rendu journée scientifique de Yaoundé, ORSTOM, Paris, 1978, pp. 23-24.

⁵²² LOMBARD JACQUES, « Allocution du Professeur J. Lombard », dans *Nature et formes de pouvoir dans les sociétés dites acéphales - Exemples camerounais*, Compte-rendu journée scientifique de Yaoundé, ORSTOM, Paris, 1978, pp. 25-26.

⁵²³ CHEVALLIER JACQUES, « L'analyse institutionnelle », dans CHEVALLIER JACQUES (dir.), *L'institution*, PUF-CURAPP, Paris, 1981, p. 4.

reprennent et développent la théorie de Maurice Hauriou, en proposant plusieurs critères d'identification.

183 . Santi Romano est l'un des premiers juristes à s'approprier la théorie de l'institution. Il en fait même le principal élément de la définition de l'ordre juridique lorsqu'il indique que « *tout ordre juridique est une institution et, inversement, tout institution est ordre juridique : il y a entre ces deux concepts, une équation nécessaire et absolue*⁵²⁴ ». Sa conception de l'ordre juridique semble cependant plus large. Au contraire de Maurice Hauriou, il se refuse à limiter la présence d'un ordre juridique aux seules institutions corporatives.

La corporation « *constitue une entité cohérente, avant même d'avoir reçu aucune structuration juridique* », le groupe qui la définit se trouvant « *cimenté, en dehors de toute construction juridique, par l'existence d'un sentiment de solidarité unissant tous ses membres*⁵²⁵ ». Les collectivités humaines concernées se distinguent par la stabilité qui les unit et peuvent se prévaloir d'une certaine permanence due à l'équilibre des forces internes. Une précision a été apportée sur cette notion de « solidarité » qui se trouve confortée par la présence d'une communauté d'intérêts, une situation factuelle qui relie les individus au groupe et les distingue de l'extérieur⁵²⁶, à l'exemple d'une identité commune. De ce fait, ces intérêts partagés seraient « *la justification, le moteur et la finalité du groupe*⁵²⁷ ».

184 . Cette caractéristique spécifique, propre aux institutions corporatives, se retrouve dans les critères d'identité des systèmes juridiques développés par François Ost et Michel Van de Kerchove. Ils qualifient ce premier critère « *d'autonomie sociale*⁵²⁸ ». Pour autant, s'ils conçoivent que pour certains auteurs cette autonomie est suffisante, ils estiment pour leur part que l'identité d'un système juridique se définit autour d'une pluralité de critères dont l'importance est cependant

⁵²⁴ ROMANO SANTI, *L'ordre juridique*, Dalloz, coll. Philosophie du droit, Paris, 2002, pp. 21-24.

⁵²⁵ CONSTANS LOUIS, *Le dualisme de la notion de personne morale administrative en droit français*, Dalloz, Paris, 1966, p. 172.

⁵²⁶ FÉRAL FRANÇOIS, *Approche dialectique du droit de l'organisation administrative: l'appareil d'état face à la société civile*, L'Harmattan, coll. Collection Logiques Juridiques, Paris, 2000, p. 168.

⁵²⁷ MOURGEON JACQUES, *La répression administrative*, L.G.D.J, coll. Bibliothèque de droit public, Paris, 1967, p. 29.

susceptible de variation d'un système juridique à un autre. À côté de l'autonomie sociale, ils mettent en avant deux autres critères, l'autonomie organisationnelle et l'autonomie organique, susceptibles de conforter l'existence d'un système juridique. Ces dernières sont déjà partiellement présentes dans les réflexions de Maurice Hauriou sans que toutefois transparaisse explicitement la nécessité d'une autonomie par rapport à l'État. Ainsi, l'autonomie organisationnelle implique qu'un ordre juridique n'est effectif que s'il possède une faculté d'auto-organisation soit une capacité à mettre en place une structure institutionnelle « *matérialisée par une distinction entre autorités dirigeantes et personnes dirigées [...] puisqu'il faut bien, à une œuvre commune, une direction commune*⁵²⁹ ». Une fois cette structure instituée, elle doit être prolongée par une autonomie organique garantissant à la collectivité l'exercice d'une activité juridique non hiérarchiquement subordonnée aux autorités étatiques. Les références apparaissent ici encore ethnocentrées. Dans les sociétés occidentales :

*« le pouvoir politique a été défini par ses effets : commander et être obéi. [...] Cette définition classique met l'accent sur le caractère coercitif des institutions politiques, sur la contrainte ressentie par les populations. Elle se trouve vigoureusement formulée par M. Weber lorsque ce dernier attribue à l'État le monopole de la violence légitime »*⁵³⁰.

185 . De telles définitions ne sont pas nécessairement en adéquation avec les sociétés autochtones. Une reconceptualisation de ces notions à l'aune des pratiques autochtones mériterait d'être entreprise afin de nuancer ces définitions. Ainsi, si la société kanake dispose de chefs et d'autorités coutumières, le pouvoir de commander est souvent tributaire d'un consensus général et préalable au niveau du groupe. La Charte du peuple Kanak rappelle à cet égard que :

⁵²⁸ OST FRANÇOIS et VAN DE KERCHOVE MICHEL, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, n° 94, Bruxelles, 2002, pp. 188-190.

⁵²⁹ MOURGEON JACQUES, *La répression administrative*, op. cit., p. 30.

⁵³⁰ BARBIER JEAN-CLAUDE, « Pot de terre contre pot de fer : les sociétés dites acéphales et l'État », dans *Nature et formes de pouvoir dans les sociétés dites acéphales - Exemples camerounais*, Compte-rendu journée scientifique de Yaoundé, ORSTOM, Paris, 1978, p. 56.

« les valeurs de cohésion, d'harmonie et de consensus impliquent en permanence la recherche de l'équilibre entre l'Homme composante de son collectif (famille-clan), son groupe social, entre la société et la nature environnante⁵³¹ ».

En tenant compte des nuances à apporter à la conception purement occidentale de ces critères, il reste possible de constater que les Kanaks, peuple autochtone de Nouvelle-Calédonie, possèdent un véritable système juridique et produisent, à ce titre, un droit extra-étatique.

2 | LA PRÉSENCE AVÉRÉE D'UNE COLLECTIVITÉ JURIDIQUE KANAKE

186 . Le peuple kanak constitue un « groupement solidaire et stable » de par son histoire et son origine. Peuple premier de la Nouvelle-Calédonie, colonisé, persécuté, il est aujourd'hui le « peuple autochtone » néocalédonien. L'idée d'œuvre présente chez le doyen Hauriou, la communauté d'intérêts que défend Santi Romano, sont, pour le peuple kanak, aisément identifiables. Il était, avant l'arrivée de la colonisation, et est toujours un peuple désireux de s'autodéterminer librement⁵³².

187 . Les Kanaks possèdent également des autorités coutumières, une structure institutionnelle coutumière qui régit leur vie en société. Gérard Orfila indique à cet égard que la société kanake possède « *une hiérarchie et une organisation complexe*⁵³³ ».

Ainsi, au plus haut niveau, les districts ou grandes chefferies sont administrés par des grands chefs et sont composés de plusieurs chefferies ou tribus⁵³⁴, placées sous l'autorité d'un petit chef. Ces dernières, structures coutumières de base avec les

⁵³¹ ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK, *Charte du Peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak*, adoptée par les chefferies coutumières de Nouvelle-Calédonie le 26 avril 2014, *op. cit.*, chap. I, art. 8.

⁵³² *Ibid.*, chap. III « Exercice du droit à l'autodétermination du peuple kanak ».

⁵³³ ORFILA GERARD, *Régime législatif, réglementaire et coutumier de la Nouvelle-Calédonie*, L'Harmattan, coll. Collection Logiques juridiques, Paris, 2000, p. 129.

clans, sont dirigées par des petits chefs, appelés également « poteau central », assistés par les conseils des chefs de clans, disposant chacun d'un président et d'un bureau⁵³⁵. Le conseil consultatif coutumier du territoire de Nouvelle-Calédonie avait décrit en 1994, la chefferie « *comme l'organisation sociale où évoluent plusieurs clans autour d'un chef reconnu et désigné par l'ensemble des chefs de clans*⁵³⁶ ». La Charte du Peuple Kanak confirmera et précisera cette définition en indiquant que ce niveau inter-clanique est la « *forme achevée de l'organisation socioculturelle et politique kanak [détenant] les éléments constitutifs de la souveraineté*⁵³⁷ ». Elle exprime l'autorité coutumière sur un territoire spécifique. Chaque tribu est ensuite divisée en clans, dirigés par un chef de clan et un Conseil des Anciens. L'organisation du clan est également structurée en terme hiérarchique mais celle-ci s'établit de manière générationnelle⁵³⁸. Ainsi, le chef est l'aîné du clan, sa fonction est de veiller « *au partage de responsabilité dans le clan, [d'assurer] la cohésion du groupe en tant qu'autorité légitime et de [garantir] la gestion du patrimoine du clan*⁵³⁹ ». Le chef de clan, assisté du Conseil des Anciens, organise l'application des normes coutumières et règle les affaires intéressant les biens du clan. La proposition de loi du pays du Sénat coutumier *relative à la succession coutumière kanak* précise le rôle du chef de clan en rappelant que ce terme n'a pas la même acception que dans le droit français. Ainsi :

« il est d'abord le porte parole du clan. En ce sens, il n'est pas un supérieur hiérarchique [...]. La décision qu'il est chargé de porter n'émane pas de sa personne prise au sens individuel. Le chef de clan ne décide en principe par

⁵³⁴ WAMYTAN LEON, « Clan », dans WAMYTAN LEON, LECA ANTOINE, FABERON FLORENCE (dir.), *101 mots pour comprendre la coutume kanak et ses institutions*, Centre de documentation pédagogique de Nouvelle-Calédonie, n° 10, Nouméa, 2016, p. 57.

⁵³⁵ SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, *Rapport sur l'état de la situation du peuple kanak – peuple autochtone de la Kanaky- Nouvelle-Calédonie*, p. 8.

⁵³⁶ WAMYTAN LEON, « Chefferie », dans WAMYTAN LEON, LECA ANTOINE, FABERON FLORENCE (dir.), *101 mots pour comprendre la coutume kanak et ses institutions*, Centre de documentation pédagogique de Nouvelle-Calédonie, n° 10, Nouméa, 2016, p. 50.

⁵³⁷ ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK, *Charte du Peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak*, op. cit., chap. II, sect. 1 « De l'organisation sociale », A « Des structures coutumières et de l'individu », art. 29.

⁵³⁸ SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, *Rapport sur l'état de la situation du peuple kanak – peuple autochtone de la Kanaky- Nouvelle-Calédonie*, op. cit., p. 7.

*et en tous les cas, pas seul. La décision qu'il est chargé de faire appliquer à une origine collective. Elle émane d'un consensus entre les membres du clan [...]. Enfin, le chef de clan a une fonction de régulation et de cohésion à l'occasion des évènements qui touchent les familles composantes du clan*⁵⁴⁰ ».

188 . Si le consensus échoue et qu'un litige advient, concernant par exemple l'occupation des terres, le Conseil des Anciens sera saisi. La prise de décision reposant sur le principe du consensus, le litige est, en cas d'échec, transmis au petit chef de tribu puis à défaut au grand chef qui statuera souverainement. Les chefferies sont également aptes à résoudre les conflits éventuels survenus entre clans, elles ont « *une fonction politique essentielle [consistant] à faire cohabiter sur un territoire donné des entités claniques exerçant des activités complémentaires*⁵⁴¹ ». Plus spécifiquement, c'est au niveau de la tribu et donc du conseil des chefs de clan que la gestion du capital foncier est assuré. Ce dernier est par exemple chargé de constater en cas de conflits, les droits de propriété des clans selon le droit coutumier⁵⁴². Une véritable structure hiérarchisée existe donc au sein de la société kanake.

189 . L'autonomie organique, comprise dans le sens de la production autonome de règles juridiques propres, peut également être démontrée. Gérard Orfila affirme d'ailleurs que :

« La coutume mélanésienne est remplie de règles impératives, d'interdits et de tabous qui s'appliquent à tous. Pour les Mélanésiens qui vivent dans la société traditionnelle ces règles sont ressenties comme une nécessité, car elles correspondent au système de raisonnement, à la logique de leur société

⁵³⁹ SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALÉDONIE, « Socle commun des valeurs kanak. Synthèse finale décembre 2013 », 2013, p. 20.

⁵⁴⁰ PROPOSITION DE LOI DU PAYS N° 01/2013/SC DU 22 AOÛT 2013 *relative à la succession coutumière kanak*, Exposé des motifs, J.O.N.C., 3 décembre 2013, p. 9565.

⁵⁴¹ MAPOU RAPHAËL, *Essai sur le dualisme de la souveraineté et le pluralisme juridique en Nouvelle-Calédonie : la reconnaissance des droits autochtones kanaks*, Mémoire de droit public, Université de Perpignan Via Domitia, 2012, p. 30.

⁵⁴² LECA ANTOINE, *Introduction au droit civil coutumier kanak*, PUAM, coll. Droit d'Outre-mer, Aix-en-Provence, 2016, p. 89.

[...]. Assorties de sanctions, ces règles coutumières présentent de manière indéniable le caractère obligatoire qui fait d'elles de véritables règles de droit⁵⁴³ ».

Des actes claniques, inter-claniques et issus des grandes chefferies sont produits au quotidien pour régler les affaires kanakes nécessitant prises de décisions, sanctions coutumières ou procédures de règlements des conflits. Les autorités kanakes rendent en effet des décisions ayant force obligatoire qui, à l'issue de procédures participatives nécessitant l'obtention d'un consensus⁵⁴⁴, sont consacrées par un procès-verbal de palabre. Au niveau du clan, la vie juridique s'articule autour d'un certains nombres d'évènements que sont, entre autres, la désignation du chef, la répartition des terres claniques, la conclusion des mariages, leurs dissolutions potentielles ou encore la filiation des enfants⁵⁴⁵. Ainsi, par exemple, pour un couple de statut coutumier, l'union suppose l'autorisation écrite, sous forme d'acte coutumier, de chaque chef de clan impliqué. Cette autorisation est absolument nécessaire. Le mariage ne pourra être enregistré à l'état civil coutumier⁵⁴⁶ que si l'acte coutumier est effectivement produit et par conséquent, uniquement avec l'assentiment du chef de clan. Ces actes pris par les autorités coutumières, sous forme de palabres, « *constituent la trame même du droit [kanak] tissé au quotidien de [leur] vie sociale*⁵⁴⁷ ». Cette brève illustration révèle la présence d'un ordre juridique autochtone en Nouvelle-Calédonie capable de produire des règles de droit. Encore

⁵⁴³ ORFILA GERARD, *Régime législatif, réglementaire et coutumier de la Nouvelle-Calédonie*, op. cit., p. 130.

⁵⁴⁴ Cf. notamment : ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK, *Charte du Peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak*, op. cit., art. 14 : « Les valeurs dans l'organisation sociale sont le respect, l'humilité, la solidarité, la fierté, le sens du devoir vis-à-vis des autres et de la terre. Le consensus est le mode de prise de décision. Il est en général mis en œuvre sous l'autorité de l'ainé, de l'ancien ou du chef en référence à leur fonction respective de gardiens, de vecteurs de la parole des ancêtres et de garants de la cohésion du groupe. » et art. 15 : « A titre indicatif, on identifie dans les grandes chefferies des Iles et dans certaines chefferies de la Grande Terre, la structuration suivante du pouvoir : le pouvoir suprême est exercé par le grand chef ; la fonction de porte-parole est exercée par un clan qui peut aussi être le clan gardien ; le conseil est exercé par des clans alliés ; le contre-pouvoir est exercé par les clans terriens. Les prises de décisions de la chefferie sont fondées sur le principe du consensus et du consentement préalable des clans ».

⁵⁴⁵ LECA ANTOINE, *Introduction au droit civil coutumier kanak*, op. cit., p. 87.

⁵⁴⁶ Cela doit être fait à la mairie dans les trente jours suivant la cérémonie. Cf. en ce sens : LAFARGUE REGIS, *La coutume face à son destin: réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, L.G.D.J., coll. Droit et société. Recherches et travaux, n° 22, Paris, 2010, p. 270.

faut-il que ces règles de droit soient jugées légitimes par les Kanaks et qu'ils les utilisent de manière effective. Or, en 2012, 231 mariages coutumiers ont été répertoriés en Nouvelle-Calédonie⁵⁴⁸.

190 . De même, la réglementation de certaines pratiques auparavant proscrites démontre que la coutume est vivante, autonome et susceptible d'adaptation. Cette constatation peut notamment être faite au regard du développement contemporain de la situation de concubinage. Il arrive en effet que les choix individuels des personnes souhaitant s'unir ne reçoivent pas l'assentiment de leurs clans respectifs. Or les individus, désireux de vivre en couple, persistent parfois dans cette démarche au détriment de la volonté coutumière. Outre le fait que cette nouvelle pratique remette en cause les alliances entre les clans, elle pose véritablement problème lorsque des enfants naissent de ce concubinage. La Charte du Peuple Kanak indique en son article 63 que *« l'enfant porte le nom du père et de son clan. C'est de la responsabilité du clan paternel de la maintenir en bonne santé physique et mentale, de l'habiller, de le nourrir, de l'éduquer et de lui donner une place dans la société »*. Cette disposition est traditionnellement intrinsèquement liée au mariage coutumier. En effet, dans le cadre des enfants nés hors-mariage, les enfants appartiennent normalement au clan maternel. Un adage issu de la langue vernaculaire traduit très bien cette règle en indiquant : *« si vous plantez des cocotiers sur mon terrain, et que vous venez en tirer les fruits, vous ne le pouvez pas car se sont les miens »*. Le clan maternel peut donc refuser de reconnaître la paternité d'un homme. En effet, le statut du père n'est en rien lié au lien biologique dans le droit coutumier. Le fait que la communauté ait connaissance du lien biologique unissant le père à l'enfant ne change rien quant à sa filiation. De même la reconnaissance de l'enfant par le père à l'état civil n'a que peu de portée dans la détermination du statut réel de l'enfant.

Aujourd'hui, le droit kanak s'est adapté et la situation des enfants nés hors mariage peut-être régularisé par la réalisation par le clan du père d'une coutume dite de

⁵⁴⁷ FÉRAL FRANÇOIS, « Note relative a la reforme des actes coutumiers des autorites kanakes », En ligne : <https://www.academia.edu/8332143/Note_relative_a_la_reforme_des_actes_coutumiers_des_autorites_kanakes>.

« pardon » et de « *réserve de l'enfant et de la mère* ». Si l'État français a imposé l'enregistrement de l'enfant à l'état civil, la pratique coutumière n'en tient pas compte, seul le geste coutumier de pardon ayant une réelle importance⁵⁴⁹.

L'interprétation constructiviste du droit valorise le rôle créateur de l'interprète, amené à trancher « *de véritables « questions de société », ce qui accuse le caractère nécessairement « politique » de leur intervention. Politique entendu ici au sens de règlement des affaires de la cité*⁵⁵⁰ ».

191 . Le droit pénal coutumier et les sanctions coutumières existent également et ce, même si le droit français se refuse à les reconnaître⁵⁵¹. Il est possible d'observer l'existence et la persistance de ce droit pénal coutumier dans les jugements rendus par les tribunaux⁵⁵², qui se retrouvent parfois confrontés à des demandeurs contestant les sanctions coutumières⁵⁵³. À la lecture de ces jugements, il peut être constaté que les sanctions coutumières ont deux objectifs, punir la faute commise afin de restaurer la paix sociale⁵⁵⁴ ou solutionner un conflit lorsque toutes les méthodes consensuelles ont échoué⁵⁵⁵.

⁵⁴⁸ ISEE NOUVELLE-CALEDONIE, « Naissances, mariages et décès de personnes se statut coutumier », En ligne : <<http://www.isee.nc/societe/societe-kanak/organisation-sociale>>.

⁵⁴⁹ GROUPE PACIFIQUE, *Comment se manifestent et sont gérées les interactions entre les ordres juridiques étatique et autochtone? Le consentement et la crise de l'individu dans la société kanak*, CRSH-AUF, État et cultures juridiques autochtones : un droit en quête de légitimité, 2016, pp. 20-21.

⁵⁵⁰ OST FRANÇOIS et VAN DE KERCHOVE MICHEL, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, n° 94, Bruxelles, 2002, *op. cit.*, pp. 98-99.

⁵⁵¹ FABERON FLORENCE, « Peines coutumières », dans WAMYTAN LEON, LECA ANTOINE, FABERON FLORENCE (dir.), *101 mots pour comprendre la coutume kanak et ses institutions*, Centre de documentation pédagogique de Nouvelle-Calédonie, n° 10, Nouméa, 2016, p. 178.

⁵⁵² Il faut ici préciser que les sanctions coutumières contestées devant les tribunaux sont minoritaires. Cependant, à défaut de données anthropologiques ou statistiques à ce sujet, l'étude des jugements rendus par les tribunaux permet d'appréhender la perpétuation du droit pénal coutumier ainsi que les différents types de sanctions existants.

⁵⁵³ L'objet de cette partie n'est pas de se questionner sur la conformité des sanctions coutumières aux libertés fondamentales. Elle vise seulement à démontrer l'existence et la production de normes pénales dans la société kanake.

⁵⁵⁴ TC Lifou, 8 avril 1999, *MP c/ Meite*, n° 35/99.

⁵⁵⁵ TC Nouméa, 16 janvier 1997, *MP c/ Moekia*.

Elles peuvent se traduire par des châtiments corporels tels que l'astiquage ou la bastonnade⁵⁵⁶, ou par l'expulsion de certains clans ou individus⁵⁵⁷, voire dans le cas d'occupants sans droits ni titre, par la destruction des biens matériels⁵⁵⁸ ou la mise à feu des bâtiments⁵⁵⁹.

Régis Lafargue, lors de l'étude d'une affaire portant sur le lynchage d'un homme ayant été surpris avec une femme mariée, note le retour en force des sanctions coutumières. Il indique qu'« *il avait été décidé (lors de la réunion du Conseil des anciens en avril 1994) de remettre en vigueur les sanctions coutumières. Ce conseil avait même précisé la sanction encourue par l'auteur d'infractions graves : la famille de la victime serait autorisée à le frapper à mains nues*⁵⁶⁰ ». Cette décision des autorités coutumières démontrent bien l'autonomie organique dont peut se prévaloir la société kanake.

192 . Enfin, des procédures de règlement des conflits existent et passent par la coutume de pardon. À l'inverse du droit français, le droit coutumier privilégie « *le rétablissement de la concorde morale par rapport à la réparation matérielle*⁵⁶¹ », il souhaite avant tout « *réparer le lien social brisé qui constitue la finalité de la coutume de pardon en ce qu'elle tend à mettre fin au conflit au plan collectif*⁵⁶² ». Des mesures de réparation d'ordres matérielles peuvent toutefois être prises et si elle reste essentiellement symbolique, à l'image de la remise de monnaies kanakes⁵⁶³, elles peuvent parfois se traduire par la cession de terre⁵⁶⁴.

193 . Toutes ces actions démontrent bien l'effectivité du droit kanak. Malgré la colonisation, les tentatives d'assimilation et d'acculturation, ils continuent à vivre

⁵⁵⁶ TC Nouméa, 22 octobre 1993, *MP c/ Poulawa et autres*, n° 1934 ; TC Lifou, 8 avril 1999, *MP c/ Meite*, n° 35/99, *op. cit.*

⁵⁵⁷ TC Lifou, 8 avril 1999, *MP c/ Meite*, n° 35/99, *op. cit.*

⁵⁵⁸ TC Nouméa, 16 janvier 1997, *MP c/ Moekia*, *op. cit.*

⁵⁵⁹ CA Nouméa, 28 avril 2009, *Fisdiepas c/ Ounine*, RG n° 89/2009.

⁵⁶⁰ LAFARGUE REGIS, *La coutume face à son destin: réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, *op. cit.*, p. 168.

⁵⁶¹ LECA ANTOINE, *Introduction au droit civil coutumier kanak*, *op. cit.*, p. 126.

⁵⁶² CA Nouméa, 12 juin 2013, *Kasarhérou c/ Kare*, RG n° 12/387.

⁵⁶³ La monnaie kanake est « *un objet d'échange. Présente dans les grandes cérémonies coutumières, elle consacre le lien entre l'homme et ses actes dans les domaines sociaux, économiques, politiques et religieux* », cité par : GONI YVES-BEALO, « Monnaie kanak », dans WAMYTAN LEON, LECA ANTOINE, FABERON FLORENCE (dir.), *101 mots pour comprendre la coutume kanak et ses institutions*, Centre de documentation pédagogique de Nouvelle-Calédonie, Nouméa, 2016, p. 152.

sous l'empire de leur système juridique qui régule leur vie en société, du mariage à l'adoption, en passant par le droit successoral, les attributions foncières et les sanctions pénales. L'effectivité de ces actes dépend également de la légitimité du pouvoir décisionnel et des valeurs qu'il défend, soit la présence d'une manifestation de communions selon Maurice Hauriou. Constatant le rôle actif que jouent au quotidien les institutions coutumières, cette légitimité est avérée.

194 . Il ne faut néanmoins pas dénier le fait que le colonialisme et la centralisation juridique ont restreint l'autonomie organique et l'effectivité des règles juridiques kanakes. Toutefois, si la domination du droit étatique vient limiter la capacité d'action de la collectivité, elle ne l'annihile pas. La persistance de l'ordre juridique autochtone et leur volonté de promouvoir l'identité kanake et de défendre leur souveraineté démontrent, au contraire, leur intention de maintenir leur autonomie présente et de se réapproprier leur autodétermination passée. Le droit coutumier s'impose dès lors comme l'étendard des revendications autochtonistes kanakes, symbole de leur légitimité originaire.

⁵⁶⁴ *Ibidem.*

CONCLUSION DU TITRE I

195 . Le mouvement de décolonisation, à la fin de la Seconde Guerre Mondiale, a impacté les revendications kanakes en Nouvelle-Calédonie. Désireux de recouvrer leur liberté et leur souveraineté précoloniale, les leaders kanaks voyaient dans l'indépendance de l'archipel, le meilleur moyen pour y parvenir.

La reconnaissance progressive des peuples autochtones au niveau international a cependant entraîné une nouvelle forme de réflexion, non plus basée sur la légitimité des urnes mais sur celle de des chefferies et des clans⁵⁶⁵. Le CNCDH relève cette évolution en indiquant que « *le référentiel autochtone, coutumier, a progressivement supplanté celui de l'indépendance qui ne reflète plus désormais la volonté commune des Kanaks*⁵⁶⁶ ».

196 . La Charte du peuple kanak montre aujourd'hui que leur désir d'autodétermination n'a pas pour objectif une remise en cause de l'intégrité territoriale de l'État mais davantage une coexistence pacifique au sein de ce dernier. Les Kanaks souhaitent que leur soit reconnue une autonomie interne découlant de l'existence de leur propre système juridique. Face à la prédominance du monisme juridique en France, ils structurent aujourd'hui leurs efforts autour « *de l'affirmation de la légitimité historique des structures coutumières et de l'affirmation de la coutume en tant que système juridique et socio-culturel propre*⁵⁶⁷ ».

⁵⁶⁵ CNCDH, *Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : La situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des amérindiens de Guyane*, J.O.R.F., n° 0061, 12 mars 2017, texte n° 33, *op. cit.*, p. 54.

⁵⁶⁶ *Ibidem*.

⁵⁶⁷ SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, *Rapport sur les institutions coutumières. 1988-2018*, Nouméa, 2015, p. 13.

Titre II :

Les limites de la reconnaissance de l'autochtonie kanake par l'appareil d'État postcolonial

197 . La persistance des théories moniste et unitaire chères à l'État français transparaît dans l'Accord de Nouméa qui ne reconnaît le peuple kanak que pour mieux l'intégrer dans un ensemble plus vaste, dans un idéal de destin commun et de retour à l'unité nationale. Cette manœuvre politique, est symptomatique d'un État souhaitant s'absoudre pour pouvoir oublier les méfaits de la colonisation et reconstruire un idéal national épuré de toutes revendications contestataires.

198 . Cette impression est confortée par la mise en place d'institutions coutumières dénuées d'effectivité et la reconnaissance d'autorités coutumières à qui sont refusées toutes prérogatives de droit public susceptibles de leur octroyer un minimum de libre-détermination au sein de l'archipel (Chapitre I). Par ailleurs, si la mise en perspective des théories monistes et pluralistes permet de démontrer qu'un dualisme semble instauré par l'Accord de Nouméa dans les domaines du droit civil et des terres coutumières, le statut coutumier demeure majoritairement sous l'emprise du droit commun (Chapitre II).

CHAPITRE I :

LES RÉTICENCES DU DROIT FRANÇAIS

DANS LA RECONNAISSANCE DE

L'IDENTITÉ DU PEUPLE KANAK

199 . Certaines dispositions de l'Accord de Nouméa laissent en effet présager pour la première fois dans l'Histoire française une certaine reconnaissance de l'autochtonie en Nouvelle-Calédonie. L'évolution primordiale consentie par l'Accord de Nouméa réside dans la reconnaissance du « peuple kanak ». Pour Alain Christnacht, *« de marginalisé, différent, inférieur, le Kanak devient celui qui est au centre de la société nouvelle. Repoussé par les arrivants, c'est maintenant lui qui accueillent ceux qui arrivent »*⁵⁶⁸.

200 . Pourtant, et ce même si l'existence d'un peuple originel est effectivement admise, les termes du préambule reste ambigus. Certes, l'Accord introduit pour la première fois un mouvement de décolonisation en reconnaissant le fait colonial et la présence sur l'archipel néocalédonien d'un peuple premier dont les droits avaient été spoliés. Les Accords de Matignon eux-mêmes, polarisés sur la pacification du territoire, n'avaient accordé que peu d'intérêt aux conséquences délétères de la colonisation. Cependant, l'orientation donnée aux développements fait transparaître une vision plus nuancée de la situation et révèle une dichotomie opposant l'autochtonie à la conception unitaire de l'État français (Section I). Cette dichotomie se retrouve également dans la mise en place et la reconnaissance d'institutions et

⁵⁶⁸ CHRISTNACHT ALAIN, « La reconnaissance du peuple kanak par le droit français », dans PÉSSINA-DASSONVILLE STEPHANE (dir.), *Le statut des peuples autochtones : A la croisée des savoirs*, Karthala – Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris – UMR de droit comparé, coll. Cahiers d'anthropologie du droit, Paris, 2012, p. 104.

d'autorités coutumières dépourvues de toutes prérogatives, laissant à penser que le droit à l'autodétermination, tel que décrit dans la Déclaration des Nations Unies, est encore loin d'être effectif (Section II).

SECTION I | LA PERSISTANCE DE L'IDÉAL NATIONAL

201 . Si les rédacteurs de l'Accord de Nouméa paraissent faire amende honorable en rappelant les méfaits de la colonisation sur un territoire qui était peuplé, il semble que cette stratégie de reconnaissance du peuple kanak ait avant tout pour dessein de les incorporer dans l'ensemble plus vaste de la communauté néocalédonienne, sous couvert de destin commun (§1). Le gouvernement français, s'il reconnaît désormais la présence de population autochtone sur son territoire, n'est toutefois pas prêt à remettre en cause l'idéal théorique de l'État-nation (§2).

§ 1 | VERS UN DESTIN COMMUN : LA CONSTRUCTION FICTIVE DE L'UNITÉ NATIONALE DANS L'ACCORD DE NOUMÉA

202 . L'Accord de Nouméa réalise pour la première fois une véritable incursion mémorielle dans l'Histoire de la Nouvelle-Calédonie. S'il admet que la colonisation a eu des répercussions sur la société kanake, il précise que toutes n'ont pas été nuisibles (A) et que la mixité qui en a résulté pourrait aujourd'hui permettre d'édifier une nation néocalédonienne, entraînant la fusion de toutes les communautés présentes sur le territoire (B).

A | Une incursion mémorielle équivoque : la reconnaissance mitigée des méfaits de la colonisation

203 . Le préambule de l'Accord de Nouméa reconnaît de manière indubitable la domination française en Nouvelle-Calédonie⁵⁶⁹. Il satisfait à ce titre à une demande maintes fois répétée de solder le contentieux colonial⁵⁷⁰. Il est vrai que la Constitution française affirme depuis déjà près d'un demi-siècle écarter « *tout système de colonisation fondé sur l'arbitraire*⁵⁷¹ ». Face aux revendications croissantes en Nouvelle-Calédonie, l'État a donc admis que :

« la colonisation a porté atteinte à la dignité du peuple kanak qu'elle a privé de son identité. Des hommes et des femmes ont perdu dans cette confrontation leurs vies ou leurs raisons de vivre. De grandes souffrances en sont résultées. Il convient de faire mémoire de ces moments difficiles, de reconnaître les fautes, de restituer au peuple kanak son identité confisquée⁵⁷² ».

204 . Il a également été reconnu que lors de la prise de possession, aucune relation juridique n'avait été établie avec les peuples présents sur le territoire. Les traités signés à l'époque avec les autorités coutumières présentes n'ont été dans les faits que des actes unilatéraux, imposant les volontés d'un pays à un peuple qui n'avait d'autre choix que de se soumettre. Évoquant les « *ombres de la période coloniale*⁵⁷³ », la France rappelle la réalité des dépossessions, des pillages et des humiliations dont les Kanaks ont été victimes et constate « *le traumatisme durable*⁵⁷⁴ » que cela a engendré pour le peuple d'origine.

⁵⁶⁹ ACCORD SUR LA NOUVELLE-CALEDONIE SIGNE A NOUMEA LE 5 MAI 1998, J.O.R.F., n° 121, 27 mai 1998, p. 8039, *op. cit.*, Préambule, pt. 2 : « *La colonisation de la Nouvelle-Calédonie s'est inscrite dans un vaste mouvement historique où les pays d'Europe ont imposé leur domination au reste du monde* ».

⁵⁷⁰ FABERON JEAN-YVES, « La Nouvelle-Calédonie : vivre l'accord de Nouméa », *Revue française d'administration publique*, n° 101, 2002, p. 40.

⁵⁷¹ CONSTITUTION DU 27 OCTOBRE 1946, *op. cit.*, pt. 18 du préambule.

⁵⁷² ACCORD SUR LA NOUVELLE-CALEDONIE SIGNE A NOUMEA LE 5 MAI 1998, *op. cit.*, Préambule, pt. 3, al. 8.

⁵⁷³ *Ibid.*, Préambule, pt. 3, al. 1.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, Préambule, pt.3, al. 2.

205 . Néanmoins, tout en confessant les torts imputables à la colonisation, l'Accord s'empresse de préciser que cette période « *« ne fut pas dépourvue de lumière*⁵⁷⁵ ». Selon Jean-Yves Faberon, ce modérantisme vise à éviter tout manichéisme en renonçant aux stéréotypes des bons et des mauvais⁵⁷⁶. Il est ainsi précisé que la détermination et l'inventivité des populations immigrées issues de cette colonisation intensive, avec l'aide de l'État, ont permis la mise en valeur de ce territoire et jeté les bases du développement. Cette volonté de relativiser les méfaits du colonialisme montre selon Geneviève Koubi que la France échoue à adhérer à la rhétorique de la repentance :

*« Dès les premières phrases de l'Accord de Nouméa, se ressent un flottement manifeste entre la certitude du bien fondé des actions passées et la culpabilité face aux conséquences présentes de ces dernières de la part du colonisateur et des colons*⁵⁷⁷ ».

206 . L'État se soustrait à une dynamique culpabilisante qui l'aurait contrainte à reconnaître aux populations autochtones la qualité de victime, « *posture préalable à une demande en réparation des torts subis*⁵⁷⁸ ». En résumant succinctement deux siècles de colonisation, en reliant dans un espace temps colonisation et décolonisation⁵⁷⁹, la France reconnaît que « *la colonisation a porté atteinte à la dignité du peuple kanak* » mais qu'il convient de « *faire mémoire de ces moments difficiles* » pour construire ensemble « *une nouvelle souveraineté* ». Refusant de s'attarder sur les éventuels ressentiments que pourraient encore conserver les colonisés à son endroit, l'État français construit la fiction d'un territoire désormais apaisé apte à générer une nation rassemblée et unifiée.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, Préambule, pt. 3.

⁵⁷⁶ FABERON JEAN-YVES, « La Nouvelle-Calédonie : vivre l'accord de Nouméa », *op. cit.*, p. 40.

⁵⁷⁷ KOUBI GENEVIEVE, « Sur les méfaits de la colonisation », *Cités*, n° 36, 2008, p. 67.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, p. 68.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, p. 72.

B | La dissolution rhétorique du peuple kanak en tant que peuple distinct

207 . Cette volonté de ne pas dénier tout intérêt à cette période de l'Histoire est également réalisée dans l'intention de conserver une certaine égalité entre les deux populations qui se côtoient sur le territoire. Le but est, semble-t-il, d'unir les peuples au sein d'une même communauté constitutive d'une nouvelle entité « fondue ». À cet égard, il est nécessaire de ne pas déprécier les colons et leurs entreprises, afin de pouvoir justifier d'un destin commun⁵⁸⁰. Ainsi l'Accord précise-t-il que les colons ont participé au développement de la Nouvelle-Calédonie, « *en apportant des connaissances scientifiques et techniques, à la mise en valeur minière ou agricole et, avec l'aide de l'État, à l'aménagement de la Nouvelle-Calédonie*⁵⁸¹ ». Ils ont ainsi apporté le savoir et la connaissance, le progrès et la science qui manquaient en ces temps-là. De même, il est précisé que leurs intentions n'étaient pas mauvaises. Ils sont arrivés « *convaincus d'apporter le progrès, animés par leur foi religieuse, venus contre leur gré ou cherchant une seconde chance en Nouvelle-Calédonie* ». En plus d'honorer leur bonne foi, l'État français rappelle que la souffrance engendrée par la dépendance coloniale n'a pas touché que la société kanake et que « *les populations nouvelles ont aussi souffert dans leurs aspirations* ». Ainsi, au vu de l'affliction partagée et des progrès apportés, il semble que toutes les communautés aient mérité la même légitimité à vivre sur ce territoire et à contribuer à son développement⁵⁸².

208 . La France, admettant ses erreurs et son passé colonial, a souhaité redonner aux Kanaks leur identité si longtemps confisquée. Cette restitution a eu pour conséquence d'évoquer clairement la présence d'un « *peuple d'origine*⁵⁸³ », le « *peuple kanak*⁵⁸⁴ ».

⁵⁸⁰ ACCORD SUR LA NOUVELLE-CALEDONIE SIGNE A NOUMEA LE 5 MAI 1998, *op.cit.*, Préambule, pt. 4, al. 3 : « *Il est aujourd'hui nécessaire de poser le bases d'une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie, permettant au peuple d'origine de constituer avec les hommes et les femmes qui y vivent une communauté humaine affirmant son destin commun* ».

⁵⁸¹ ACCORD SUR LA NOUVELLE-CALEDONIE SIGNE A NOUMEA LE 5 MAI 1998, *op. cit.*, Préambule, pt. 2.

⁵⁸² KOUBI GENEVIEVE, « Sur les méfaits de la colonisation », *op. cit.*, p. 72.

⁵⁸³ ACCORD SUR LA NOUVELLE-CALEDONIE SIGNE A NOUMEA LE 5 MAI 1998, *op. cit.*, Préambule, pt. 2 al. 2 et pt. 4.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, Préambule, pt. 3 al. 8 : « *La colonisation a porté atteinte à la dignité du peuple kanak qu'elle a privé de son identité. Des hommes et des femmes ont perdu dans cette confrontation leur vie ou leurs raisons de vivre. De grandes souffrances en sont résultées. Il convient de faire mémoire de*

Pour la première fois dans un texte à portée constitutionnelle, la référence au peuple kanak a été expressément mentionnée. Toutefois, à aucun moment, il n'est fait référence à un « *peuple autochtone* ». Cette rhétorique républicaine démontre que la finalité de cet accord n'est pas réellement d'admettre l'existence et les droits d'un peuple autochtone, mais plutôt d'invoquer le peuple kanak afin de pouvoir l'assimiler et le dissoudre dans celui de Nouvelle-Calédonie. Écartant toute velléité identitaire, la France tente de poser les bases d'une citoyenneté uniquement néocalédonienne. Reconnaisant la souveraineté originelle du peuple kanak, l'Accord de Nouméa l'incite immédiatement à se fondre dans une nouvelle souveraineté partagée avec la France⁵⁸⁵. Cette habile utilisation de la sémantique permet de fondre le peuple kanak de Nouvelle-Calédonie au sein du peuple français et ce faisant, respecte les principes républicains d'indivisibilité et d'égalité. Ainsi l'avenir néocalédonien serait régi par une stricte égalité entre toutes les composantes de la population. Cette vision, « *qui pourrait être l'ultime avatar de la mission civilisatrice de la France et de l'école de droit colonial, n'est [pas] conforme au droit international*⁵⁸⁶ ».

209 . Le processus ici imaginé appelle à ne concevoir le peuple kanak que comme une référence mémorielle⁵⁸⁷. Le gouvernement français fait dans ce préambule amende honorable de la période coloniale, ce pour mieux tourner la page de la question insoluble du peuple kanak. Cette lecture rhétorique est étayée par l'analyse du reste du document qui ne mentionne plus alors comme référence juridique opérationnelle que la Nouvelle-Calédonie : plus jamais dans les développements suivants portant le dispositif juridique proprement dit, le mot « kanak » ne sera utilisé, il s'y substitue celui de « Nouvelle-Calédonie », porteur du destin commun dans lequel s'est fondue et a disparu la souveraineté du peuple kanak.

ces moments difficiles, de reconnaître les fautes, de restituer au peuple kanak son identité confisquée [...] ».

⁵⁸⁵ Ibid., Préambule, pt. 4, al. 6 : « *Il convient d'ouvrir une nouvelle étape, marquée par la pleine reconnaissance de l'identité kanak, préalable à la refondation d'un contrat social entre toutes les communautés qui vivent en Nouvelle-Calédonie, et par un partage de souveraineté avec la France, sur la voie de la pleine souveraineté* ».

⁵⁸⁶ GARDE FRANÇOIS, « Les autochtones et la République », *RFDA*, n° 1, 1999, p. 2.

⁵⁸⁷ FÉRAL FRANÇOIS « Quelques éléments de doctrine autochtoniste sur les institutions de Nouvelle-Calédonie », in *Quelques aspects des droits du peuple autochtone en Nouvelle-Calédonie*, *Revue Juridique, Politique et Economique de Nouvelle-Calédonie*, n° 18, février 2011, *op.cit.*, p. 10.

La France, confrontée à la réalité de l'autochtonie kanake, ne semble pas prête à remettre en cause son modèle unitaire d'État-nation, bien que celui-ci apparaisse compromis à de nombreux égards.

§ 2 | LA FRANCE FACE À L'AUTOCHTONIE KANAKE

210 . L'État-nation s'est construit en Europe selon une théorie où l'État était « *solidement campé sur ses frontières territoriales, assuré d'un pouvoir souverain sans rival, identifié au peuple nation dont il était l'expression politique*⁵⁸⁸ ». Ce modèle est aujourd'hui soumis à des mutations faisant vaciller le piédestal sur lequel il reposait (A) et ce même si la France persiste encore aujourd'hui à maintenir l'image d'un État unitaire (B).

A | *L'obsolescence de l'État-nation*

211 . Selon Anthony Giddens, l'archétype de l'État-nation a été appréhendé en Occident :

« comme un ensemble de formes institutionnelles de gouvernement qui maintient un monopole administratif sur un territoire aux limites bien définies (les frontières), sa domination étant consacrée par la loi et par le contrôle direct des instruments de violence intérieure et extérieure »⁵⁸⁹.

⁵⁸⁸ OST FRANÇOIS et VAN DE KERCHOVE MICHEL, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, n° 94, Bruxelles, 2002, *op. cit.*, p. 125.

⁵⁸⁹ GIDDENS ANTHONY, *The Nation-state and violence*, Université de Californie, vol. II, coll. A contemporary critique of historical materialism, Berkeley, 1987, p. 121, cité par : OST FRANÇOIS et VAN DE KERCHOVE MICHEL, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 126.

Dans cette définition, transparaissent implicitement trois éléments : un peuple, un territoire et une souveraineté qui, combinés, constituent l'assise de l'État-nation⁵⁹⁰. En substance, concourent indubitablement à la formation d'un État, la présence d'une nation, « *groupement humain dont les membres ont conscience d'appartenir au même ensemble historico-culturel*⁵⁹¹ », d'un territoire, « *implantation stable dans l'espace, délimité par l'existence de frontières*⁵⁹² », et d'un pouvoir de contrainte incarné par « *des organes spécialisés investis du pouvoir de commandement et doté du privilège de recourir à la force*⁵⁹³ ».

212 . Point névralgique de cette construction, la souveraineté autonome et indivisible de l'État. Au-dessus de toute autorité présente sur son territoire, il fixe lui-même ses propres règles et ne tolère aucune concurrence normative. Considérée comme « *puissance absolue et perpétuelle d'une République*⁵⁹⁴ » par Jean Bodin, la souveraineté place l'État en position de suprématie dans l'ordre interne et induit également le fait qu'il ne puisse être soumis à aucune entité extérieure. Cette souveraineté est donc intimement liée au principe de territorialité qui consacre la validité de l'ordre juridique « *dans les frontières étanches d'un territoire monolithique*⁵⁹⁵ ». Ainsi encadré et ordonné, l'État serait alors susceptible d'instituer une société dotée d'une conscience nationale que le lien politique aurait contribué à créer. Fondateur de l'intérêt général, il serait alors habilité à édifier une identité nationale à partir d'une population hétéroclite puisqu'il serait le seul apte à « *rassembler et transcender les intérêts particuliers et virtuellement conflictuels qui caractérisent la société civile*⁵⁹⁶ ». De nombreux auteurs ont évoqué cette conception éthérée de la nation, la désignant comme « *une communauté politique imaginée et*

⁵⁹⁰ ROUX ANDRE, « L'indivisibilité de la République », dans MATHIEU BERTRAND, VERPEAUX MICHEL (dir.), *La République en droit français*, Economica / PUAM, coll. Droit Public, Aix-en-Provence, 1996, p. 78.

⁵⁹¹ CHEVALLIER JACQUES, *L'Etat*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, Paris, 1999, pp. 2-3.

⁵⁹² *Ibidem*.

⁵⁹³ *Ibidem*.

⁵⁹⁴ BODIN JEAN, *Les six livres de la République*, Librairie générale française, Abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583, Édition et présentation de MAIRET GERARD, 1993, p. 111, cité par : OST FRANÇOIS et VAN DE KERCHOVE MICHEL, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 126 .

⁵⁹⁵ OST FRANÇOIS et VAN DE KERCHOVE MICHEL, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 127.

⁵⁹⁶ CHEVALLIER JACQUES, *L'Etat*, op. cit., pp. 16 et s.

*imaginaire*⁵⁹⁷ » nourrissant un sentiment de fraternité, et possédant « *une expérience et une volonté commune*⁵⁹⁸ ».

213 . Cette théorie subjective de la nation trouve ses origines dans le principe des nationalités qui, luttant contre les États dynastiques et les empires multinationaux, offre dans un idéal émancipateur la possibilité pour tout peuple titulaire d'une identité nationale de se constituer en État⁵⁹⁹. Apparaissant pour la première fois dans la Déclaration d'indépendance des États-Unis d'Amérique du 4 juillet 1776, il est importé, lors de la Révolution française, par le biais d'un décret du 19 novembre 1792 accordant explicitement « *fraternité et secours à tous les peuples qui voudront recouvrer leur liberté*⁶⁰⁰ ». Or ce principe qui a pour vocation de doter chaque nation d'un État qui lui est propre, mène paradoxalement à l'apparition des minorités nationales⁶⁰¹. En effet, le droit des groupes majoritaires à se constituer en État-nation condamne par la même toute expression politique particulière pour les minorités enfermées en son sein. Il est vrai que tant que le principe des nationalités n'a pas été confronté à l'épreuve des faits, l'impulsion émancipatrice et libératrice de l'État national semble enlever aux problématiques des minorités nationales toute raison d'être⁶⁰². Si l'idée d'une nation dépourvue de toute hétérogénéité s'avère rapidement artificielle, l'aliénation des minorités dans ce contexte n'est pas remise en cause par le droit international. Par crainte d'une prolifération étatique irrépréhensible, ce dernier cultive volontairement la fiction des États-nations nouvellement créés, désavouant ainsi les possibles prétentions de ces minorités. Il semble dès lors que le principe des nationalités s'entend « *d'un droit instantané qui s'épuise en un usage unique*⁶⁰³ ».

214 . Ce mythe d'un peuple-nation homogène faisant abstraction de leurs intérêts particuliers et de leurs référents identitaires pour embrasser un idéal national

⁵⁹⁷ ANDERSON BENEDICT, *L'imaginaire national: réflexions sur l'origine et l'essor du nationalisme*, La Découverte / Poche, coll. Sciences humaines et sociales, Paris, 2006, p. 19.

⁵⁹⁸ TOURAINE ALAIN, « Le nationalisme contre la nation », dans BIRNBAUM PIERRE (dir.), *Sociologie des nationalismes*, PUF, coll. Sociologie, Paris, 1997, p. 402.

⁵⁹⁹ OST FRANÇOIS et VAN DE KERCHOVE MICHEL, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 136.

⁶⁰⁰ *Ibidem*.

⁶⁰¹ ROULAND NORBERT, PIERRÉ-CAPS STEPHANE et POUMARÈDE JACQUES, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, PUF, coll. Droit politique et théorique, Paris, 1996, op. cit., p. 167.

⁶⁰² *Ibid.*, p. 170.

imaginaire démontre que l'État se conçoit dans une relation d'extériorité à l'égard de la société civile dont les considérations particulières ne sauraient influencer la sphère publique. Pourtant, même si l'État a été considéré comme le lieu privilégié de l'intégration sociale susceptible de transcender « *les particularismes ethniques pour créer un sentiment d'appartenance citoyenne*⁶⁰⁴ », il se retrouve désormais confronté aux réalités des nouvelles quêtes identitaires.

B | L'État français : le maintien apparent d'une théorie unitaire de la nation

215 . En France, le principe des nationalités « *prend ses racines lointaines dans la Révolution française*⁶⁰⁵ », et est invoqué en vue de propager l'idéologie de la souveraineté nationale et, par la même occasion, d'une République une et indivisible. Désireuse d'effacer les stigmates de la monarchie, la Révolution française cherche à abolir tout corps intermédiaire entre l'État et la nation et, par la même, tout particularisme. Ce principe, emblématique de l'État-nation, devient l'instrument privilégié de la construction de l'unité nationale induisant « *une politique d'assimilation des hommes et d'intégration des territoires*⁶⁰⁶ ».

216 . La théorie subjective de la nation est ainsi devenue un mythe politique qui a atteint, dans la pensée et la pratique juridiques françaises contemporaines, « *une radicalité inégalée*⁶⁰⁷ ». En atteste notamment une allocution du général de Gaulle qui affirme en 1965 que « *la France a eu la chance d'échapper au malheur des*

⁶⁰³ OST FRANÇOIS et VAN DE KERCHOVE MICHEL, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p.137.

⁶⁰⁴ RAMBOUR MURIEL, « Les mutations de l'État-nation en Europe. Réflexions sur les concepts de multination et de patriotisme constitutionnel », *État ou nation(s) ?*, *Revue Pôle Sud*, n° 14, 2001, p. 18.

⁶⁰⁵ VERWILGHEN MICHEL, *Conflits de nationalités : plurinationalité et apatridie*, Martinus Nijhoff, Rec. cours Académie de droit international, The Hague-Boston-London, 2000, p. 96.

⁶⁰⁶ WEBERT FRANCINE, « La transformation vers le bas : en deçà de l'État-nation, l'adaptation de l'État unitaire français », dans *Les Mutations de l'État-nation en Europe à l'aube du XXI^{ème} siècle*, Éditions du Conseil de l'Europe, Actes du Séminaire UniDem, Nancy, 6-8 novembre 1997, coll. Science et technique de la démocratie, n° 22, Strasbourg, 1998, p. 279.

*Yougoslaves. Elle est une nation qui ne comporte qu'une nationalité. Elle a accueilli, mastiqué, assimilé tous les apports extérieurs*⁶⁰⁸ ».

217 . Aujourd'hui, cette affirmation s'avère plus opportune pour maintenir la théorie de l'État unitaire qu'elle n'est factuellement vériste. C'est oublier, entre autres, la situation particulières des autochtones colonisés encore aujourd'hui sous souveraineté française, tels que les Amérindiens de Guyane, les Mahorais de Mayotte, les insulaires de Wallis-et-Futuna, ceux de la Polynésie française et enfin les Kanaks de Nouvelle-Calédonie.

218 . La France, cependant, ne se départ pas d'une conception républicaine de l'État identifié à une nation indivisible⁶⁰⁹. Elle ne reconnaît ni minorités ni peuples autochtones sur son territoire. Il est alors aisé de comprendre pourquoi le concept de peuple renvoie à une toute autre signification que celle qui a été dégagée en droit international. Dans les définitions usuelles de la notion de peuple, ce dernier est habituellement défini comme « *une multitude d'hommes d'un même pays et vivant sous les mêmes lois*⁶¹⁰ » ou comme « *la population fixe d'un pays, en tant qu'elle forme un ensemble, un tout solidaire sous le même gouvernement*⁶¹¹ ». Semblablement, pour la doctrine juridique française, le peuple s'entend :

*« de l'ensemble des personnes qui, collectivement, détiennent en dernière analyse les pouvoirs de l'État dans un régime démocratique, sinon [...] de l'ensemble des personnes qui y disposent des droits politiques fondamentaux et singulièrement du droit de vote*⁶¹² ».

⁶⁰⁷ OST FRANÇOIS et VAN DE KERCHOVE MICHEL, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 126.

⁶⁰⁸ PEYREFITTE ALAIN, *C'était de Gaulle*, Fayard, t. II, Paris, 1997, p. 211.

⁶⁰⁹ OST FRANÇOIS et VAN DE KERCHOVE MICHEL, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 135.

⁶¹⁰ LITTRÉ PAUL-ÉMILE, *Dictionnaire de la langue française*, Gallimard / Hachette, t. V, Paris, 1962, p. 1799.

⁶¹¹ ACADEMIE FRANÇAISE (dir.), *Dictionnaire de l'Académie Française. T. 2: Éoc - Map*, Fayard, 8^{ème} éd., Paris, 1935, p. 337.

⁶¹² ARNAUD ANDRE-JEAN (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., 2^{ème} éd., Paris, 1993, op. cit., p. 438.

219 . Ces définitions ont toutes en commun de n'envisager le peuple que comme une entité unie et solidaire au sein d'un État. Cette conception relève de la plus pure tradition républicaine infléchissant le droit de l'État depuis la Révolution française. Ainsi, le peuple est un et indivisible, cela signifiant selon les révolutionnaires et les libéraux de 1789, puis *a posteriori* selon Louis Favoreu, qu'il est composé d'individus indifférenciés⁶¹³. À cet effet, le droit constitutionnel ne connaît et ne reconnaît que le peuple français. L'article 16 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose que « *La France forme avec les peuples d'outre-mer une Union fondée sur l'égalité des droits et des devoirs, sans distinction de race ni de religion* ». À sa suite, l'article premier de la Constitution du 4 octobre 1958 rappelle que « *la France est une et indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* ». Ce dogme républicain a par ailleurs conduit le Conseil constitutionnel à censurer la mention du législateur établissant des droits spécifiques en faveur du « *peuple corse, composante du peuple français*⁶¹⁴ ».

220 . Comme précisé précédemment, une exception notable a eu lieu par le biais d'une référence explicite au peuple kanak de Nouvelle-Calédonie dans l'Accord de Nouméa. Cependant, il semble que la France ne conçoit l'existence de ce peuple qu'au passé, « *car du jour même de sa reconnaissance, il aurait abdiqué sa souveraineté d'origine pour adopter celle partagée et fondue dans la population de Nouvelle-Calédonie*⁶¹⁵ ».

221 . Cette imbrication répond parfaitement à la logique issue de la doctrine de la souveraineté des États qui présente une « *préférence substantielle pour les configurations étatiques couvrant les peuples et les territoires*⁶¹⁶ ». C'est cette conception qui conduit la France à ne reconnaître véritablement que le seul peuple français sur son territoire. Si aujourd'hui la France a signé la *Déclaration des*

⁶¹³ FAVOREU LOUIS, « Note sous Conseil constitutionnel 91-290 DC du 9 mai 1991 », *RFDC*, juin 1991, p. 307.

⁶¹⁴ Décision n° 91-290 DC, 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, J.O., 14 mai 1991, p. 6350, Rec., p. 50.

⁶¹⁵ FÉRAL FRANÇOIS, « Quelques éléments de doctrine autochtoniste sur les institutions de Nouvelle-Calédonie », *Quelques aspects des droits du peuple autochtone en Nouvelle-Calédonie, Revue Juridique, Politique et Economique de Nouvelle-Calédonie*, n° 18, février 2011, *op. cit.*, p. 13.

⁶¹⁶ ANAYA S. JAMES, « Le droit des peuples autochtones à l'autodétermination après l'adoption de la Déclaration », dans CHARTERS CLAIRE, STAVENHAGEN RODOLFO (dir.), *La déclaration des*

Nations Unies sur les droits des peuples autochtones du 13 septembre 2007 et reconnu l'existence de l'autochtonie sur son territoire⁶¹⁷, elle en a toutefois, par le biais de son représentant, fourni une stricte acception étatique⁶¹⁸. Tout en circonscrivant cette possibilité aux seuls territoires d'outre-mer, le représentant français rappelle que la République souscrit aux revendications autochtones en tant qu'elles proviennent de « populations » et non de « peuples ». De même, s'il est admis que ces populations peuvent disposer de droits collectifs dans certains domaines, ils ne sauraient prévaloir sur les droits individuels qui sont l'apanage de la Constitution française⁶¹⁹.

Par ailleurs, et au-delà du défi terminologique que constitue le terme « peuple », l'autochtonie seule est également sources de vifs débats. Ainsi, si la *loi d'orientation pour l'Outre-mer* du 13 décembre 2000⁶²⁰ affirme dans son article 33 que « *l'État et les collectivités locales encouragent le respect, la protection et le maintien des connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales* », cette même expression a été rejetée en 2016. Dans le cadre de la loi sur la biodiversité, ouvrant la voie à la ratification du Protocole de Nagoya sur l'accès et le partage des avantages, l'Assemblée Nationale avait souhaité pérenniser cette expression en l'incluant dans la loi. Barbara Pompili, alors secrétaire d'État en charge de la biodiversité s'est opposé à la consécration de ce concept en indiquant que :

« En vertu du principe d'indivisibilité du peuple français, notre Constitution interdit d'accorder des droits collectifs à des catégories de population sur le fondement de l'autochtonie. Il n'est pas possible en droit interne de faire

droits des peuples autochtones – Genèse, enjeux et perspectives de mise en œuvre, L'Harmattan, coll. Horizons autochtones, Paris, 2013, *op. cit.*, p. 197.

⁶¹⁷ « *Les dispositions qui figurent dans l'Accord de Nouméa font ainsi souvent écho à celles de la Déclaration sur les droits des peuples autochtones : les préjudices subies par les populations autochtones dans le cadre du mouvement historique de la colonisation sont reconnus* », Réponse du représentant permanent de la France au rapport de mission de James Anaya, 18^{ème} session du Conseil des Droits de l'Homme, 20 septembre 2011, Genève.

⁶¹⁸ TRÉPIED BENOIT, « Une nouvelle question indigène outre-mer ? - La Vie des idées », En ligne : <<http://www.laviedesidees.fr/Une-nouvelle-question-indigene.html>>, *op. cit.*, p. 6.

⁶¹⁹ COMITE POUR L'ELIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE, *Rapports présentés par les États parties en application de l'article 9 de la Convention*, Vingtième et vingt et unième rapports périodiques des États parties devant être remis en 2012, France, 23 mai 2013, CERD/C/FRA/20-21.

⁶²⁰ LOI N° 2000-1207 DU 13 DECEMBRE 2000 *d'orientation pour l'Outre-mer*, J.O.R.F., n° 0289, 14 décembre 2000, p. 19760.

référence à la notion d'autochtonie qui est par essence liée à un critère ethnique⁶²¹ ».

222 . La procédure législative a finalement échoué à intégrer ce terme dans la loi finale du 8 août 2016⁶²². Pourtant, une telle reconnaissance serait nécessaire au regard notamment de l'article 8 de la DDPA qui prévoit que « *les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif et individuel, de conserver et de développer leurs spécificités et identités distinctes, y compris le droit de revendiquer leur qualité d'autochtones et d'être reconnus en tant que tels* ». La persistance de ces ambiguïtés terminologiques montre la difficulté à s'écarter de la position traditionnelle française pour laquelle les principes républicains d'indivisibilité et d'égalité issus de la Révolution française de 1789, sont considérés aujourd'hui encore comme les piliers du droit public moderne. Cette manœuvre transparaît également au travers des mécanismes institutionnels mis en place dans l'Accord de Nouméa.

⁶²¹ Cité par : CNCDH, *Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : La situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des amérindiens de Guyane*, J.O.R.F., n° 0061, 12 mars 2017, texte n° 33, *op. cit.*, p. 30.

⁶²² LOI N° 2016-1087 DU 8 AOUT 2016 *pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*, J.O.R.F., n° 0184, 9 août 2016, texte n° 2.

SECTION II | LES COMPÉTENCES ORGANIQUES

KANAKES OU LA PERPÉTUATION DU MONISME

JURIDIQUE

223 . L'Accord de Nouméa reconnaît l'application de la coutume dans le champ particulier du statut personnel et des terres coutumières. Il a également admis l'existence d'autorités coutumières et mis en place des structures "coutumières" au sein des institutions néocalédoniennes, ce afin de garantir la pleine reconnaissance de l'identité kanake⁶²³. Il apparaît cependant, qu'aux fins du droit étatique, la compétence normative en matière de coutume revient en dernier lieu au Congrès de Nouvelle-Calédonie et que les institutions coutumières ne disposent d'aucun pouvoir contraignant susceptible d'orienter la rédaction officielle du droit coutumier. Certes, rien n'empêche les autorités kanakes d'occuper un champ normatif en adoptant des textes coutumiers dont la mise en œuvre extrajudiciaire leurs reviendrait. Un droit coutumier extra-étatique peut se développer sans l'aval de l'État. Néanmoins, au regard des normes internationales, le droit interne français et plus spécifiquement la loi organique du 19 mars 1999 ne semble pas respecter le principe d'autodétermination du peuple kanak, en instaurant des institutions coutumières sans réel pouvoir (§1) et en déniaient aux autorités coutumières légitimes toutes prérogatives de droit public, rendant leurs décisions inopposables et amoindrissant considérablement leurs autorités (§2).

⁶²³ ACCORD SUR LA NOUVELLE-CALEDONIE SIGNE A NOUMEA LE 5 MAI 1998, J.O.R.F., n° 121, 27 mai 1998, p. 8039, *op. cit.*, Préambule, pt. 5.

§ 1 | LA CRÉATION ÉTATIQUE DES INSTITUTIONS DITES COUTUMIÈRES

224 . La reconnaissance identitaire du peuple kanak s'est traduite par la l'instauration d'institutions, officiellement désignées en tant qu'institutions "coutumières". Oxymore s'il en est puisque le Sénat coutumier et les Conseils coutumiers présents dans chaque aire, sont des émanations du droit étatique (A). Une lecture attentive des dispositions propres à ces institutions démontre pourtant qu'elles sont écartées des champs politique et administratif puis soumises à la tutelle des institutions néocalédoniennes. Conscientes de la vacuité de leurs pouvoirs, ces institutions tentent aujourd'hui de la dénoncer (B).

A | *Les compétences limitées des institutions coutumières*

225 . Si le Sénat coutumier est parfois considéré par certains comme une seconde chambre dans le domaine particulier de l'identité kanake⁶²⁴, une analyse des compétences qui lui sont dévolues nuance cette impression (1). Parallèlement, les fonctions des Conseils coutumiers semblent être limitées à l'interprétation de la coutume (2).

1| L'INSUFFISANCE DES POUVOIRS DU SÉNAT COUTUMIER

226 . La principale mission du Sénat coutumier⁶²⁵ est d'être obligatoirement consulté sur les sujets intéressant l'identité kanake⁶²⁶. Se substituant au

⁶²⁴ CHABROT CHRISTOPHE, « Une deuxième chambre pour quoi faire ? », colloque *Les 10 ans du Sénat coutumier*, Université de Nouvelle-Calédonie, jeudi 20 août 2009, En ligne : <https://www.researchgate.net/publication/280131248_Une_deuxieme_chambre_pour_quoi_faire>, p. 7.

⁶²⁵ LOI ORGANIQUE N° 99-209 DU 19 MARS 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F., n° 0068, 21 mars 1999, p. 4197, *op. cit.*, art. 137, al. 1 : « Le sénat coutumier est composé de seize membres

Conseil consultatif coutumier, ses membres sont désignés pour cinq ans par les conseils coutumiers selon des modalités propres à chacun.

227 . Certains juristes se sont interrogés sur le fait de savoir si le Sénat coutumier pouvait être considéré comme une seconde chambre, au vu des compétences qui lui étaient assignées. Selon Christophe Chabrot, « *une deuxième chambre a deux fonctions essentielles : représenter quelque chose et remplir des missions politiques et juridiques*⁶²⁷ ». De prime abord, le Sénat est le représentant du peuple kanak et de sa coutume et, les missions qui lui sont officiellement assignées semblent faire de ce dernier une institution disposant d'un quadruple caractère : administratif, consultatif, propositionnel, et législatif⁶²⁸. Cependant, s'il est vrai que le Sénat peut revendiquer l'ensemble de ces fonctions, une analyse de ses prérogatives démontre que l'institution a été créée avant tout pour « *renforcer la face identitaire kanak de la construction institutionnelle calédonienne, hommage particulier dû au peuple premier*⁶²⁹ » et que ces pouvoirs sont juridiquement limités.

228 . Au niveau administratif, il désigne les membres de l'Académie des langues kanakes⁶³⁰ et est représenté au Conseil Consultatif des Mines, au Conseil Économique et Social, à l'ADRAF et à l'Agence de Développement de la Culture Kanake⁶³¹. Le Sénat constate également la désignation des autorités coutumières⁶³². En tant qu'assemblée consultative, il donnera son avis sur les projets ou propositions de délibérations intéressant l'identité kanake⁶³³. Il est à noter qu'en dehors de ces sujets précis, la saisine du Sénat reste purement facultative et relève du

désignés par chaque conseil coutumier, selon les usages reconnus par la coutume, à raison de deux représentants par aire coutumière de la Nouvelle-Calédonie ».

⁶²⁶ ACCORD SUR LA NOUVELLE-CALÉDONIE SIGNÉ À NOUMÉA LE 5 MAI 1998, *op. cit.*, Document d'orientation, art. 1.2.5.

⁶²⁷ CHABROT CHRISTOPHE, « Une deuxième chambre pour quoi faire ? », colloque *Les 10 ans du Sénat coutumier*, Université de Nouvelle-Calédonie, jeudi 20 août 2009, *op. cit.*, p. 2.

⁶²⁸ *Ibidem*.

⁶²⁹ FABERON JEAN-YVES, *Des institutions pour un pays: la Nouvelle-Calédonie en devenir*, PUAM, coll. Droit d'Outre-mer, Aix-en-Provence, 2012, *op. cit.*, p. 154.

⁶³⁰ LOI ORGANIQUE N° 99-209 DU 19 MARS 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*, art. 140.

⁶³¹ *Ibid.*, art. 140 et plus précisément art. 41 (Comité consultatif des mines) et 153 (Conseil économique et social).

⁶³² *Ibid.*, art. 141.

⁶³³ *Ibid.*, art. 143.

choix discrétionnaire des autorités néocalédoniennes⁶³⁴. Le pouvoir de proposition que détient le Sénat coutumier a été officialisé dans l'article 145 de la loi organique qui dispose que, « *à son initiative ou sur la demande d'un conseil coutumier, le sénat coutumier peut saisir le gouvernement, le congrès ou une assemblée de province de toute proposition intéressant l'identité kanak.* » Enfin, en tant qu'institution législative, le Sénat est saisi de

« *tout projet ou proposition de loi de pays relatifs aux signes identitaires tels que définis à l'article 5, au statut civil coutumier, au régime des terres coutumières et, notamment, à la définition des baux destinés à régir les relations entre les propriétaires coutumiers et exploitants sur ces terres et au régime des palabres coutumiers, aux limites des aires coutumières ainsi qu'aux modalités d'élection au sénat coutumier et aux conseils coutumiers et transmis au sénat coutumier par le président du congrès*⁶³⁵ ».

Cette liste exhaustive relevant du domaine de la coutume concrétise les sujets dont le Sénat coutumier sera obligatoirement saisi et sur lesquels il pourra véritablement s'exprimer.

229 . Les attributions ainsi conférées au Sénat coutumier semblent démontrer que ce dernier dispose « *des attributions habituelles d'une seconde chambre*⁶³⁶ », mais il s'agit là d'une chambre purement consultative à l'image du Sénat français de 1946 à 1954⁶³⁷. En effet, dans le processus législatif et ce malgré « *le chantournement des modalités de consultation par le Congrès*⁶³⁸ », il apparaît que le Sénat ne peut à aucun moment définir effectivement les modalités des lois du pays. La navette entre le Congrès et le Sénat existe mais, en définitive, soit le Sénat s'aligne sur le texte

⁶³⁴ *Ibid.*, art. 143, al.2 : « *Il peut être consulté par les mêmes autorités [président du gouvernement, président du congrès ou président d'une assemblée de province] sur tout autre projet ou proposition de délibération* ».

⁶³⁵ *Ibid.*, art. 142.

⁶³⁶ CHAUCHAT MATHIAS, « Le Sénat coutumier, une institution qui a 10 ans », colloque *Les 10 ans du Sénat coutumier*, Université de Nouvelle-Calédonie, jeudi 20 août 2009, En ligne : <<http://larje.univ-nc.nc>>, p. 3.

⁶³⁷ CHABROT CHRISTOPHE, « Une deuxième chambre pour quoi faire ? », colloque *Les 10 ans du Sénat coutumier*, Université de Nouvelle-Calédonie, jeudi 20 août 2009, *op. cit.*, p. 2.

⁶³⁸ FÉRAL FRANÇOIS, « Quelques éléments de doctrine autochtoniste sur les institutions de Nouvelle-Calédonie », *Quelques aspects des droits du peuple autochtone en Nouvelle-Calédonie*, *Revue Juridique, Politique et Economique de Nouvelle-Calédonie*, n° 18, février 2011, *op. cit.*, p. 15.

proposé par le Congrès, soit ce dernier a le dernier mot et statue définitivement malgré le désaccord du Sénat.

En définitive, la compétence de ce dernier apparaît strictement limitée au domaine relevant de l'identité kanake, ce qui lui confère uniquement un « *caractère législatif ponctuel*⁶³⁹ » et en tant qu'institution représentative du peuple kanak, le Sénat se retrouve dans l'impossibilité d'imposer son point de vue sur des questions pourtant intrinsèquement liées à une coutume qu'il est le seul à pouvoir appréhender véritablement. Le Sénat n'a en réalité qu'un « statut d'expert » dont, par ailleurs, les avis sont systématiquement rejetés⁶⁴⁰. En outre, le Sénat ne possède pas le droit de saisir le Conseil constitutionnel pour vérifier la conformité des lois du pays à la loi organique, ce qui le prive de tout recours. Le rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, James Anaya, conscient de cette faille dans le processus d'autodétermination, suggère que le Sénat coutumier soit doté d'un pouvoir de contrainte sur les décisions concernant le peuple kanak⁶⁴¹.

230 . Les attributions consultatives et propositionnelles du Sénat sont également réduites. S'il peut émettre des avis et établir des propositions intéressant l'identité kanake, la compétence en ce domaine⁶⁴² revient aux institutions néocalédoniennes, qui seules décideront de la suite à donner aux propositions du Sénat. Ainsi, l'article 145 de la loi organique du 19 mars 1999 dispose que :

« À son initiative ou sur la demande d'un conseil coutumier, le sénat coutumier peut saisir le gouvernement, le congrès ou une assemblée de province de toute proposition intéressant l'identité kanak. L'institution saisie d'une proposition intéressant l'identité kanak informe le président du sénat coutumier des suites réservées à cette proposition ».

⁶³⁹ CHABROT CHRISTOPHE, « Une deuxième chambre pour quoi faire ? », colloque *Les 10 ans du Sénat coutumier*, Université de Nouvelle-Calédonie, jeudi 20 août 2009, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁴⁰ SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALÉDONIE, *Rapport sur l'état de la situation du peuple kanak – peuple autochtone de la Kanaky- Nouvelle-Calédonie*, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁴¹ ANAYA S. JAMES, *La situation du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie*, Rapport du Rapporteur Spécial sur les droits des peuples autochtones, Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, 18^{ème} session, 14 septembre 2011, A/HRC/18/35/Add.6, *op. cit.*, p. 20.

⁶⁴² LOI ORGANIQUE N° 99-209 DU 19 MARS 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, *op. cit.*, art. 22 al. 5.

Cette disposition n'implique aucune obligation législative pour les institutions républicaines. Depuis le début des années 2000, une seule proposition de loi émise par le Sénat coutumier, et portant sur l'acte coutumier⁶⁴³, a été votée et adoptée par le Congrès de Nouvelle-Calédonie⁶⁴⁴. Le Sénat coutumier constate que :

« sur le plan de l'initiative législative, nous dirons que les sénateurs proposent et les élus disposent librement sans contraintes ni délais. Jusqu'ici, les élus ont pratiqué l'attentisme le plus absolu en ce qui concerne les affaires coutumières⁶⁴⁵ ».

Cet exemple est particulièrement éloquent puisque lors de la seconde navette parlementaire entre le Sénat et le Congrès, toutes les propositions du Sénat ont été repoussées par le Congrès⁶⁴⁶. Certes, les Kanaks sont désormais majoritaires au Congrès de Nouvelle-Calédonie⁶⁴⁷, cependant les écarts de stratégies révèlent « *des tensions inédites entre des acteurs partageant globalement des références sociales identiques [...] mais pris dans des rapports nouveaux d'élus à administrés⁶⁴⁸* ». Le risque est alors de voir s'opposer deux légitimités kanakes, la légitimité coutumière du Sénat et la légitimité démocratiques des élus kanaks du Congrès. En effet, si les autorités coutumières défendent aujourd'hui majoritairement les revendications autochtonistes certains militants kanaks représentés dans les institutions néocalédoniennes s'opposent par exemple fortement à toute association entre autochtone et kanak. Jean-Louis D'Anglebermes, vice-président du gouvernement de Nouvelle-Calédonie et militant UC⁶⁴⁹ refuse ainsi toute promotion des droits collectifs

⁶⁴³ LOI DU PAYS N°2006-15 DU 15 JANVIER 2007 *relative aux actes coutumiers*, J.O.N.C., 30 janvier 2007, p. 647.

⁶⁴⁴ Sur les 199 lois du pays adoptées à ce jour, la loi relative aux actes coutumiers est l'unique loi du pays issue d'une proposition du Sénat coutumier.

⁶⁴⁵ SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALÉDONIE, *Rapport sur les institutions coutumières. 1988-2018*, Nouméa, 2015, *op. cit.*, p. 8.

⁶⁴⁶ DAVID CARINE, « Réflexions sur l'intégration de la coutume autochtone dans l'élaboration de la norme à partir du cas de la Nouvelle-Calédonie », dans MEYER NADEGE, DAVID CARINE (dir.), *L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale. Eléments d'ici et d'ailleurs...*, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 200-201.

⁶⁴⁷ CONGRÈS DE NOUVELLE-CALÉDONIE, *Nos élus*, En ligne : <http://www.congres.nc/wp-content/uploads/2015/01/CONGRES-Fiches_A4-WEB.pdf>.

⁶⁴⁸ TRÉPIED BENOIT, « Coutumiers kanak contre élus FLNKS : la bataille de l'eau à Koné (Nouvelle-Calédonie, 2004) », dans BOSA BASTIEN, WITTERSHEIM ÉRIC (dir.), *Luttes autochtones, trajectoires postcoloniales. Amériques et Pacifique*, Karthala, coll. Les terrains du siècle, Paris, 2009, p. 31.

⁶⁴⁹ Union Calédonienne.

kanaks et déclare lors de la venue du rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, James Anaya, « *quand on parle du droit des peuples autochtones en assimilant autochtone à kanak : il y a un problème ! [...] C'est une notion de peuple minoritaire et dans l'accord de Nouméa, on refuse politiquement que les Mélanésiens s'inscrivent demain en tant que minorité et comme ethnie*⁶⁵⁰ ».

Ainsi, en donnant à la Nouvelle-Calédonie la possibilité de ne tenir aucun compte de ses suggestions et revendications, il est dénié tout pouvoir contraignant au Sénat coutumier⁶⁵¹. Seule sa présence dans de nombreuses instances pourrait éventuellement attester de sa participation à l'évolution politique de la Nouvelle-Calédonie. Cela paraît toutefois insuffisant pour lui conférer une véritable légitimité institutionnelle.

231 . Le Sénat n'a, par ailleurs, aucun pouvoir délibérant et il ne peut prendre aucun acte qui ne soit formalisé auparavant par le Haut-commissaire ou le Gouvernement de Nouvelle-Calédonie. Ainsi, contrairement au Congrès, il n'est pas ordonnateur principal de ses dépenses ; ses moyens de fonctionnement sont très faibles et dépendent d'une dotation de la Nouvelle-Calédonie, ce qui diminue considérablement toute velléité d'autonomie. En outre, l'article 146 de la loi organique fait du Congrès de Nouvelle-Calédonie l'autorité de tutelle financière et administrative du Sénat.

232 . Mathias Chauchat souligne qu' « *il y a une gradation subtile dans l'échelle de l'autonomie des institutions*⁶⁵² ». Si le Sénat coutumier est une véritable institution au sens de la loi organique de 1999, il semble qu'elle soit « *encore parfois géré[e] comme un service*⁶⁵³ ». Un député néocalédonien déclarait d'ailleurs : « *Nous n'acceptons pas que le Sénat coutumier devienne une institution*⁶⁵⁴ ». Cette phrase démontre plus que tout autre exemple le peu de reconnaissance accordé au Sénat

⁶⁵⁰ DEMMER CHRISTINE, BENSA ALBAN, HALPÉRIN JEAN-LOUIS, NAEPELS MICHEL, TRÉPIED BENOIT, SALOMON CHRISTINE et SORIANO ERIC, *Faire de la coutume un droit. Enjeux, histoire, questionnements*, Mission de recherche Droit et Justice, 2016, p. 128.

⁶⁵¹ CNCDH, *Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : La situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des amérindiens de Guyane*, op. cit., p. 63.

⁶⁵² CHAUCHAT MATHIAS, « Le Sénat coutumier, une institution qui a 10 ans », colloque *Les 10 ans du Sénat coutumier*, Université de Nouvelle-Calédonie, jeudi 20 août 2009, op. cit., p. 4.

⁶⁵³ *Ibidem*.

coutumier. La fragilité des institutions coutumières est également perceptible au travers des fonctions des Conseils coutumiers.

2 | DES CONSEILS COUTUMIERS À LA FONCTION STRICTEMENT INTERPRÉTATIVE

233 . L'Accord de Nouméa s'est également montré désireux de valoriser les aires coutumières en instaurant pour chacune d'elle un conseil d'aire⁶⁵⁵, appelé plus couramment Conseil coutumier⁶⁵⁶. Ces institutions ont pour principale fonction de permettre une interprétation juste de la coutume afin que l'ensemble des institutions et autorités présentes sur le territoire puissent appréhender correctement les règles coutumières.

234 . Outre le Sénat coutumier qui a la faculté de les saisir lorsqu'une question requiert son avis et qu'il estime que cette dernière intéresse certaines aires coutumières⁶⁵⁷, ces conseils peuvent être consultés par l'ensemble des institutions néocalédoniennes ainsi que par toutes les autorités administratives et judiciaires. Cette initiative pourrait paraître respectueuse de l'identité kanake si toutefois elle n'était pas facultative et si leurs avis disposaient d'une force contraignante. Tel n'est pas le cas et, dès lors les institutions néocalédoniennes peuvent interpréter elles-mêmes le sens de la coutume ou passer outre l'avis des conseils, si jamais celui-ci était requis⁶⁵⁸.

⁶⁵⁴ *Rapport fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale*, n° 1843 et 1844, juillet 2009, pp. 107-108.

⁶⁵⁵ ACCORD SUR LA NOUVELLE-CALEDONIE SIGNE A NOUMEA LE 5 MAI 1998, J.O.R.F., n° 121, 27 mai 1998, p. 8039, *op. cit.*, Document d'orientation, art. 1.2.2.

⁶⁵⁶ LOI ORGANIQUE N° 99-209 DU 19 MARS 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, *op. cit.*, chap. IV, sect. 2 « Les conseils coutumiers ».

⁶⁵⁷ *Ibid.*, art. 144 .

⁶⁵⁸ *Ibid.*, art. 150, I : « [...] le conseil coutumier peut-être consulté sur toute question par le haut-commissaire, par le gouvernement, par le président d'une assemblée de province ou par un maire. Le conseil coutumier peut être consulté par toute autorité administrative ou juridictionnelle sur l'interprétation des règles coutumières ».

235 . Les Conseils coutumiers sont également compétents en cas de litige sur l'interprétation d'un procès-verbal de palabre coutumier⁶⁵⁹. Appelés à rendre leur décision dans un délai de trois mois, leur mission pourrait s'apparenter à celle d'une juridiction résolvant un conflit en appliquant le droit coutumier en vigueur. Pourtant, là encore, les Conseils ne donnent que leur avis, qui ne dispose d'aucune force contraignante. En définitive, l'unique pouvoir décisionnel que les Conseils coutumiers détiennent est la désignation des membres du Sénat coutumier. Ce pouvoir a été conforté en 2005 à la suite d'une décision du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie relative à un litige concernant la désignation de Gabriel Païta en tant que membre du Sénat coutumier. Saisi d'une demande en annulation, le tribunal va apporter certaines précisions sur le rôle décisionnel des Conseils coutumiers. S'appuyant sur plusieurs articles de la loi organique du 19 mars 1999⁶⁶⁰, le tribunal affirme que les Conseils coutumiers font partie des institutions de Nouvelle-Calédonie et qu'à ce titre :

« les décisions qu'ils prennent pour l'exercice des compétences que leur attribue la loi organique, notamment en ce qui concerne la désignation des membres du sénat coutumier, constituent des actes administratifs susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant les juges administratifs⁶⁶¹ ».

La décision du tribunal est réellement novatrice et permet une véritable *« consécration de la norme coutumière, puisque la désignation [...] est élevée au rang de l'acte administratif⁶⁶² »*. Tout en mettant en lumière la nature administrative et unilatérale de l'acte de désignation, le tribunal aborde également le rôle des institutions coutumières dans l'élaboration normative de la coutume kanake. En effet, la fonction institutionnelle ainsi reconnue, *« amorce la reconnaissance des "us et coutumes" kanaks au plan de leur "juridicité"⁶⁶³ »*. Désormais, ces actes de

⁶⁵⁹ *Ibid.*, art. 150, II.

⁶⁶⁰ Le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie s'appuie sur les articles 2, 137, 149 et 152 de la loi organique du 19 mars 1999.

⁶⁶¹ TANC, 10 novembre 2005, *Chefferie N'Umia Kambwa Wecho Pweyta*, n° 05290.

⁶⁶² XOZAME THIERRY et VOGEL JEAN-PIERRE, « Le juge administratif face à la coutume kanake », *AJDA*, 2006. 28., p. 1561.

⁶⁶³ *Ibidem*.

désignation sont susceptibles de recours en annulation, invocables par les administrés et opposables par l'administration.

236 . Toutefois, si la qualification d'actes administratifs pour les actes de désignation qu'ils prennent est un progrès certain, il n'en demeure pas moins que les compétences qui sont dévolues à ces institutions restent limitées. À l'exception de la nomination des sénateurs, ils n'ont d'autres fonctions que « *de répondre aux sollicitations des autorités administratives de l'État, des Provinces du Pays et des parties à un palabre*⁶⁶⁴ ». Enfin, au même titre que le Sénat coutumier, leur fonctionnement est assuré par une dotation de la Nouvelle-Calédonie et leur régime indemnitaire est fixé par le Congrès.

237 . En définitive, la loi organique semble avoir instauré des « *institutions de second ordre qui ne permettent pas l'expression de l'autodétermination kanak*⁶⁶⁵ ». Autodétermination définie comme étant le droit par exemple d'avoir « *leurs propres institutions décisionnelles* » ou encore de « *participer à la prise de décision sur des questions qui peuvent concerner leurs droits*⁶⁶⁶ ». Les institutions kanakes, conscientes de cet état de fait, exercent aujourd'hui des pouvoirs en dehors du cadre étatique, démontrant par la même leur autonomie juridique. En outre, elles dénoncent publiquement l'infériorisation dont elles sont victimes.

B | Les revendications des institutions coutumières

238 . Les institutions coutumières ont inventorié, au cours des années suivant l'Accord de Nouméa, les obstacles que les Kanaks rencontraient au quotidien dans les domaines politique, juridique et social⁶⁶⁷. Arrivant au terme de la période de

⁶⁶⁴ FÉRAL FRANÇOIS, « Quelques éléments de doctrine autochtoniste sur les institutions de Nouvelle-Calédonie », *Quelques aspects des droits du peuple autochtone en Nouvelle-Calédonie, Revue Juridique, Politique et Economique de Nouvelle-Calédonie*, n° 18, février 2011, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶⁶ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Résolution 61/295 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, A/RES/61/295, 107^{ème} séance plénière, 13 septembre 2007, *op. cit.*, art. 18.

⁶⁶⁷ Le projet de plan Marshall échafaudé par le Sénat coutumier dénonce à cet égard la marginalisation de la jeunesse, l'échec scolaire, l'augmentation du chômage, le nombre croissant

transition prévue par l'Accord, le Sénat coutumier s'est montré désireux d'analyser les conséquences de l'Accord de Nouméa et a entrepris d'élaborer, en 2015, un rapport sur les institutions coutumières⁶⁶⁸. Réalisant tout d'abord un constat d'ensemble, le Sénat observe qu'en dépit de l'article 2 de la loi organique, faisant du Sénat et des Conseils coutumiers des institutions, au même titre que le Gouvernement et le Congrès, les institutions coutumières « *sont restées les parents pauvres [...] géré[e]s comme des services du gouvernement*⁶⁶⁹ ». Analysant la pratique de ces vingt dernières années, le Sénat estime que l'équilibre nécessaire à la mise en place d'un destin commun ne sera jamais effectif si la situation actuelle perdure⁶⁷⁰. Situation illustrée par la faiblesse des compétences leur ayant été attribuées par le législateur organique, associée à une pratique des institutions néocalédoniennes semblant hostile à une véritable collaboration.

239 . Leurs relations avec le législateur calédonien démontrent en effet un défaut de considération pour les avis et propositions du Sénat. Depuis le début des années 2000, une seule proposition de loi émise par ce dernier et portant sur l'acte coutumier⁶⁷¹, remplaçant le procès-verbal de palabre, a été votée et adoptée par le Congrès de Nouvelle-Calédonie et seulement trois délibérations ont été votées par le Congrès en dix ans. En outre, la mise en place de Zones de Développement Prioritaires (ZODEP) concernant la mise en valeur des terres coutumières a été votée par le Congrès et ce, sans que soit à aucun moment consulté le Sénat coutumier⁶⁷². La loi organique du 19 mars 1999 dispose pourtant expressément que la consultation du Sénat coutumier sera obligatoire sur tous les projets intéressant l'identité kanake.

d'incarcération de jeunes kanaks ou encore la généralisation des conflits en milieu coutumier. Cf. en ce sens : SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, *Document de présentation du Plan Marshall pour l'identité kanak*, CS16- 2290- 0000 14- 01/Pr- gt- rm/ll, Nouméa, 2016.

⁶⁶⁸ SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, *Rapport sur les institutions coutumières. 1988-2018*, *op. cit.*, p. 3.

⁶⁶⁹ *Ibid.*, pp. 3-7.

⁶⁷⁰ *Ibid.*, p. 3.

⁶⁷¹ LOI DU PAYS N°2006-15 DU 15 JANVIER 2007 *relative aux actes coutumiers*, J.O.N.C., 30 janvier 2007, p. 647, *op. cit.*

⁶⁷² SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, *Rapport sur les institutions coutumières. 1988-2018*, *op. cit.*, p. 8.

240 . Le gouvernement de Nouvelle-Calédonie a également tenté de contourner le Sénat coutumier lorsque, par un arrêté de 2014, il a créé sans consultation préalable, une Direction de la Gestion et de la Réglementation des Affaires Coutumières (DGRAC). Cette dernière avait pour principales fonctions de :

« favorise[r] la mutualisation des connaissances sur la coutume kanak et ses valeurs, sa traduction dans le droit positif, son inscription dans la formation d'un droit coutumier kanak. Il apporte sa réflexion sur la législation et la réglementation coutumières à élaborer dans le cadre de la mise en œuvre des politiques publiques en Nouvelle-Calédonie. 2. Il participe par son analyse à une prise en compte de l'identité kanak dans l'organisation politique et sociale de la Nouvelle-Calédonie. Il contribue par sa réflexion à une meilleure valorisation des aires coutumières et par sa recherche à assurer une reconnaissance du rôle des autorités coutumières notamment dans la prévention sociale et la médiation pénale. 3. L'observatoire des affaires coutumières : initie, participe et recense les études portant sur la coutume et l'identité kanak. Répertoire et suit l'actualité portant sur l'identité kanak ou en lien avec elle. Suggère des améliorations de la législation et de la réglementation coutumière en vigueur⁶⁷³ ».

Le Sénat coutumier a saisi le tribunal administratif en contestation de la légalité interne de cet arrêté. Le tribunal a répondu favorablement à cette saisine sénatoriale et, tout en dénonçant la volonté d'ingérence de l'exécutif calédonien dans les attributions sénatoriales, rappelle également que le Sénat coutumier est une institution de Nouvelle-Calédonie au même titre que le Congrès ou le Gouvernement. Observant la structure, le fonctionnement et la composition de cet observatoire le tribunal dispose qu' :

« en créant [...] l'observatoire des affaires coutumières, en lui conférant par sa composition et ses missions une dimension sans rapport avec un simple organe consultatif interne et en l'investissant d'une mission qui l'autorise

⁶⁷³ ARRETE N° 2014-3511/GNC DU 2 DECEMBRE 2014 modifiant l'arrêté n° 2010-279/GNC du 12 janvier 2010 créant et organisant la direction de la gestion et de la réglementation des affaires coutumières de la Nouvelle-Calédonie, J.O.N.C., 11 décembre 2014, p. 11285, art. 1er.

notamment à suggérer des améliorations de la législation et de la réglementation coutumière en vigueur, le gouvernement a porté atteinte à l'équilibre institutionnel défini par la loi organique qui confie au sénat coutumier des attributions spécifiques s'agissant des questions intéressant l'identité kanak⁶⁷⁴ ».

C'est sur le fondement de l'ingérence et de l'incompétence gouvernementale que s'est fondée l'annulation de l'arrêté et cette sentence permet de repositionner les institutions coutumières en tant qu'entités fondamentales dans la construction d'un destin commun⁶⁷⁵. Cette décision prétorienne, confirmée par la Cour administrative d'appel de Paris le 5 juillet 2017⁶⁷⁶, permettra peut-être de faire évoluer la manière dont sont perçues les institutions coutumières.

241 . Ces dernières sont aujourd'hui lassées d'être le « *maillon faible du dispositif institutionnel en Nouvelle-Calédonie*⁶⁷⁷ ». Cette impression est corroborée par le fait que les actions et les moyens dont elles disposent ne leur permettent pas d'assurer les politiques nécessaires à la concrétisation de leurs revendications. Le rapport du Sénat coutumier est très clair à ce sujet :

« À la question, "le sénat Coutumier a-t-il les moyens de mener des politiques que les coutumiers jugent nécessaires et indispensables, sur le plan du foncier, sur le plan du développement, sur le plan du patrimoine, sur le plan social et culturel, sur le plan environnemental, sur le plan de la jeunesse et des personnes âgées ?" La réponse est "non", car le sénat et les conseils d'aires, n'ont ni les compétences ni de pouvoir décisionnel, ni les moyens budgétaires, humains ou financiers. Ces moyens sont du ressort des communes, des provinces, du Congrès et du Gouvernement de la NC. Le sénat coutumier a-t-il les moyens de soutenir l'action des 8 conseils

⁶⁷⁴ TA de Nouvelle-Calédonie, 26 novembre 2015, n° 1500049.

⁶⁷⁵ FÉRAL FRANÇOIS, « A propos de la sanction de l'ingérence de l'exécutif calédonien dans les attributions du sénat coutumier par le juge administratif », décembre 2015, En ligne : <https://www.academia.edu/19584708/A_propos_de_la_sanction_de_l_ing%C3%A9rence_de_l_ex%C3%A9cutif_cal%C3%A9donien_dans_les_attributions_du_s%C3%A9nat_coutumier_par_le_juge_administratif>, p. 2.

⁶⁷⁶ CAA Paris, 5 juillet 2017, n° 16PA00806, inédit.

coutumiers d'aires et de répondre aux demandes des chefferies notamment dans le cadre de la résolution des conflits, de la mise en place du cadastre coutumier ou dans la restructuration des clans et chefferies ? "Non", le sénat n'a pas les moyens [...]»⁶⁷⁸.

242 . Malgré ces obstacles, il est constaté une mobilisation continue des sénateurs et des conseillers coutumiers. L'activisme politique et législatif⁶⁷⁹ du Sénat n'est par exemple plus à démontrer. Elle lui vaut aujourd'hui d'être désigné et investi par les

⁶⁷⁷ SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, *Rapport sur les institutions coutumières. 1988-2018, op. cit.*, p. 12.

⁶⁷⁸ *Ibid.*, pp. 7-8.

⁶⁷⁹ Voir notamment la production juridique de la mandature 2010-2015 : SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, AVIS DU SENAT COUTUMIER N°01/2014 SC DE JANVIER 2014 *relatif au projet de décret fixant la date et les conditions dans lesquelles sera exécuté le recensement général de Nouvelle – Calédonie en 2014* ; SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, AVIS DU SENAT COUTUMIER N°02/2014/SC DU 20 FEVRIER 2015 *portant sur le schéma d'aménagement et de développement de la Nouvelle – Calédonie « NC 2025 »* ; SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, AVIS DU SENAT COUTUMIER N°03/2014/SC DU 31 JUILLET 2014 *portant sur le projet de délibération relative aux prélèvements d'eau et modifiant le code de l'environnement de la province nord* ; SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, AVIS DU SENAT COUTUMIER N°08/2008 DU 23 DECEMBRE 2008 *portant sur le projet de loi du pays relatif au code minier de la Nouvelle – Calédonie* ; SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, AVIS N°03/2015/SC DU SENAT COUTUMIER DU 7 JUILLET 2015 *portant sur le projet de statut des établissements publics d'enseignement de Nouvelle – Calédonie* ; SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, DELIBERATION N°01/2016/SC DU 7 JANVIER 2016 *portant Avis relatif au projet de délibération sur l'avenir de l'école calédonienne* ; SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, DELIBERATION N°2/2015/SC DU 07 AVRIL 2015 *portant auto saisine sur la politique de réconciliation et de réhabilitation mémorielle des événements et des personnages de l'histoire kanak et calédoniens* ; SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, DELIBERATION N° 07 2015/SC DU 30 JUIN 2015 *portant proposition de loi du pays modifiant la loi du pays n°2006-15 du 15 janvier 2007 sur l'acte coutumier* ; SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, DELIBERATION N°08-2015 SC DU 02 JUILLET 2015 *portant proposition de loi du pays relative aux successions coutumières kanak* ; SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, DELIBERATION N° 09/2014/SC DU 04 SEPTEMBRE 2014 *relatif au (officialisant la mise en route du chantier du) socle commun des valeurs kanak et des principes fondamentaux des droits autochtones coutumiers* ; SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, DELIBERATION N° 09/2014/SC DU 04 SEPTEMBRE 2014 *relative à l'approfondissement du pluralisme juridique coopératif applicable en Nouvelle-Calédonie* ; SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, DELIBERATION N°11/2014/SC DU 16 SEPTEMBRE 2014 *portant réforme de l'administration des affaires coutumières et inscription des politiques publiques relatives à l'Identité kanak dans les contrats de plan 2015-2019* ; SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, DELIBERATION N°11/2015/SC DU 28 JUILLET 2015 *portant avis relatif aux premiers projets de réglementation du code de l'environnement de la province des Iles* ; SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, DELIBERATION N°14-2014/SC/ DU 13 NOVEMBRE 2014 *adoptant le projet de Loi du pays relative à la sauvegarde des savoirs traditionnels liés aux expressions de la culture kanak et associés à la biodiversité ainsi qu'au régime d'accès et de partage des avantages* ; SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, DELIBERATION N°16/2011/SC DU 15 NOVEMBRE 2011 *portant sur le rapport d'orientation du sénat coutumier relatif à la problématique foncière en Nouvelle-Calédonie*, J.O.N.C., 16 février 2012 ; SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, DELIBERATION N°16/2011/SC DU 15 NOVEMBRE 2011 *portant sur le rapport d'orientation du sénat coutumier relatif à la problématique foncière en Nouvelle-Calédonie* ; SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, DELIBERATION N°17/2011/SC DU 15 NOVEMBRE 2011 *portant sur un cadre de résolutions des conflits en milieu coutumier*.

chefferies kanakes⁶⁸⁰ comme « *l'Assemblée délibérante du Pays Kanak*⁶⁸¹ », exécutif de l'Assemblée du Peuple Kanak, institution créée par la Charte qui regroupe les « *autorités coutumières, Grands Chefs, Chefs, présidents de conseils de districts et présidents de conseils des chefs de clans, seuls représentants traditionnels et légitimes du Peuple Kanak*⁶⁸² ». Cette Assemblée, créée par décision unilatérale des autorités kanakes, au titre de leur souveraineté, confie au Sénat coutumier « *une mission conventionnelle afin de pouvoir dans les plus brefs délais, d'une part, organiser et renforcer la souveraineté du Peuple Kanak et, d'autre part, redéfinir un cadre mutuellement accepté des relations du Peuple Kanak à l'État français et au Territoire de Nouvelle-Calédonie quel qu'en soit le devenir*⁶⁸³ ». Cette mission conférée au Sénat coutumier a engendré la mise en œuvre d'un certain nombre de politiques publiques en août 2014. Ces dernières recouvrent trois champs distincts que sont, « le peuple autochtone kanak – clans, chefferies, districts et assemblée du peuple kanak⁶⁸⁴ », « la gouvernance, le droit coutumier et le pluralisme juridique au niveau institutionnel⁶⁸⁵ » et les « terres et les ressources & Culture, langues et éducation⁶⁸⁶ »⁶⁸⁷. Ces politiques publiques ont mené à la création de deux documents distincts mis à la disposition du Premier ministre Manuel Valls, lors de sa visite en Nouvelle-Calédonie du 28 avril au 1^{er} mai 2016. Le premier porte sur *L'avenir institutionnel de Kanaky-Nouvelle-Calédonie* et a pour objectif de montrer aux autorités étatiques et néocalédoniennes la vision autochtone kanake d'une

⁶⁸⁰ FÉRAL FRANÇOIS, « La charte du peuple kanak creuset des politiques publiques kanakes », dans *Le peuple Kanak, quel droit?*, Communication au Séminaire CHERPA, Université d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2014.

⁶⁸¹ ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK, *Charte du Peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak*, adoptée par les chefferies coutumières de Nouvelle-Calédonie le 26 avril 2014, *op. cit.*, p. 30.

⁶⁸² *Ibidem*.

⁶⁸³ *Ibid.*, p. 31.

⁶⁸⁴ Sept actions sont ici recensées : 1/ La politique de réconciliation et de réhabilitation mémorielle 2/ Les communications et informations 3/ La restructuration des autorités coutumières et la légitimité coutumière 4/ La jeunesse Kanak 5/ L'évolution des pratiques et des us et coutumes 6/ Le développement économique et social 7/ La coopération avec les peuples frères de la Mélanésie, de la Polynésie et du monde.

⁶⁸⁵ Trois actions entrent dans ce champ : 1/ La réforme de l'administration des affaires coutumières 2/ La gouvernance et la place de la légitimité coutumière dans la gestion des affaires du pays. Relation Chefferies/communes et provinces 3/ Les politiques juridiques et l'organisation judiciaire et juridictionnelle.

⁶⁸⁶ Deux actions concernent les terres et ressources dont l'une est ciblée sur les terres et l'autre sur la protection des savoirs traditionnels et des ressources des pays kanaks. Deux autres actions ont trait aux politiques culturelles, identitaires et d'éducation, à savoir les langues et l'enseignement puis la formation et l'emploi.

« *organisation politique, institutionnelle et sociale [reposant] sur un système de pluralisme juridique*⁶⁸⁸ ». Le Sénat demande également à ce que soit mis en œuvre, au regard des transformations subies par la société kanake durant les vingt-six dernières années⁶⁸⁹, un plan Marshall comprenant un programme de « *restructuration et [de] valorisation de la civilisation kanak*⁶⁹⁰ ».

243 . Le président du Sénat coutumier, Gilbert Tein, déclarait le 1^{er} février 2016 que « *le peuple kanak est un peuple sinistré* ». Aussi et afin de faire évoluer les choses, les institutions et autorités coutumières demandent à ce que soit mis en place pour la période 2017-2020, un contrat de plan portant sur les politiques publiques urgentes à mettre en œuvre⁶⁹¹. Axant une de leurs politiques sur l'aménagement des terres coutumières, ils souhaitent que leurs préoccupations soient enfin entendues. En effet, en 2009, le Sénat coutumier avait proposé un programme proposant une clarification du lien à la terre et une mise en place d'un cahier foncier des chefferies. Or, sur les 62 milliards de francs CFP engagés dans le contrat de plan 2010-2015, aucune subvention n'a été accordée aux suggestions proposées par les institutions coutumières.

244 . Ces attentes sont à prendre en compte si la France et la Nouvelle-Calédonie souhaitent véritablement instaurer un destin commun sur l'archipel. Le Sénat coutumier souhaite que le contenu du plan Marshall soit défini par ses représentants et le représentant de l'État dans l'objectif de le soumettre au gouvernement collégial et aux Présidents du Congrès et des provinces. Il estime que les politiques publiques doivent adopter une approche transversale permettant de réellement mettre en œuvre le destin commun⁶⁹². À cet égard, il lui apparaît nécessaire de former des secrétaires généraux aptes à gérer les affaires

⁶⁸⁷ SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, « Les politiques publiques kanak », En ligne : <<http://www.senat-coutumier.nc/le-senat-coutumier/les-politiques-publiques-kanak>>.

⁶⁸⁸ SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, *Avenir institutionnel de Kanaky-Nouvelle-Calédonie*, Nouméa, 2016, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁸⁹ SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, *Rapport sur les institutions coutumières. 1988-2018*, *op. cit.*

⁶⁹⁰ SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, *Document de présentation du Plan Marshall pour l'identité kanak*, CS16- 2290- 0000 14- 01/Pr- gt- rm/ll, Nouméa, 2016, *op. cit.*, p. 4.

⁶⁹¹ *Ibidem*.

administratives des chefferies et des districts et de mettre en place un service d'ordre coutumier⁶⁹³. Cette remarque est symptomatique du manque de considération pour les autorités coutumières, à qui est refusée la pratique d'un droit public autochtone.

§ 2 | LE DÉNI DE COMPÉTENCES DE DROIT PUBLIC POUR LES AUTORITÉS COUTUMIÈRES

245 . L'identité kanake est également caractérisée par l'existence d'une « *structure institutionnelle et légale traditionnelle qui régit les relations entre clans et communautés kanaks et à l'intérieur même de ces groupes*⁶⁹⁴ ». Ainsi, à côté des institutions coutumières instituées par la loi organique de 1999, il existe des autorités coutumières⁶⁹⁵ qui veillent au bon fonctionnement et au respect de la coutume. Une véritable structure hiérarchisée existe donc au sein du peuple kanak, capable, dans les faits, d'administrer la coutume et de la faire respecter.

246 . Cependant, le gouvernement français se refuse à accorder des prérogatives administratives aux autorités coutumières (A). De plus, convaincue que la loi pénale est chargée de protéger l'ordre public et la société dans son entier, la France se refuse à reconnaître les sanctions coutumières, pourtant indispensables pour assurer l'effectivité du droit coutumier (B).

⁶⁹² *Ibid.*, p. 5.

⁶⁹³ *Ibid.*, p. 4.

⁶⁹⁴ ANAYA S. JAMES, *La situation du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie*, Rapport du Rapporteur Spécial sur les droits des peuples autochtones, Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, 18^{ème} session, 14 septembre 2011, A/HRC/18/35/Add.6, *op. cit.*, p. 8.

⁶⁹⁵ Il existe environ 5000 clans familiaux, dirigés par des chefs de clan. Ces clans constituent environ 341 tribus avec à leur tête un chef de tribu. Les tribus sont ensuite regroupées en 57 chefferies ou districts coutumiers, chacun mené par un chef principal. Ces districts sont répartis en 8 aires coutumières.

A | *L'absence de droit administratif autochtone*

247 . L'Accord de Nouméa a entériné l'existence d'une dualité des ordres juridiques dans les domaines du droit civil et du régime des terres coutumières. Cette reconnaissance implique nécessairement le recours aux autorités coutumières pour tout ce qui a attrait au statut civil coutumier notamment, dont le mariage, le divorce, l'adoption ou encore les successions. Si la volonté française est de limiter strictement cette dualité au registre du droit civil, il reste que l'application de ce dernier implique nécessairement la mise en place de toute une organisation administrative gravitant autour de ce droit. Même si la volonté française est de limiter strictement cette dualité aux affaires privées d'une certaines catégories de personnes, ici les Kanaks, « *il faut des juges pour en connaître, des registres pour en établir la liste des bénéficiaires, des institutions coutumières qui prennent des décisions, des tribus et des clans pour en régler la jouissance*⁶⁹⁶ ».

248 . Les décisions des autorités coutumières devraient dès lors rassembler toutes les caractéristiques des actes juridiques de nature administrative afin que celles-ci puissent s'imposer aux administrés. En effet, ces actes modifient l'ordonnement juridique en fixant des règles juridiques nouvelles créant des droits ou engendrant des obligations. Leur mise en œuvre ne requiert pas le consentement des administrés, contraints de se conformer aux actes ainsi édictés. Étonnamment, la loi du pays du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers⁶⁹⁷ fait de ces derniers des actes de nature conventionnelle⁶⁹⁸ qui ne formalisent, de ce fait, qu'un simple accord de volonté entre les parties aux palabres. Il est dès lors perceptible que les institutions néocalédoniennes cherchent à tenir les structures coutumières en dehors du champ administratif, en refusant de les considérer comme de véritables autorités administratives. En atteste également le fait que l'établissement et la conservation des

⁶⁹⁶ FÉRAL FRANÇOIS, « Quelques éléments de doctrine autochtoniste sur les institutions de Nouvelle-Calédonie », *Quelques aspects des droits du peuple autochtone en Nouvelle-Calédonie, Revue Juridique, Politique et Economique de Nouvelle-Calédonie*, n° 18, février 2011, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁹⁷ LOI DU PAYS N°2006-15 DU 15 JANVIER 2007 relative aux actes coutumiers, J.O.N.C., 30 janvier 2007, *op. cit.*, p. 647.

⁶⁹⁸ *Ibid.*, art. 3.

actes coutumiers dépendent des officiers publics coutumiers⁶⁹⁹, fonctionnaires de Nouvelle-Calédonie, et que la tenue des registres d'état civil coutumier relève uniquement des maires, en tant qu'officiers d'État civil. L'administration de la coutume se trouve donc placée sous l'autorité du Gouvernement de Nouvelle-Calédonie ou de l'État.

249 . Cette constatation montre qu'un large pan des prérogatives inhérentes à l'instauration d'un statut civil coutumier échappe au peuple kanak. Ce refus de conférer un pouvoir administratif aux institutions coutumières ne correspond pas au droit à l'autodétermination inscrit dans la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* qui dispose dans son article 4 que « *les peuples autochtones, dans l'exercice de leur droit à l'autodétermination, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes pour tout ce qui touche à leurs affaires intérieures et locales* ». Transparaît donc la volonté de réduire la coutume aux seules relations de droit privé, procédé somme toute discriminatoire, puisque le droit privé français ne se conçoit pas sans une interface de droit public.

250 . Cette négation d'un droit public coutumier s'accompagnait d'une absence de reconnaissance de véritables collectivités disposant de la personnalité morale. Dans l'Accord de Nouméa, les clans, les chefferies et les aires coutumières sont uniquement considérés comme des espaces où s'exprime l'appartenance à l'identité kanake. Ce sont finalement les juridictions néocalédoniennes qui vont s'emparer de cette question en attribuant, dans deux décisions de 2011⁷⁰⁰, la personnalité juridique aux clans kanaks. En l'espèce, le clan Tiaouniane estimait qu'une partie de ses terres était occupée irrégulièrement par des entrepreneurs. Il a donc saisi en référé le président du tribunal de première instance. La SAEML⁷⁰¹ "Grand projet VKP", qui avait octroyé cette autorisation d'occupation, a contesté la recevabilité de cette requête au motif que le clan ne possédait pas la personnalité juridique nécessaire pour ester en justice. La Cour d'appel va réfuter cet argument. Étudiant, dans un premier temps, l'organisation de la société kanake, elle constate que le clan « *dans une société segmentaire telle que la société kanake, constitue*

⁶⁹⁹ DELIBERATION N°339 DU 13 DECEMBRE 2007 portant statut particulier du corps des officiers publics coutumiers de la Nouvelle-Calédonie, J.O.N.C., 25 décembre 2007, p. 8584.

⁷⁰⁰ CA Nouméa, civ., 22 août 2011, RG n° 10/531; CA Nouméa, civ., 22 août 2011, RG n° 10/532.

l'unité sociale essentielle, véritable colonne vertébrale de cette société » puis, rappelant que les individus expriment leur identité à travers le clan, elle estime que *« refuser au clan la personnalité juridique serait une forme de déni complet de la société autochtone »*. La Cour s'appuie ensuite sur la théorie dite de la réalité technique de la personne morale, déjà reconnue par la Cour de cassation⁷⁰², pour renforcer sa décision. Cette théorie développe l'idée selon laquelle les personnalités morales ont une existence effective et ce quelque soit la volonté du législateur car elles possèdent des intérêts qui leurs sont propres. Leurs existences reposent sur la réunion de deux éléments cumulatifs : la défense d'intérêts collectifs et la mise en place d'une organisation capable de les exprimer. Or, selon la Cour :

« le clan détenteur des droits d'une unité familiale élargie ne se résume pas à la somme des individualités qui la composent ; qu'il défend des intérêts collectifs dignes d'être protégés ; qu'il est doté d'organes exécutifs, chef de clan notamment, désignés par les divers membres du clan ce dont attestent les actes coutumiers⁷⁰³ ».

Cette reconnaissance de la personnalité morale du clan s'avère précieuse et laisse présager la possibilité, tout du moins juridique si elle n'est politique, d'une évolution salubre pour l'autodétermination du peuple kanak. Selon Maurice Hauriou, cette personnalité morale est le procédé juridique naturel auquel tendent les groupements organisés. De ces groupes constitués, il découle « naturellement » une personnalité juridique créatrice d'organes et constituant le creuset d'un ensemble de droits subjectifs⁷⁰⁴.

⁷⁰¹ Société anonyme d'économie mixte locale.

⁷⁰² Cass. civ., 28 janvier 1954, *Comité d'établissement de Saint-Chamond*, Bull. 1954, II, n° 32, p. 20 : *« La personnalité civile n'est pas une création de la loi ; (...) elle appartient en principe, à tout groupement pourvu d'une expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés »*.

⁷⁰³ CA Nouméa, civ., 22 août 2011, RG n° 10/531, *op. cit.*; CA Nouméa, civ., 22 août 2011, RG n° 10/532, *op. cit.*

⁷⁰⁴ HAURIOU MAURICE, *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 12^{ème} éd., Paris, 2002, p. 48.

251 . Un autre problème se pose toutefois car le monopole répressif de l'État cantonne les autorités coutumières dans la sphère du droit privé républicain et l'individu kanak ne peut, de ce fait, officiellement être contraint que par sa volonté propre ou celle des institutions étatiques⁷⁰⁵.

B | Le refus de reconnaissance de compétence pénale : L'inopposabilité des sanctions coutumières

252 . Désormais, sur le sol de Nouvelle-Calédonie, coexistent trois types de normes que sont le droit français, le droit local calédonien et le droit coutumier kanak. Faute de rencontre, la coexistence pacifique est envisageable. Néanmoins, cette absence d'interaction ne peut toujours perdurer, les relations juridiques pouvant difficilement rester cloisonnées, soit que des personnes de statuts différents se rencontrent, soit, ce qui est plus problématique, lorsque pour une même personne et une même situation, des normes différentes trouvent à s'appliquer⁷⁰⁶.

253 . Or, l'unité du droit pénal est restée en vigueur sur l'ensemble du territoire français, ce principe n'ayant été modifié ni par l'Accord de Nouméa ni par la loi organique du 19 mars 1999. Cette unité signifie que la loi pénale s'applique sur tout le territoire français et à l'ensemble des personnes qui s'y trouvent. Au sein des compétences dites « de souveraineté » réservées à l'État, perdure en effet la volonté de préserver la justice et d'assurer l'ordre public à travers le droit pénal⁷⁰⁷. La Cour de Cassation a d'ailleurs rappelé ce principe dans une décision du 30 octobre 1995 en disposant que les juridictions répressives françaises « *sont compétentes pour*

⁷⁰⁵ Le terme « officiellement » est d'importance car en pratique les autorités coutumières parviennent à imposer un pouvoir de contrainte aux Kanaks. Néanmoins, ce pouvoir n'est pas reconnu par les autorités étatiques qui arguent de l'incompétence des autorités coutumières en ce domaine. Nous verrons toutefois que les juridictions néocalédoniennes prennent parfois implicitement en compte ces décisions.

⁷⁰⁶ CORNUT ETIENNE, « L'expulsion coutumière et le juge pénal », août 2009, En ligne : <http://larje.univ-nc.nc/index.php?option=com_content&view=article&id=140:lexpulsion-coutumiere-et-le-juge-penal&catid=15&Itemid=46>.

⁷⁰⁷ LOI ORGANIQUE N° 99-209 DU 19 MARS 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F., n° 0068, 21 mars 1999, p. 4197, *op. cit.*, art. 21, II, 5.

*appliquer la loi pénale française aux infractions commises sur le territoire de la République dont fait partie la Nouvelle-Calédonie*⁷⁰⁸ ».

254 . Cependant, l'unité du droit pénal « *heurte une réalité sociale façonnée par l'histoire*⁷⁰⁹ ». Il existe dans la société kanake, des autorités chargées de sanctionner la transgression d'une décision coutumière et il ne fait nul doute que le « *pouvoir de sanction des autorités coutumières existe et est exercé*⁷¹⁰ ». Le droit français lui-même avait par ailleurs admis le pouvoir de sanction des autorités coutumières. Sous le régime de l'indigénat, les chefs avaient été dotés de pouvoirs exorbitants afin d'assurer le contrôle des populations autochtones⁷¹¹. Cette organisation avait perduré même après l'abolition de ce régime en 1945⁷¹² et le 14 février 1946, le Gouverneur de Nouvelle-Calédonie restaurait un régime pénal dérogatoire pour les mélanésien. Cette coexistence de deux statuts pénaux perdure encore dans la pratique, confrontant parfois deux logiques opposées, un fait pouvant être justifié par la coutume mais prohibé par le droit commun. Lorsqu'une sanction coutumière trouve à s'appliquer, en violation du droit pénal, cette dernière est déclarée incompatible avec le droit positif⁷¹³ qui transforme les sanctions prononcées par les chefs en actes, non de justice, mais de vengeance. La Haute juridiction a confirmé cette analyse en jugeant qu'

« aucun texte ne reconnaît aux autorités coutumières une quelconque compétence pour prononcer et appliquer des sanctions à caractère de punitions, même aux personnes relevant du statut civil coutumier [...] l'État

⁷⁰⁸ Cass. crim., 30 octobre 1995, n° 95-84322, inédit.

⁷⁰⁹ LAFARGUE REGIS, *La coutume face à son destin: réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, L.G.D.J, coll. Droit et société. Recherches et travaux, n° 22, Paris, 2010, *op. cit.*, p. 155.

⁷¹⁰ MALABAT VALERIE, « La prise en compte de la coutume kanak en droit pénal », dans CORNUT ÉTIENNE, DEUMIER PASCALE (dir.), *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, Rapport de recherche réalisé avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, Convention n° 214.02.18.14, décembre 2016, pp. 222-223.

⁷¹¹ MERLE ISABELLE, « Le régime de l'indigénat et l'impôt de capitation en Nouvelle-Calédonie. De la force et du droit : la genèse d'une législation d'exception ou les principes fondateurs d'un ordre colonial », dans *Colonies, Territoires, Sociétés*, L'Harmattan, Paris, 1996, pp. 223 et s.

⁷¹² Une décision du gouvernement provisoire de la République du 22 décembre 1945 décrète l'abolition du régime de l'indigénat.

⁷¹³ TC Nouméa, 22 octobre 1993, *M.P. c/ Poulawa et autres*, n° 1934.

*reste à ce jour compétent en matière de justice, d'ordre public, et de garantie des libertés publiques*⁷¹⁴ ».

Le refus de reconnaître les sanctions coutumières :

*« impos[e] de traiter certaines manifestations de l'autorité traditionnelle comme des comportements déviants : grands chefs, petites chefs et leurs séides sont des délinquants lorsqu'ils exercent certains actes autrefois autorisés*⁷¹⁵ ».

255 . Un arrêt du 28 avril 2009 rendu par la chambre des appels correctionnel de la Cour de Nouméa illustre parfaitement cette problématique et montre les limites de la cohabitation⁷¹⁶. En l'espèce, des décisions des autorités coutumières prévoyaient l'expulsion d'une famille kanake occupant des terres coutumières qui ne lui appartenaient pas. Devant le refus de la famille de libérer le terrain, le président du conseil des anciens a ordonné la destruction par le feu *« des bâtiments dans lesquels se trouvaient encore des personnes qui ont pu sortir à temps [... et des] meubles et vêtements appartenant aux parties civiles*⁷¹⁷ ». Or, l'article 332-6 du Code pénal condamne la *« destruction, la dégradation ou la détérioration d'un bien appartenant à autrui par l'effet d'une substance explosive, d'un incendie ou de toute autre moyen de nature à créer un danger pour les personnes »*.

L'infraction pénale est dès lors constituée puisque le droit pénal est réputé d'applicabilité purement territoriale. La sanction pénale coutumière qui, en soi existe, se trouve dépossédée de toute juridiction⁷¹⁸. Sa mise en œuvre transforme les chefs en justiciables ordinaires et fait de leurs sanctions des infractions à la loi pénale.

256 . Pourtant, force est de constater que la justice coutumière se maintient. Ainsi que le remarquait le doyen Carbonnier :

⁷¹⁴ Cass. crim., 10 octobre 2000, n° 00-81959, inédit.

⁷¹⁵ LAFARGUE REGIS, *La coutume face à son destin: réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, op. cit., p. 159.

⁷¹⁶ CA Nouméa, 28 avril 2009, *Fisdiepas c/ Ounine*, RG n° 89/2009, op. cit.

⁷¹⁷ *Ibidem*.

⁷¹⁸ CORNUT ÉTIENNE, « L'expulsion coutumière et le juge pénal », op. cit.

« les échecs d'acculturation juridique se trahissent souvent en ceci que la loi d'importation glisse à la surface des consciences individuelles ; quand bien même elle ne serait pas ignorée, elle reste impuissante à influencer les actions quotidiennes⁷¹⁹ ».

Peu à peu, la résistance sociale à cette forme d'assimilation, incite les juridictions pénales à mettre en œuvre des aménagements pratiques qui mènent implicitement à une reconnaissance du fait coutumier. Selon Régis Lafargue, magistrat, la personnalisation de la peine et une certaine réflexion sur l'opportunité des poursuites par le ministère public démontre cette adaptation des juridictions pénales⁷²⁰ qui vont implicitement nuancer leurs jugements afin de garantir notamment une certaine égalité entre les citoyens. En effet, en Nouvelle-Calédonie, les sanctions infligées par le droit pénal républicain ne sont pas reconnues par les autorités coutumières. Cela signifie que les sanctions coutumières et l'obligation de "rachat" à l'égard du clan de la victime seront maintenues quelque soit le jugement rendu par les juridictions pénales. Le fait d'ignorer l'existence des sanctions coutumières reviendrait donc à sanctionner doublement le prévenu. Cela contreviendrait directement au principe d'égalité devant la loi et par la même à la règle de procédure pénale *non bis in idem* selon laquelle nul ne peut être puni deux fois pour les mêmes faits. Ainsi de manière implicite bien que non systématique, il peut arriver qu'un président de Chambre correctionnelle demande à l'accusé s'il y a eu un pardon coutumier⁷²¹ après la commission des faits⁷²². La prise en compte de la sanction coutumière existe donc et entraîne parfois la réévaluation de la peine par les juridictions étatiques. Ainsi, une atténuation de la peine a été constatée dans l'arrêt du 28 avril 2009 précité. La peine encourue pour dégradation de biens matériels et mise en danger de la vie d'autrui peut atteindre dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende. Or, le président du conseil des anciens ne s'est vu condamner qu'à un an d'emprisonnement avec sursis. Ainsi que l'indique Étienne Cornut, *« bien que la cour d'appel s'en défende en*

⁷¹⁹ CARBONNIER JEAN, *Sociologie juridique*, PUF, coll. Quadrige, Paris, 2004, *op. cit.*, p. 383.

⁷²⁰ LAFARGUE REGIS, *La coutume face à son destin: réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, *op. cit.*, p. 174.

⁷²¹ Le pardon coutumier est un acte de réparation consistant par exemple en des sanctions coutumières.

⁷²² LAFARGUE REGIS, *La coutume face à son destin: réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, *op. cit.*, p. 173.

*apparence en la minimisant dans chacun des attendus de l'arrêt, nul doute que l'origine coutumière du conflit explique cette relative clémence*⁷²³ ».

257 . Le Ministère public tient également compte des réalités mélanésiennes en amont du procès. Il s'octroie ainsi la possibilité de classer sans suite des affaires sensibles touchant aux valeurs coutumières ou à l'autorité des grands chefs. Il s'autorise également à requalifier certains faits, en correctionnalisant par exemple des agissements qui eussent autrement relevés d'une qualification plus grave⁷²⁴.

258 . L'ensemble de ces adaptations pragmatiques, si elles ont pour avantage de prendre en considération la coutume kanake, a également pour attrait non négligeable de préserver les apparences et de donner l'image de l'unité parfaite du droit pénal. Portant et malgré la clémence de certains jugements, ces condamnations ont d'importantes conséquences :

*« Elle[s] fragilise[nt] les autorités coutumières qui voient leurs décisions, pourtant civilement légales et légitimes, mises en accusation avec succès devant la justice étatique. Dès lors, [... cela] appelle de façon urgente une plus grande reconnaissance de la place et du rôle des autorités et du droit coutumier kanak dans la prévention sociale et la sanction pénale. [...] Si les juges tiennent compte des particularités du monde kanak en atténuant les peines lorsqu'au moins la vie et la sécurité des personnes n'est pas en cause, cette reconnaissance implicite et partielle du fait coutumier n'est pas satisfaisante car elle retire aux autorités coutumières le contrôle de leur propres décisions et, plus loin, de l'évolution de la coutume kanak elle-même*⁷²⁵ ».

259 . Si l'État reste sur ses positions en matière d'unité du droit pénal, des réformes ont toutefois été consenties afin de prendre en compte la réalité sociale en

⁷²³ CORNUT ETIENNE, « L'expulsion coutumière et le juge pénal », *op. cit.*

⁷²⁴ Un fait criminel a, par exemple, été requalifié en coups et blessures volontaires ayant entraîné une incapacité de travail supérieure à huit jours. Cf. en ce sens : TC Nouméa, 22 octobre 1993, *M. P. c/ Poulawa et autres*, n° 1934.

⁷²⁵ CORNUT ETIENNE, « L'expulsion coutumière et le juge pénal », *op. cit.*

Nouvelle-Calédonie. Il est toutefois constaté que ces réformes s'appuient sur des mécanismes républicains qui ne peuvent réellement s'adapter à la société kanake.

CHAPITRE II :

LES TENTATIVES INABOUTIES DE RECONNAISSANCE DU DROIT KANAK

260 . L'Accord de Nouméa dispose clairement que la pleine reconnaissance de l'identité kanake « conduit à préciser le statut coutumier et ses liens avec le statut civil, [et] à mettre en place de nouveaux mécanismes juridiques et financiers pour répondre aux demandes exprimées au titre du lien à la terre⁷²⁶ ». La trajectoire historique particulière de l'archipel néocalédonien, celle d'une colonie de peuplement, est à l'origine d'un double dualisme foncier et civil⁷²⁷, dont la concrétisation a été permise par l'Accord de Nouméa. Pour autant, cette dualité n'entraîne aucune réelle autonomie normative du peuple kanak dans le domaine coutumier. (Section I). Pourtant, existe à côté du droit étatique, un véritable système juridique kanak d'origine précoloniale. Le recours à la théorie du pluralisme juridique paraît dès lors opportune pour appréhender de manière concrète les mécanismes à l'œuvre, tant dans l'Accord de Nouméa que dans la pratique des acteurs sur le terrain (Section II).

⁷²⁶ ACCORD SUR LA NOUVELLE-CALEDONIE SIGNE A NOUMEA LE 5 MAI 1998, J.O.R.F., n° 121, 27 mai 1998, p. 8039, *op. cit.*, Préambule, art. 5.

⁷²⁷ FAUGÈRE ELSA et MERLE ISABELLE, *La Nouvelle-Calédonie : vers un destin commun ?*, Karthala, Paris, 2010, p. 102.

SECTION I | UN DUALISME JURIDIQUE INACHEVÉ : TERRES COUTUMIÈRES ET STATUT CIVIL COUTUMIER

261 . Pour Jean-Marie Tjibaou, « *l'espace pour le monde mélanésien n'est pas seulement la terre nourricière ou la terre chargée de l'histoire du clan. Il est un des éléments constitutifs de la société globale*⁷²⁸ ». La France tente aujourd'hui de partager cet espace et de faire coexister plusieurs légitimités sur l'archipel. Malgré cela, la Charte du Peuple Kanak explique aujourd'hui que :

*« la réforme foncière lancée en 1978, si elle a permis à bon nombre de clans de recouvrer leurs terres ancestrales, a introduit du fait de son manque de clarté et d'explication des incompréhensions entre clans à l'intérieur du territoire des réserves. À l'extérieur du territoire des réserves, beaucoup de revendications de clans se sont trouvées superposées, croisées ou se sont opposées sans que des explications historiques, anthropologiques et coutumières n'aient pu être discutées d'une manière approfondie et consensuelle*⁷²⁹ ».

Si la démarche est honorable, la conception kanake de l'espace n'a pas été parfaitement intégrée et la prédominance de la culture occidentale reste perceptible (§1). Cette prévalence est également significative dans le domaine du droit civil où l'établissement d'un régime dual ne mène cependant pas à une égalité des statuts (§2).

⁷²⁸ Cité par : MAPOU LOUIS, « De 1978 aux Accords de Matignon, dix années de réforme foncière en Nouvelle-Calédonie », dans GUILLAUD DOMINIQUE, DAVID GILBERT, PILLON PATRICK (dir.), *La Nouvelle-Calédonie à la croisée des chemins*, Société des Océanistes, Paris, 1999, p. 137.

⁷²⁹ ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK, *Charte du Peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak*, adoptée par les chefferies coutumières de Nouvelle-Calédonie le 26 avril 2014, *op. cit.*, art. 76.

§ 1| LE RÉGIME FONCIER COUTUMIER : ENTRE OMISSION ET ACCULTURATION

262 . La terre est le fondement de la culture kanake. Le fait que les Kanaks en aient été dépossédés durant la colonisation est reconnu et une dualité de régimes fonciers ainsi qu'une politique de réattribution sont aujourd'hui mises en œuvre (A). Pour autant, les questions relatives à la terre ne touchent pas que la propriété. Elles sont tout aussi susceptibles de concerner les ressources naturelles, éléments que semble avoir négligé l'Accord de Nouméa (B).

A | *Le dualisme foncier en Nouvelle-Calédonie*

263 . Dans la société kanake, les identités collectives s'élaborent à travers la relation à la terre. Si cette affirmation apparaît aujourd'hui évidente à travers notamment l'article 1. 4 de l'Accord de Nouméa qui dispose que « *l'identité de chaque kanak se définit d'abord en référence à une terre* », tel ne fût pas toujours le cas (1). En outre, une analyse plus approfondie du fonctionnement des différentes institutions impliquées dans la réforme foncière démontre que les mécanismes juridiques de restitution des terres coutumières méconnaissent en partie la conception kanake de cette dernière (2).

1 | LES PRÉMISSSES DU DUALISME FONCIER

264 . Le rapport particulier qu'entretiennent les autochtones avec leurs terres a rapidement été l'objet d'attention de la part de la société internationale (a). Cet intérêt international pour la question foncière, associé à une multiplication des revendications territoriales en Nouvelle-Calédonie, a incité la France à entreprendre une réforme foncière à la fin des années 1970 (b).

a | *Le rapport des kanaks à la terre : parallèle avec les normes internationales*

265 . Pour le peuple kanak, la terre est un facteur d'identité primordial, « vecteur d'intégration sociale, outil politique mais également assurance économique, [elle] joue un rôle déterminant, conférant une place et conditionnant les rapports de force entre hameaux, tribus, familles, clans, individus⁷³⁰ ». Il n'est dès lors pas étonnant de constater que depuis la colonisation et les spoliations qui en ont découlé, le foncier soit devenu « un réceptacle majeur de l'histoire du contentieux historique qui existe sur l'archipel entre le peuple autochtone et l'État français⁷³¹ ».

266 . À la différence de la vision occidentale du territoire, considéré avant tout comme richesse matérielle, la terre représente pour les Kanaks bien plus qu'un simple périmètre foncier, source de profit ; elle recèle avant tout une dimension mythique qui la définit comme source de vie. Dans cette perspective, l'homme est issu de la terre⁷³² et en est un des éléments au même titre que les animaux et les végétaux⁷³³. Cette représentation traditionnelle du foncier explique le respect et la sacralisation dont la terre fait l'objet, cette déférence se traduisant notamment par « une résonnance rituelle donnée aux actes les plus communs⁷³⁴ », tels que la culture de l'igname.

267 . La terre fait également office de mémoire généalogique pour la société kanake⁷³⁵. Elle permet aux individus d'identifier le site d'émergence de leurs clans respectifs, où leurs ancêtres résident toujours. Alban Bensa explique que chaque groupe porte un patronyme correspondant au nom du lieu dont il est issu : « tout ensemble de personnes reconnu officiellement porte le nom d'au moins un

⁷³⁰ DE DECKKER PAUL et KUNTZ LAURENCE, *La bataille de la coutume et ses enjeux pour le Pacifique Sud*, L'Harmattan, coll. Mondes Océaniques, Paris, 1998, p. 127.

⁷³¹ MAPOU LOUIS, « De la rencontre de deux systèmes fonciers après plus d'un siècle d'histoire », dans FABERON JEAN-YVES, AGNIEL GUY (dir.), *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, La documentation française, coll. notes et études documentaires, n° 5113-14, Paris, 2000, pp. 154-162.

⁷³² « Nous ne sommes pas des hommes d'ailleurs. Nous sommes des hommes sortis de cette terre ». Cf. en ce sens : TJIBAOU JEAN-MARIE, *La présence kanak*, Édition établie et présentée par Bensa ALBAN et WITTERSHEIM ERIC, Editions Odile Jacob, Paris, 1996, p. 104.

⁷³³ VIGNE AXELLE, *Les terres coutumières et le régime foncier en Nouvelle-Calédonie*, DEA sociologie du droit, Université Paris II Panthéon-Assas, Paris, 2000, p. 5.

⁷³⁴ SAUSSOL ALAIN, *L'héritage : Essai sur le problème foncier mélanésien en Nouvelle-Calédonie*, Société des Océanistes, Paris, 2013, op. cit., p. 34.

⁷³⁵ VIGNE AXELLE, *Les terres coutumières et le régime foncier en Nouvelle-Calédonie*, op. cit., p. 14.

*endroit*⁷³⁶ ». Localités et filiations paraissent dès lors indissociables⁷³⁷ et le lien au sol apparaît comme fondateur de l'identité sociale des individus. Une déclaration de Jean-Marie Tjibaou résume de manière explicite les représentations kanakes du foncier :

*« Paysages, dessin de village, société, défunts et êtres mythiques ne forment qu'un ensemble non seulement indivisible, mais encore pratiquement indifférencié. Ce qui veut dire que l'espace ici est peu intéressant par sa réalité objective. On ne peut donc l'hypothéquer, le vendre ou le violer par des travaux qui en bouleversent la physionomie, car ce serait porter atteinte à des aspects divers de l'incarnation du mythe. C'est en effet un espace connu de chacun et reconnu par tous les membres de la tribu. Chaque parcelle est identifiée par tous, car elle est nommée et chacun la désigne par son nom, connu comme faisant partie des lieux attachés à un autre nom, celui de tel ou tel clan [...]. L'espace ainsi n'est pas perçu comme tel, mais comme le tissu imprégné du réseau de relations des humains. Il sert d'archives vivantes du groupe et comme tel constitue une des bases du monde mélanésien et, par le fait même, apparaît comme un des éléments fondamentaux de la personnalité canaque*⁷³⁸ ».

268 . Cette conception de la terre diverge donc, par bien des aspects, de la vision occidentale. La dynamique de la société internationale, ayant finalement abandonné la doctrine de la *Terra Nullius* qui avait justifié les possessions coloniales, va néanmoins contribuer à la reconnaissance et à la défense de cette composante de l'identité autochtone⁷³⁹. La Convention n° 107 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT), premier instrument à s'intéresser à la situation particulière des peuples autochtones, indique que la coutume couvre la régulation des terres traditionnelles, y

⁷³⁶ BENSA ALBAN, « Terre kanak : enjeu politique d'hier et d'aujourd'hui. Esquisse d'un modèle comparatif », *Études rurales*, n° 127-128, 1992, p. 108.

⁷³⁷ LEBLIC ISABELLE, « Représentations du foncier en Nouvelle-Calédonie et identité culturelle kanak. Évolution de ces représentations liée à la revendication identitaire et aux processus de développement économique », dans *Perceptions et représentations de l'environnement*, 3^{ème} journée scientifique de la Société d'écologie humaine, Aix-en-Provence, 1991, *op. cit.*, p. 5.

⁷³⁸ TJIBAOU JEAN-MARIE, « Recherche d'identité mélanésienne et société traditionnelle », *Le Journal de la Société des Océanistes*, n° 53, 1976, pp. 284-285.

⁷³⁹ *Etudes sur les droits fonciers autochtones*, Commission des droits de l'homme de l'ONU, Document de travail, 11 avril 1997, DH/G/522.

compris la protection de celles-ci et des ressources naturelles qui s'y trouvent⁷⁴⁰. La Convention a cependant une orientation assimilationniste⁷⁴¹ et cette reconnaissance de la coutume n'a qu'une vocation résiduelle destinée à disparaître par un processus progressif d'acculturation. La protection de la coutume semble n'être admise qu'en tant qu'elle est le symbole d'une passerelle entre l'archaïsme et la modernité qui finira par la faire succomber. Elle n'est de ce fait destinée à être reconnue qu'en tant que phase de transition. En 1989, la Convention n° 169 de l'OIT étend le champ de la coutume aux questions foncières sur les terres traditionnellement occupées par les autochtones⁷⁴². L'article 14 précise plus particulièrement que doivent être reconnus aux peuples intéressés, les droits de propriété et de possession sur les terres qu'ils occupent traditionnellement. Finalement, les articles 25 et 26 de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*⁷⁴³ reconnaissent le droit des peuples autochtones à leurs terres ancestrales et démontrent par ailleurs le rôle potentiellement enrichissant de la coutume dans la sphère foncière et environnementale.

269 . Ainsi que l'indique Norbert Rouland, « *l'ampleur des droits reconnus est de manière générale tempérée par un faible degré de justiciabilité*⁷⁴⁴ ». Si certains États ont ratifié la convention n° 169 de l'OIT et sont donc juridiquement contraints par cette dernière, d'autres à l'instar de la France, ont refusé de la signer. À cet égard

⁷⁴⁰ CONVENTION (N° 107) RELATIVE AUX POPULATIONS ABORIGENES ET TRIBALES, *Convention concernant la protection et l'intégration des populations aborigènes et autres populations tribales et semi-tribales dans les pays indépendants*, OIT, Genève, 40^{ème} session CIT, adoptée le 26 juin 1957, entrée en vigueur le 2 juin 1959, art. 11 et 13.

⁷⁴¹ BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Révision partielle de la convention (n° 107) relative aux populations aborigènes et tribales*, 1957, Conférence internationale du travail, 76^{ème} session, Rapport IV (2B), Quatrième question à l'ordre du jour, Genève, 1989, p. 4.

⁷⁴² CONVENTION (N° 169) RELATIVE AUX PEUPLES INDIGENES ET TRIBAUX, *Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, OIT, Genève, 76^{ème} session, adoptée le 27 juin 1989, entrée en vigueur le 5 septembre 1991, voir notamment les art. 13, 14 et 17.

⁷⁴³ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Résolution 61/295 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, A/RES/61/295, 107^{ème} séance plénière, 13 septembre 2007, op. cit., art. 25 et 26 : « 25. Les peuples autochtones ont le droit de conserver et de renforcer leurs liens spirituels particuliers avec les terres, territoires, eaux et zones maritimes côtières et autres ressources qu'ils possèdent ou occupent et utilisent traditionnellement, et d'assumer leurs responsabilités en la matière à l'égard des générations futures. 26. 1. Les peuples autochtones ont le droit aux terres, territoires et ressources qu'ils possèdent et occupent traditionnellement ou qu'ils ont utilisés ou acquis. 2. Les peuples autochtones ont le droit de posséder, d'utiliser, de mettre en valeur et de contrôler les terres, territoires et ressources qu'ils possèdent parce qu'ils leur appartiennent ou qu'ils les occupent ou les utilisent traditionnellement, ainsi que ceux qu'ils ont acquis. 3. Les États accordent reconnaissance et protection juridiques à ces terres, territoires et ressources. Cette reconnaissance se fait en respectant dûment les coutumes, traditions et régimes fonciers des peuples autochtones concernés »..

les avancées du droit international peuvent ne présenter, dans la pratique, aucun aspect contraignant pour certains États, la convention ne leur étant pas applicable et la DDPA restant une déclaration non contraignante pour les États signataires. Ces évolutions sont cependant peu à peu reprises par les instruments généraux des droits de l'Homme dont le Comité de l'ONU pour l'élimination de la discrimination raciale qui a extrait « *du concept de non-discrimination l'obligation pour les États de reconnaître et de protéger les tenures foncières collectives des autochtones sur leurs terres traditionnelles*⁷⁴⁵ ».

270 . Face au développement des principes internationaux en ce domaine et dans l'objectif d'apaiser les tensions persistantes en Nouvelle-Calédonie, la France s'est engagée dans une réforme foncière à la fin des années 1970.

b | La réforme foncière : du plan Dijoud à l'Accord de Nouméa

271 . En 1978, un Plan de développement économique et social à long terme pour la Nouvelle-Calédonie, dit « plan Dijoud », est instauré et a pour dessein une restitution des terres associée à une mise en valeur de ces dernières⁷⁴⁶. Au moment de la mise en place de cette réforme, « *la répartition des terres donne une moyenne de 7 hectares pour un Kanak contre 100 hectares pour un Européen*⁷⁴⁷ ». Reconnue par une ordonnance de 1982⁷⁴⁸, créant les groupements de droit particulier local⁷⁴⁹ (GDPL)

⁷⁴⁴ ROULAND NORBERT, « La coutume et le droit », dans DE DECKKER PAUL (dir.), *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, L'Harmattan, Paris, 1995, *op. cit.*, p. 38.

⁷⁴⁵ *Recommandation générale XXIII (51) sur les droits des populations autochtones*, Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, 51^{ème} session, 18 août 1997, U.N. Doc. A/52/18, annexe V cité par : OTIS GHISLAIN, « Les réparations pour violation des droits fonciers des peuples autochtones : leçons de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *Recherches Amérindiennes au Québec*, vol. XXXIX, n° 1-2, 2009, p. 100.

⁷⁴⁶ Cf. en ce sens : DELIBERATION N° 116 DU 14 MAI 1980, *fixant les modalités d'attribution des terres au titre de la réforme foncière*, J.O.N.C., 2 juin 1980, p. 627.

⁷⁴⁷ LEBLIC ISABELLE, *Les Kanak face au développement. La voie étroite*, PUG / ADCK, Grenoble et Nouméa, 1993, *op. cit.*, p. 110.

⁷⁴⁸ ORDONNANCE N°82-880 DU 15 OCTOBRE 1982, *relative à l'aménagement foncier, à l'établissement rural et à la reconnaissance des droits coutumiers sur le sol de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, J.O.N.C., 29 octobre 1982, p. 1637.

⁷⁴⁹ L'ordonnance de 1982 sera par la suite complétée. Cf. en ce sens : ORDONNANCE N°85-1184 DU 13 NOVEMBRE 1985, *relative à l'orientation du développement économique et à l'aménagement du territoire en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, J.O.R.F., 15 novembre 1985, p. 13240 ; ORDONNANCE N°85-1185 DU 13 NOVEMBRE 1985, *relative à la réforme foncière en*

désormais attributaires des terres, la réforme est un temps suspendue par la loi Pons de 1986⁷⁵⁰ qui efface « *tout le crédit psychologique dont la réforme foncière bénéficiait auprès des communautés kanak*⁷⁵¹ ». Si elle reprend à la suite des Accords de Matignon, le bilan de la réforme reste mitigé, le pourcentage des terres attribuées aux Kanaks passant en 20 ans de 10 % à 17 %⁷⁵².

272 . Durant ces vingt années, les formes de réappropriation ont été variées démontrant les difficultés du gouvernement français à cerner et à consentir aux attentes de la société kanake. Les premières opérations se réalisent par agrandissement des réserves, au bénéfice des tribus. Selon Louis Mapou, cette réattribution induisait, *a posteriori*, en interne, un partage tacite des terres entre les grands ensembles claniques composant la collectivité tribale⁷⁵³. En 1982, l'Office Foncier privilégie la propriété clanique, ce changement reflétant exactement les dissensions existantes entre les partis indépendantistes. En effet, si les différents partis politiques⁷⁵⁴ composant le mouvement de libération nationale se sont appuyés sur une « *rhétorique culturaliste pour appuyer la revendication politique*⁷⁵⁵ », ils demandaient cependant des formes différentes de restitution des terres kanakes. L'Union Calédonienne, prônant la valorisation identitaire, prescrivait une restitution clanique conforme à la possession antérieure du sol, tandis que le Palika demandait un agrandissement des réserves s'appuyant sur une propriété foncière tribale, certes

Nouvelle-Calédonie et modifiant l'ordonnance n°82-880 du 15 octobre 1982, J.O.R.F., 15 novembre 1985, p. 13244.

⁷⁵⁰ LOI N° 86-844 DU 17 JUILLET 1986 relative à la Nouvelle-Calédonie, J.O.R.F., 19 juillet 1986, *op. cit.*

⁷⁵¹ MAPOU LOUIS, « De 1978 aux Accords de Matignon, dix années de réforme foncière en Nouvelle-Calédonie », dans GUILLAUD DOMINIQUE, DAVID GILBERT, PILLON PATRICK (dir.), *La Nouvelle-Calédonie à la croisée des chemins*, Société des Océanistes, Paris, 1999, *op. cit.*

⁷⁵² ADRAF, *La réforme foncière en Nouvelle-Calédonie, 1978-1998*, ADRAF, Nouméa, 1999, p. 51.

⁷⁵³ MAPOU LOUIS, « Représentations et pratiques de l'espace foncier chez les Kanak de Yaté », dans GILBERT DAVID, GUILLAUD DOMINIQUE (dir.), *La Nouvelle-Calédonie à la croisée des chemins : 1989-1997*, Société des Océanistes, Paris, 1999, p. 111.

⁷⁵⁴ Les deux principaux partis étant aujourd'hui l'UC et le PALIKA.

⁷⁵⁵ DEMMER CHRISTINE, « Nouveaux enjeux fonciers et évolution du nationalisme kanak après l'accord de Nouméa, Nouvelle-Calédonie. Un éclairage sur des projets de société successifs », dans *Politique de la terre et de l'appartenance. Droits fonciers et citoyenneté locale dans les sociétés du Sud*, Karthala, Paris, 2010, p. 378.

exogène car issue de la colonisation, mais présentant l'avantage de lisser les querelles entre clans⁷⁵⁶.

Par la suite l'ADRAF territoriale, mise en place par le statut Pons, résolument ethnocentriste, impose la propriété privée individuelle. Enfin, à la suite des Accords de Matignon, la restitution des terres se fait principalement au travers des GDPL, construction juridique simplifiant la restitution car épousant « *les diverses formes de regroupement des kanaks par rapport aux attributions foncières [...certains étant] des émanations directes des tribus, [d'autres] représent[ant] les clans*⁷⁵⁷ ». Ces changements permanents traduisent une volonté étatique oscillant entre assimilation et préservation de l'identité sociale du peuple kanak.

273 . Cependant, ces différentes formules de réattribution restent toutes basées sur une perspective développementiste traduisant les difficultés de l'État à interpréter correctement le système coutumier kanak⁷⁵⁸. Quels que soient

« *la forme de propriété, le statut juridique de la terre, il continue de se développer sur les nouvelles terres acquises par les Kanaks, un mode d'organisation et de gestion du foncier reproduisant les principes du système foncier néo-coutumier*⁷⁵⁹ ».

274 . Consciente de cette réalité, la France va tenter d'affranchir le peuple kanak du système coutumier colonial en faisant de la question foncière un point névralgique de l'Accord de Nouméa. Ainsi, le préambule de l'Accord « *entérine une*

⁷⁵⁶ *Ibidem*.

⁷⁵⁷ VLADYSLAV GERARD, « L'identité fondée sur le lien à la terre. Les réponses à la revendication foncière kanak en Nouvelle-Calédonie », dans FABERON JEAN-YVES, GAUTIER YVES (dir.), *Identité, nationalité, citoyenneté outre-mer*, Actes de colloque, Papeete, 9-10 novembre 1998, p. 68.

⁷⁵⁸ LE MEUR PIERRE-YVES, « Politique et savoirs fonciers en Nouvelle-Calédonie : retour sur une expérience d'anthropologie appliquée », *Le Journal de la Société des Océanistes*, n° 132, 30 juin 2011, p. 95.

⁷⁵⁹ MAPOU LOUIS, « De la rencontre de deux systèmes fonciers après plus d'un siècle d'histoire », dans FABERON JEAN-YVES, AGNIEL GUY (dir.), *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, La documentation française, coll. notes et études documentaires, n° 5113-14, Paris, 2000, *op. cit.*

revendication sous sa forme vieille de près de 30 ans⁷⁶⁰ », en reconnaissant de manière générale le lien particulier unissant le peuple kanak à la terre :

« l'identité kanak était fondée sur un lien particulier à la terre. Chaque individu, chaque clan se définissait par un rapport spécifique avec une vallée, une colline, la mer, une embouchure de rivière, et gardait la mémoire de l'accueil d'autres familles Les noms que la tradition donnait à chaque élément du paysage, les tabous marquant certains d'entre eux, les chemins coutumiers structuraient l'espace et les échanges⁷⁶¹ ».

La conception du sol varie d'une culture à une autre selon différentes logiques qui n'accordent pas toutes à la terre la même importance⁷⁶². Cette volonté étatique de comprendre les logiques kanakes ouvre dès lors la voie à une meilleure compréhension des enjeux historiques liés aux revendications foncières et des problèmes contemporains en la matière.

275 . En reconnaissant le lien à la terre, l'Accord de Nouméa crée une catégorie juridique nouvelle, celle des terres coutumières dont le statut est directement tributaire du statut de son propriétaire. Ainsi que l'explique Régis Lafargue, *« c'est le statut juridique du titulaire qui rejaillit sur le statut de la terre. La terre sera coutumière si elle appartient à une personne physique ou morale de droit coutumier⁷⁶³ »*. En Nouvelle-Calédonie, la loi organique du 19 mars 1999 fait donc coexister trois grands régimes de propriété : la propriété privée régie par le code civil, le domaine des collectivités territoriales et les terres coutumières⁷⁶⁴ régies par la

⁷⁶⁰ DEMMER CHRISTINE, « Nouveaux enjeux fonciers et évolution du nationalisme kanak après l'accord de Nouméa, Nouvelle-Calédonie. Un éclairage sur des projets de société successifs », *op. cit.*, p. 379.

⁷⁶¹ ACCORD SUR LA NOUVELLE-CALÉDONIE SIGNÉ A NOUMÉA LE 5 MAI 1998, J.O.R.F., n° 121, 27 mai 1998, p. 8039, pt. 1, al. 4.

⁷⁶² BENSA ALBAN, « Terre kanak : enjeu politique d'hier et d'aujourd'hui. Esquisse d'un modèle comparatif », *Études rurales*, n° 127-128, 1992, p. 107.

⁷⁶³ LAFARGUE REGIS, *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie*, PUAM, Aix-en-Provence, 2003, p. 228.

⁷⁶⁴ Au 31 décembre 2015, les terrains privés représentaient 16% du territoire, le domaine des collectivités 55% et les terres coutumières 27% du territoire. Le 1% restant correspond au stock dur de l'ADRAF. Cf. en ce sens : MOHAMED SOILIH THANI, DARNAUD MATHIEU et LAUFOAULU ROBERT, *Rapport d'information fait au nom de la délégation sénatoriale à l'outre-mer sur la sécurisation des droits fonciers dans les outre-mer*, Sénat, session ordinaire de 2015-2016, n° 721, 23 juin 2016, p. 106.

coutume⁷⁶⁵. Ces dernières sont composées des réserves et de leurs agrandissements, des propriétés claniques et des GDPL, ce qui permet l'unification de ces territoires tout en laissant ouverte les options possibles de propriété⁷⁶⁶. Dotés de la personnalité morale par la loi référendaire du 9 novembre 1988, les GDPL constituent désormais une construction juridique atypique faisant coexister la coutume, régissant le fonctionnement interne de la structure, et le droit civil qui s'applique aux relations juridiques entre les GDPL et les tiers ne relevant pas du statut coutumier. L'article 18 de la loi organique réaffirme également le régime dérogatoire de ces terres par le biais de la règle des « 4i » confirmant l'inaliénabilité, l'incommutabilité, l'incessibilité et l'insaisissabilité de ces terres⁷⁶⁷. À ce titre, la terre kanake ne peut-être vendue et ne peut-être grevée d'aucune servitude du fait de l'homme et d'aucun droit réel accessoire constitutif d'une sûreté. Les terres coutumières ne sont pas davantage susceptibles de faire l'objet d'une expropriation, même pour cause d'utilité publique⁷⁶⁸.

276 . Le législateur organique ne définit cependant pas, au-delà de la règle des « 4i », le régime de la propriété foncière coutumière. Dès lors, l'évolution du statut juridique de ces terres dépendra des futures lois du pays, le Congrès étant compétent pour adopter des lois portant sur le régime des terres coutumières⁷⁶⁹. Ainsi, les terres coutumières régies par la coutume, et non par le droit commun, seront toutefois soumises à des règles juridiques produites par le droit étatique. La même difficulté est présente dans le processus de réattribution des terres coutumières.

⁷⁶⁵ LOI ORGANIQUE N° 99-209 DU 19 MARS 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F., n° 0068, 21 mars 1999, p. 4197, *op. cit.*, art. 18.

⁷⁶⁶ DEMMER CHRISTINE, « Nouveaux enjeux fonciers et évolution du nationalisme kanak après l'accord de Nouméa, Nouvelle-Calédonie. Un éclairage sur des projets de société successifs », *op. cit.*, p. 379.

⁷⁶⁷ CASSINAT LOLA, *Le projet de loi de pays de la Nouvelle-Calédonie relative au statut coutumier des savoirs traditionnels kanak. Anthropologie juridique et sécurisation des droits culturels*, Mémoire d'étude, Ecole du Louvre, Paris, 2013, p. 14.

⁷⁶⁸ MOHAMED SOILIHI THANI, DARNAUD MATHIEU et LAUFOAULU ROBERT, *Rapport d'information fait au nom de la délégation sénatoriale à l'outre-mer sur la sécurisation des droits fonciers dans les outre-mer*, *op. cit.*, p. 111.

⁷⁶⁹ LOI ORGANIQUE N° 99-209 DU 19 MARS 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, *op. cit.*, art. 99 al. 5.

2 | UNE RESTITUTION DES TERRES INADAPTÉE À LA RÉALITÉ KANAKE

277 . Depuis les Accords de Matignon du 26 juin 1988 c'est l'ADRAF, un établissement public d'État institué par la loi du 9 novembre 1988, qui a pour mission de mettre en œuvre la réforme foncière en Nouvelle-Calédonie. À la suite de l'Accord de Nouméa le critère de mise en valeur qui présidait à la réattribution des terres n'apparaît officiellement plus indispensable, l'attribution pouvant, semble-t-il, dépendre uniquement du seul critère du lien à la terre. La pratique montre cependant une toute autre réalité (1) et l'omnipotence de l'ADRAF dans le domaine du foncier entraîne un certain nombre de conflits (2).

a | Élément d'acculturation : une réattribution conditionnée à une mise en valeur des terres

278 . L'article 1.4 de l'Accord de Nouméa annonce que la réforme foncière sera poursuivie et que « *les terres seront attribuées par l'ADRAF pour répondre aux demandes exprimées au titre du lien à la terre* ». Au premier abord, cette formulation semble instaurer la mise en place d'un processus respectueux de l'identité kanake. Cependant, une lecture plus attentive des textes dévoile une perspective de réattribution qui reste développementaliste. Ainsi ce même article dispose que :

« L'accompagnement des attributions de terre devra être accentué pour favoriser l'installation des attributaires et la mise en valeur [...]. De nouveaux outils juridiques et financiers seront mis en place pour favoriser le développement sur les terres coutumières, dont le statut ne doit pas être un obstacle à la mise en valeur ».

279 . Plus encore, le préambule de l'Accord de Nouméa lie indéfectiblement les questions foncière et économique en précisant que « *la pleine reconnaissance de l'identité kanak conduit à [...] mettre en place de nouveaux mécanismes juridiques et financiers pour répondre aux demandes exprimées au titre du lien à la terre, tout en favorisant sa mise en valeur* ».

S'il est encore possible de penser que la mise en valeur des terres reste subordonnée à la reconnaissance d'un lien à la terre, les statuts de l'ADRAF, et plus particulièrement l'article 26, démontrent qu'il n'en est rien :

« la direction générale de l'agence instruit les demandes en tenant compte des critères de choix arrêtés par le conseil d'administration sur proposition de la commission foncière communale pour chaque commune, et notamment du lien à la terre invoqué par le demandeur, de sa situation économique et patrimoniale, de ses besoins de réinstallation, de son activité professionnelle et de celle de sa famille, de son lieu de résidence, de sa capacité professionnelle, de son engagement à poursuivre une formation, des perspectives de rentabilité économique du projet et, d'une façon générale, de l'intérêt de celui-ci⁷⁷⁰ ».

280 . Cette avalanche de conditions de réattribution montre la minimisation du critère du lien à la terre et corrélativement le manque de considérations pour les revendications kanakes. D'abord établies dans l'objectif de retrouver les territoires ancestraux qui leur avaient été confisqués et où se trouvaient leurs lieux sacrés ou, plus matériellement, les zones d'accès à leurs ressources, ces revendications ont par la suite été associées à une volonté d'indépendance du peuple kanak⁷⁷¹. Leurs motivations ont donc très rarement été, voire jamais, purement économiques. Ce critère de mise en valeur contraint les kanaks à adopter une perception mercantile du territoire issue de la culture occidentale.

281 . En 2008, une lettre d'allégation⁷⁷² du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones⁷⁷³, concernant le processus de réattribution des terres par

⁷⁷⁰ DECRET N° 89-571 DU 16 AOUT 1989 PRIS EN APPLICATION DE L'ARTICLE 94 DE LA LOI N° 88-1028 DU 9 NOVEMBRE 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998 et relatif à l'Agence de développement rural et d'aménagement foncier, J.O.R.F., 18 août 1989, p. 10359, modifié par : DECRET N° 2000-1001 DU 16 OCTOBRE 2000 relatif à l'Agence de développement rural et d'aménagement foncier, J.O.R.F., n° 241, 17 octobre 2000 p. 16480, art. 26.

⁷⁷¹ GRAFF STEPHANIE, « Quand l'administration évalue le lien à la terre des peuples autochtones : le cas de l'Agence de développement rural et d'aménagement foncier en Nouvelle-Calédonie », dans HOFFMANN-SCHICKEL KAREN, NAVET ERIC (dir.), *Résistances culturelles et revendications territoriales des peuples autochtones*, Connaissances et Savoirs, coll. Travaux de l'Institut d'ethnologie et du laboratoire SAGE de l'Université de Strasbourg, Strasbourg, 2015, pp. 287-322.

⁷⁷² Lorsque le rapporteur spécial a connaissance d'informations concernant la violation des droits de l'Homme, et après avoir vérifié sa compétence en ce domaine et la véracité des violations alléguées,

l'ADRAF⁷⁷⁴, est adressée au gouvernement français. Le Rapporteur spécial se demande si le processus s'effectue dans le respect du système foncier kanak car :

« il semblerait que le système utilisé par l'ADRAF pour réattribuer les terres ne tienne pas compte des affiliations ancestrales et des coutumes liant les communautés Kanak à leurs terres traditionnelles. [...] Le procédé de réattribution consisterait en un appel à candidature publique, ayant comme critère de sélection des candidats un lien avec la terre et un projet de développement économique. La perception autochtone d'appartenance à une terre ne serait pas prise en compte⁷⁷⁵ ».

Le 10 juin 2008, la France répond en ces termes :

« Le Gouvernement français assure que la reconnaissance des peuples autochtones, de leurs droits et coutumes, est garantie sous l'ordre juridique et la constitution française [et qu'en] ce qui concerne la prise en compte des réalités coutumières dans les politiques d'aménagement foncier, le Gouvernement précise que depuis le début de la réforme foncière de 1978, la tâche de l'ADRAF consiste principalement dans le rétablissement du lien à la terre⁷⁷⁶ ».

282 . Ces affirmations paraissent sujettes à controverse au regard de l'histoire de la réforme foncière. La situation actuelle le confirme puisqu'en juillet 2010 plusieurs ONG et associations kanakes ont transmis un rapport au Comité pour

il a la possibilité de prendre contact avec l'État concerné par le biais d'une lettre d'allégation. Contenant les informations sur les violations présumées, cette lettre suppose une enquête approfondie et une réponse de la part de l'État concerné.

⁷⁷³ Cette lettre a été envoyée le 3 avril 2008, à la fin du mandat de Rodolfo Stavenhagen, qui sera remplacé en mai 2008 par James S. Anaya.

⁷⁷⁴ ANAYA S. JAMES, *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development*, Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, 9^{ème} session, 15 août 2008, A/HRC/9/9/Add.1, p. 46.

⁷⁷⁵ *Ibid.*, p. 46-47.

⁷⁷⁶ *Ibid.*, p. 47.

l'élimination de la discrimination raciale sur *la situation de discrimination du peuple autochtone kanak de Nouvelle-Calédonie*⁷⁷⁷. Ce rapport indique clairement que :

« lors de la réattribution des terres revendiquées par plusieurs clans, celles-ci ne seront pas forcément réattribuées au clan « dignitaire terrien » si celui-ci ne présente pas un projet de développement économique de la terre. Ainsi le critère de développement économique, de « mise en valeur » de la terre est imposé afin que celle-ci soit réattribuée⁷⁷⁸ ».

Pour ces derniers, le mode de fonctionnement de cet établissement public « ne reconnaît pas le système foncier autochtone⁷⁷⁹ » et, à ce titre, ne répond pas aux recommandations de l'article 26 bis de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*⁷⁸⁰. Le critère du développement risque d'entraîner de violents conflits entre clans rivaux mais il traduit également un phénomène d'acculturation. Il induit une obligation de présenter un projet conforme aux intentions des institutions étatiques quant aux développements des terres devant pourtant redevenir coutumières. La perception autochtone de la propriété, basée sur le lien à la terre est reléguée au second rang, ce malgré la rhétorique des Accords de Nouméa.

283 . Si en 2010 le Comité s'est dit préoccupé par le fait que le système actuel ne permet pas de reconnaître des droits collectifs aux peuples autochtones, notamment le droit ancestral à la terre⁷⁸¹, les propos s'avèrent beaucoup plus virulents

⁷⁷⁷ ASSOCIATION CORAIL VIVANT, ASSOCIATION RÉVEIL QUOTIDIEN, CONGRÈS POPULAIRE COUTUMIER, DYNAMIQUE FLNKS SUD, UGPE et UNPK, *Rapport sur la situation de discrimination du peuple autochtone kanak de Nouvelle-Calédonie*, Transmis au Comité pour l'élimination de la Discrimination Raciale, Nations Unies, 77ème session, 2010, 41 p.

⁷⁷⁸ *Ibid.*, pt. 57.

⁷⁷⁹ *Ibid.*, pt. 60.

⁷⁸⁰ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Résolution 61/295 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, A/RES/61/295, 107^{ème} séance plénière, 13 septembre 2007, *op. cit.*, art. 26 : « Les Etats mettront en place et appliqueront, en concertation avec les peuples autochtones concernés, un processus équitable, indépendant, impartial, ouvert et transparent reconnaissant dûment les lois, traditions, coutumes et régimes fonciers des peuples autochtones, pour reconnaître le droit des peuples autochtones en ce qui concerne leurs terres, leurs territoires et leurs ressources, y compris ceux qu'ils possèdent, occupent ou utilisent traditionnellement, et statuer sur ces droits. Les peuples autochtones auront le droit de participer à ce processus ».

⁷⁸¹ COMITE POUR L'ELIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE, *Examen des rapports présentés par les États partis conformément à l'article 9 de la Convention. Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale. France*, 77^{ème} session, 2-27 août 2010, CERD/C/FRA/CO/17-19, *op. cit.*, pt. 18.

en 2015. Au cours de l'étude du rapport de la France et des discussions qui s'en sont suivies le rapporteur du Comité pour l'examen du rapport français, M. Ion Diaconu, a estimé que la France avait un « *problème sérieux*⁷⁸² » avec la question des droits des peuples autochtones à la terre qu'ils possédaient avant la colonisation et préconise de « *trouver un règlement définitif aux questions foncières qui subsistent en Nouvelle-Calédonie*⁷⁸³ ».

284 . Les mécanismes juridiques et administratifs de l'ADRAF s'opposent et s'imposent à l'organisation sociale kanake en exerçant une forme de politique d'assimilation. Le déni de l'importance du lien à la terre transparaît d'ailleurs dans le choix de la sémantique employée par l'établissement. Lorsqu'elle explique le traitement de la question foncière, l'ADRAF évoque des procédures d'attribution⁷⁸⁴ tandis que les Kanaks demandent, quant à eux, une restitution de leurs terres ancestrales. Si ces deux termes sont souvent employés en tant que synonymes, c'est un tort que de les amalgamer. Le nom « attribution » provient du verbe « attribuer » qui signifie « allouer », « *donner à quelqu'un une chose dans un partage, une répartition, [...] comme sa part*⁷⁸⁵ ». Ce terme renvoie l'image d'un don, une sorte de générosité accordée par l'État dans un but altruiste de répartition. En aucun cas l'idée de rendre à un individu ou un groupe une chose qui lui a été confisquée ne transparaît ici. Or les Kanaks souhaitent récupérer leurs terres, spoliées lors de la colonisation. Le terme « restitution » implique de « *rendre ce qui a été pris ou possédé injustement ou illégalement*⁷⁸⁶ ». Pour l'État, admettre la restitution emporterait beaucoup plus de conséquences. De généreux donateur, il deviendrait une entité contrite reconnaissant ses errements. L'ironie de cette confusion entre les deux termes est fort bien retranscrite dans une citation extraite du roman *Mademoiselle de La Seiglière* de Jules

⁷⁸² « Le Comité pour l'Élimination de la discrimination raciale examine le rapport de la France », avril 2015, En ligne : <<http://www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15904&LangID=F>>.

⁷⁸³ COMITE POUR L'ELIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE, *Observations finales concernant le vingtième et vingt-et-unième rapports périodiques de la France*, 10 juin 2015, CERD/C/FRA/CO/20-21, pt. 13.

⁷⁸⁴ Voir notamment le site internet de l'ADRAF (www.adraf.nc).

⁷⁸⁵ CENTRE NATIONAL DE RESSOURCES TEXTUELLES ET LEXICALES, En ligne : <http://www.cnrtl.fr/definition/allouer>.

⁷⁸⁶ *Ibidem*.

Sandeau : « *Que parlez-vous d'ailleurs de donation ? On me restitue ce qu'on a dérobé, on me rend les biens qu'on m'a pris, et cela s'appelle une donation !* ⁷⁸⁷ ».

285 . Une restitution au titre unique du lien ancestral à la terre serait réellement respectueuse de l'identité autochtone. Pourtant, là encore, plusieurs problèmes se posent. En matière de réforme foncière, l'ADRAF est omnipotente et souhaite rester la référence en matière d'ingénierie, de conseil et d'appui sur les questions foncières. Les institutions et autorités coutumières n'ont que peu d'impact sur les procédures d'attribution. Or, le lien à la terre n'est pas explicitement défini dans l'Accord de Nouméa et dans la loi organique de 1999. Une réflexion à ce sujet serait opportune afin de cerner le rapport exact des Kanaks à leurs terres ancestrales si toutefois le lien à la terre devenait réellement le seul vecteur d'attribution.

b | Des conceptions divergentes de la propriété : conflits et immobilisme

286 . La réforme foncière est aujourd'hui sous le contrôle de l'ADRAF. Si les instances coutumières semblent, de prime abord, impliquées dans ce processus réformateur la pratique vient considérablement nuancer cette impression. L'Accord de Nouméa prévoit une implication des institutions coutumières pour tout ce qui est relatif à l'identité et à la coutume kanake, cependant l'imprécision des formulations ne leur garantit pas de véritables compétences ni un pouvoir effectif de décision. Les conseils d'aires ont pour rôle « *la clarification et l'interprétation des règles coutumières* ⁷⁸⁸ » et le Sénat coutumier doit être « *obligatoirement consulté sur les sujets intéressant l'identité kanake* ⁷⁸⁹ ». L'ADRAF a, quant à elle, la charge de certains aspects précis et fondamentaux de la réforme foncière ⁷⁹⁰ et détient une position clef qui oblige le Sénat et les Conseils coutumiers à rester en retrait en raison

⁷⁸⁷ SANDEAU JULES, *Mademoiselle de La Seiglière*, 1848, p. 112.

⁷⁸⁸ ACCORD SUR LA NOUVELLE-CALÉDONIE SIGNÉ A NOUMÉA LE 5 MAI 1998, J.O.R.F., n° 121, 27 mai 1998, p. 8039, *op. cit.*, Document d'orientation, art. 1.2.2.

⁷⁸⁹ *Ibid.*, Document d'orientation, art. 1.2.5.

⁷⁹⁰ L'ADRAF détient deux fonctions principales, générer du foncier coutumier et rassembler un certain savoir coutumier pour être à même de mener au mieux la réattribution.

du manque de définition réelle de leurs missions⁷⁹¹. Ainsi, en interne, c'est le conseil d'administration de l'ADRAF qui détient effectivement le pouvoir décisionnel à la majorité des membres présents ou représentés⁷⁹². Son organisation montre le peu de représentativité des institutions coutumières et, corrélativement, leur moindre influence. Le conseil est composé d'un président, le Haut-commissaire de la République, de trois représentants de l'État désignés par le président, de trois représentants de la Nouvelle-Calédonie élus par le Congrès, d'un représentant de chaque province choisi par chaque assemblée de province, de trois représentants du Sénat coutumier et enfin, de trois représentants des organisations professionnelles agricoles désignés par le Haut-commissaire sur proposition de ces dernières⁷⁹³. Le conseil d'administration est assisté d'un comité de province et d'une commission foncière communale. Le comité de province dispose de la possibilité de faire des propositions à l'agence concernant l'acquisition de biens immobiliers sur son territoire et donne son avis sur les candidatures à une attribution⁷⁹⁴. La commission foncière communale peut proposer des critères de choix pour les attributions foncières et donner son avis sur la liste des candidatures⁷⁹⁵.

287 . Toutes ces décisions prises en partie en vertu du lien à la terre, nécessitent une connaissance approfondie de la coutume. Il est donc nécessaire de maîtriser un savoir relatif « *au passé, aux noms, aux hiérarchies, aux territoires*⁷⁹⁶ ». L'ADRAF se place en situation de concurrence d'expertise vis-à-vis des autorités et des institutions coutumières. Or, le lien à la terre n'est pas défini et comme l'ADRAF reste la seule structure apte à procéder à la réattribution des terres, le risque est qu'elle impose ces normes, valeurs et règles à la société kanake⁷⁹⁷.

⁷⁹¹ LE MEUR PIERRE-YVES, « Politique et savoirs fonciers en Nouvelle-Calédonie : retour sur une expérience d'anthropologie appliquée », *Le Journal de la Société des Océanistes*, n° 132, 30 juin 2011, *op. cit.*, p. 96.

⁷⁹² En cas de partage des voix, celle du président est prépondérante.

⁷⁹³ DECRET N° 89-571 DU 16 AOUT 1989 PRIS EN APPLICATION DE L'ARTICLE 94 DE LA LOI N° 88-1028 DU 9 NOVEMBRE 1988 *portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998 et relatif à l'Agence de développement rural et d'aménagement foncier*, *op. cit.*, art. 2.

⁷⁹⁴ *Ibid.*, art. 12.

⁷⁹⁵ *Ibid.*, art. 15.

⁷⁹⁶ LE MEUR PIERRE-YVES, « Politique et savoirs fonciers en Nouvelle-Calédonie : retour sur une expérience d'anthropologie appliquée », *op. cit.*, p. 96.

⁷⁹⁷ GRAFF STEPHANIE, « Quand l'administration évalue le lien à la terre des peuples autochtones : le cas de l'Agence de développement rural et d'aménagement foncier en Nouvelle-Calédonie », dans HOFFMANN-SCHICKEL KAREN, NAVET ERIC (dir.), *Résistances culturelles et revendications*

288 . Une des difficultés des attributions foncières réside ici. Influencée par le concept français de la propriété et par la nature univoque des droits reconnus en droit français⁷⁹⁸, l'ADRAF semble appréhender difficilement l'existence possible de plusieurs légitimités sur une même terre⁷⁹⁹. Or, les Kanaks pratiquent l'accueil. Cette tradition offre la possibilité pour des clans demandeurs de s'installer sur les terres d'autres clans lorsqu'ils ont été privés des leurs à la suite de guerres tribales, de catastrophes naturelles ou de dépossessions par les autorités coloniales⁸⁰⁰. Ainsi que le rappelle la Charte du Peuple Kanak, « *l'histoire coloniale a positionné dans un espace restreint (les réserves) les clans originels et les clans et familles déplacés par la colonisation*⁸⁰¹ ». Dès lors, peuvent coexister sur une même terre, des clans accueillants, dits maîtres de la terre et des clans accueillis. Pour les Kanaks, les véritables possesseurs de la terre sont les clans fondateurs et si l'accueilli « *peut se réclamer des droits que lui valent le fait qu'il y ait résidé [sur la terre], qu'il y ait effectué des échanges avec le fondateur et qu'il y ait travaillé, [...], en aucun cas, il ne peut contester le fait d'avoir reçu la terre d'un autre*⁸⁰² ». Les clans accueillis, bien que jouissant pleinement des terres, doivent reconnaître la légitimité ultime des premiers occupants⁸⁰³.

289 . Toutefois la légitimité des clans accueillis tend à s'accroître au regard notamment de certaines caractéristiques de la propriété occidentale dont l'ADRAF a du mal à se départir. Il en est ainsi de la théorie de l'occupation selon laquelle une terre

territoriales des peuples autochtones, Connaissances et Savoirs, coll. Travaux de l'Institut d'ethnologie et du laboratoire SAGE de l'Université de Strasbourg, Strasbourg, 2015, *op. cit.*

⁷⁹⁸ CASSINAT LOLA, *Le projet de loi de pays de la Nouvelle-Calédonie relative au statut coutumier des savoirs traditionnels kanak. Anthropologie juridique et sécurisation des droits culturels*, Mémoire d'étude, Ecole du Louvre, Paris, 2013, *op. cit.*, p. 75.

⁷⁹⁹ MERLE ISABELLE, « La construction d'un droit foncier colonial. De la propriété collective à la constitution des réserves en Nouvelle-Calédonie », *Enquête. Archives de la revue Enquête*, n° 7, 1^{er} novembre 1999, *op. cit.*

⁸⁰⁰ PIPITE JEAN, « Droit d'accueil et droit de l'endroit en pays kanak », *Le Journal de la Société des Océanistes*, vol. 117, 2003, p. 204.

⁸⁰¹ ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK, *Charte du Peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak*, adoptée par les chefferies coutumières de Nouvelle-Calédonie le 26 avril 2014, *op. cit.*, art. 73.

⁸⁰² NAEPELS MICHEL, « Réforme foncière et propriété en Nouvelle-Calédonie. L'exemple de la région de Houailou », *Etudes rurales*, n° 177, 2006, p. 49.

⁸⁰³ DEMMER CHRISTINE, « Nouveaux enjeux fonciers et évolution du nationalisme kanak après l'accord de Nouméa, Nouvelle-Calédonie. Un éclairage sur des projets de société successifs », dans *Politique de la terre et de l'appartenance. Droits fonciers et citoyenneté locale dans les sociétés du Sud*, Karthala, Paris, 2010, *op. cit.*, p. 386.

sur laquelle s'effectue une occupation réelle devient propriété de l'occupant⁸⁰⁴. En droit français, l'occupation réelle peut être associée à la règle de l'usucapion ou de la prescription acquisitive qui permet « *d'acquérir un bien ou un droit par l'effet de la possession sans que celui qui l'allègue soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi*⁸⁰⁵ ». Si la coutume kanake ne connaît pas l'usucapion⁸⁰⁶, il semble toutefois que certains clans accueillis utilisent volontairement ces concepts occidentaux pour demander l'attribution de certaines terres. Le lien à la terre n'étant pas défini, il semble que l'ADRAF passe parfois outre le modèle social kanak de production des légitimités et tende à accréditer la référence à ces normes occidentales. Le Sénat coutumier met en exergue cette pratique dans une délibération de 2011 relative à la problématique foncière en Nouvelle-Calédonie. Il constate que :

« Le développement de la réforme foncière rencontre depuis les années 80, la problématique des revendications croisées formulées par des clans différents d'une ou de plusieurs chefferies ayant été bousculés ou déplacés par la colonisation. Cela a posé et pose la légitimité de certaines revendications ou attributions faites depuis ou en attente de l'être. [...Cela engendre] une instabilité sur les terres coutumières des réserves en grande terre avec la nouvelle situation créée par les attributions au titre du lien à la terre et notamment, un repositionnement des clans accueillants par rapport aux clans accueillis⁸⁰⁷ ».

290 . Il semble dès lors nécessaire d'instaurer une véritable définition du lien à la terre afin de cerner plus précisément les véritables propriétaires de cette dernière. Néanmoins, la sécurisation des droits fonciers passe également par un développement des modalités de production d'un consensus local car, sans cela, même une définition

⁸⁰⁴ MONOD KATHLEEN, *Les aires spécialement protégées d'importance méditerranéenne*, Presses Universitaires de Limoges, Limoges, 2005, p. 45.

⁸⁰⁵ CODE CIVIL, art. 2258.

⁸⁰⁶ MOHAMED SOILIH THANI, DARNAUD MATHIEU et LAUFOAULU ROBERT, *Rapport d'information fait au nom de la délégation sénatoriale à l'outre-mer sur la sécurisation des droits fonciers dans les outre-mer*, Sénat, session ordinaire de 2015-2016, n° 721, 23 juin 2016, *op. cit.*, p. 110.

⁸⁰⁷ SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, *La problématique foncière en 2011*, J.O.N.C., 2012, p. 1249.

précise du lien à la terre échouerait à stabiliser les conflits. Pour le Sénat coutumier, « *la question qui se pose en matière de sécurisation et de stabilisation renvoie à la participation obligée des conseils des chefs de clan de l'espace considéré*⁸⁰⁸ ». Selon l'institution coutumière, l'absence de médiation serait la première cause de la constitution du "stock foncier" de l'ADRAF, fort de plus de 9 000 hectares en attente d'attribution⁸⁰⁹.

291 . Toutefois, l'action redistributive de l'ADRAF est aujourd'hui doublement freinée. Si la récurrence des revendications foncières conflictuelles entraîne la pérennisation du stock dur de l'agence, il est également constaté le désengagement financier de l'État⁸¹⁰. L'un des objectifs de l'agence est d'acquérir des terrains, vendus ou parfois cédés par des propriétaires privés ou des collectivités, afin de procéder à des opérations d'attribution, notamment au bénéfice des Kanaks, organisés majoritairement en GDPL.

Parfois soumis à la pression des revendications foncières, les propriétaires privés préfèrent proposer leur terrain à la vente à l'ADRAF. Cependant, l'agence ne dispose plus aujourd'hui de moyens suffisants pour acquérir ces terrains. Ainsi que l'indique le rapport du Sénat français *sur la sécurisation du lien à la terre*, le « *financement [de l'ADRAF] qui devait être porté à égalité par le ministère des outre-mer et le ministère de l'agriculture, n'est désormais plus supporté que par le premier*⁸¹¹ ». L'étude des projets de lois de finances du ministère de l'Agriculture montre la minoration des ressources accordées à l'ADRAF. En 2011, dans le cadre de l'action sur la gestion équilibrée et durable des territoires, les dépenses d'intervention transférées aux

⁸⁰⁸ SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALÉDONIE, DÉLIBÉRATION N° 16/2011/SC DU 15 NOVEMBRE 2011, *portant sur le rapport d'orientation du sénat coutumier relatif à la problématique foncière en Nouvelle-Calédonie*, J.O.N.C., 2012, p. 1248.

⁸⁰⁹ MOHAMED SOILIH THANI, DARNAUD MATHIEU et LAUFOAULU ROBERT, *Rapport d'information fait au nom de la délégation sénatoriale à l'outre-mer sur la sécurisation des droits fonciers dans les outre-mer*, op. cit., p. 15.

⁸¹⁰ Le ministère de l'agriculture a récemment renoncé à abonder le budget de l'agence.

⁸¹¹ MOHAMED SOILIH THANI, DARNAUD MATHIEU et LAUFOAULU ROBERT, *Rapport d'information fait au nom de la délégation sénatoriale à l'outre-mer sur la sécurisation des droits fonciers dans les outre-mer*, op. cit., p. 120.

collectivités territoriales, soit à l'ADRAF, s'élève à 400 000 euros⁸¹². En 2014, ce transfert n'est plus que de 340 000 euros⁸¹³.

Nonobstant le fait que le financement est minoré, il peut également être constaté que ce dernier n'est en aucun cas porté à égalité entre les deux ministères. En 2011 et 2014⁸¹⁴, le ministère de l'outre-mer octroyait 1 000 000 d'euros à l'ADRAF afin de « *contribuer au budget de fonctionnement de cet organisme et aux acquisitions de terres*⁸¹⁵ ».

292 . Consciente de cette iniquité, la ministre des outre-mer, George Pau-Langevin déclare le 29 octobre 2014 dans le cadre de son audition devant la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire qu'un « *dialogue de gestion est engagé entre le ministère des outre-mer et le ministère de l'agriculture pour évaluer les modalités d'un redressement des subventions accordées par ce dernier à l'ADRAF*⁸¹⁶ ». Cette déclaration n'est pas suivie d'effets puisque l'étude des projets de loi de finances suivants montre que le ministère de l'agriculture diminue encore les subventions accordées à l'agence en 2016⁸¹⁷ pour finalement les supprimer définitivement en 2017⁸¹⁸. Ce constat est révélateur d'un certain manque de considération pour la réforme foncière néocalédonienne, ce d'autant plus que ce même ministère a vu son budget abondé de 700 millions d'euros dans le projet de loi de finances pour l'année 2017, pour un total de 5,12 milliards

⁸¹² PROJET DE LOI DE FINANCES 2011 - MINISTERE DE L'AGRICULTURE. JUSTIFICATION AU PREMIER EURO, En ligne : <http://www.performance-publique.budget.gouv.fr/sites/performance_publique/files/farandole/ressources/2011/pap/html/DBGPGMJPEPGM154.htm>.

⁸¹³ PROJET DE LOI DE FINANCES 2014 - MINISTERE DE L'AGRICULTURE. JUSTIFICATION AU PREMIER EURO, En ligne : <http://www.performance-publique.budget.gouv.fr/sites/performance_publique/files/farandole/ressources/2014/pap/html/DBGPGMJPEPGM154.htm>.

⁸¹⁴ PROJET DE LOI DE FINANCES 2014 - MINISTERE DE L'OUTRE-MER. JUSTIFICATION AU PREMIER EURO, En ligne : <http://www.performance-publique.budget.gouv.fr/sites/performance_publique/files/farandole/ressources/2014/pap/html/DBGPGMJPEPGM123.htm>.

⁸¹⁵ PROJET DE LOI DE FINANCES 2011 - MINISTERE DE L'OUTRE-MER. JUSTIFICATION AU PREMIER EURO, En ligne : <http://www.performance-publique.budget.gouv.fr/sites/performance_publique/files/farandole/ressources/2011/pap/html/DBGPGMJPEPGM123.htm>.

⁸¹⁶ DECLARATION DE MADAME GEORGE PAU-LANGEVIN, MINISTRE DES OUTRE-MER, *sur les grandes orientations du budget 2015 pour les Outre-mers*, Assemblée Nationale, 29 octobre 2014.

⁸¹⁷ Les dépenses d'intervention accordées à l'ADRAF sont plafonnées à 320 000 euros. Cf PROJET DE LOI DE FINANCES 2016 - MINISTERE DE L'AGRICULTURE. JUSTIFICATION AU PREMIER EURO, En ligne : <http://www.performance-publique.budget.gouv.fr/sites/performance_publique/files/farandole/ressources/2016/pap/html/DBGPGMJPEPGM154.htm>.

⁸¹⁸ PROJET DE LOI DE FINANCES 2017 - MINISTERE DE L'AGRICULTURE. JUSTIFICATION AU PREMIER EURO, En ligne : <http://www.performance-publique.budget.gouv.fr/sites/performance_publique/files/farandole/ressources/2017/pap/html/DBGPGMJPEPGM149.htm>.

d'euros en crédits de paiement⁸¹⁹. Instaurer des mécanismes prétendument respectueux des droits autochtones, tout en privant les institutions chargées de les mettre en œuvre des moyens financiers nécessaires, est équivoque. Certes, le ministère des outre-mer continue à allouer un financement conséquent à l'ADRAF⁸²⁰ mais en amputant son budget, le ministère de l'agriculture « *fragilise une structure dont il assure la tutelle et qui joue un rôle pivot dans l'équilibre de la Nouvelle-Calédonie*⁸²¹ ».

293 . Si de nouvelles solutions doivent dès lors être envisagées pour mener à bien les restitutions foncières, la question des ressources et celle, corrélative, de la constitution de droits sur l'ensemble du territoire néocalédonien doivent être soulevées.

B | L'omission de l'Accord de Nouméa sur les ressources naturelles

294 . La richesse de la biodiversité terrestre et maritime en Nouvelle-Calédonie est telle que son taux d'endémisme relatif aux végétaux terrestres est un des plus élevés du monde⁸²². La flore indigène compte ainsi 3261 espèces dont près de 74% sont strictement endémiques⁸²³. La faune quant à elle regroupe environ 4 500 espèces d'invertébrés pour un taux d'endémisme de 90% et 23 espèces d'oiseaux endémiques dont le cagou et le notou, plus gros pigeon arboricole du

⁸¹⁹ SERVICE DE PRESSE DE STEPHANE LE FOLL, « Le budget de l'agriculture en hausse de 700 millions d'euros pour 2017 », En ligne : <<http://agriculture.gouv.fr/le-budget-de-lagriculture-en-hausse-de-700-millions-deuros-pour-2017>>.

⁸²⁰ PROJET DE LOI DE FINANCES 2016 - MINISTERE DE L'OUTRE-MER. JUSTIFICATION AU PREMIER EURO, En ligne : <http://www.performance-publique.budget.gouv.fr/sites/performance_publique/files/farandole/ressources/2016/pap/html/DBGPGMJPEPGM123.htm> ; PROJET DE LOI DE FINANCES 2017 - MINISTERE DE L'OUTRE-MER. JUSTIFICATION AU PREMIER EURO, En ligne : <http://www.performance-publique.budget.gouv.fr/sites/performance_publique/files/farandole/ressources/2017/pap/html/DBGPGMJPEPGM123.htm>.

⁸²¹ MOHAMED SOILIHI THANI, DARNAUD MATHIEU et LAUFOAULU ROBERT, *Rapport d'information fait au nom de la délégation sénatoriale à l'outre-mer sur la sécurisation des droits fonciers dans les outre-mer*, op. cit., p. 120.

⁸²² PETIT JEROME et PRUDENT GUILLAUME, *Changement climatique et biodiversité dans l'outre-mer européen*, UICN / ONERC, 2008, p. 109.

⁸²³ JAFFRÉ TANGUY, MORAT PHILIPPE et VEILLON JEAN-MARIE, « Dossier Nouvelle-Calédonie. La Flore. Caractéristiques et composition floristiques des principales formations végétales », *Bois et forêts des tropiques*, n° 242, 1994, p. 8.

monde⁸²⁴. L'archipel est, par ailleurs, une des plus grandes réserves mondiales de nickel. Enfin, la biodiversité marine n'est pas en reste puisque la Nouvelle-Calédonie possède la deuxième plus grande barrière récifale au monde, délimitant un lagon de 23 400 km² dont les deux tiers sont classés au patrimoine mondial de l'UNESCO⁸²⁵. Plus de 15 000 espèces évoluent dans ce milieu, englobant 600 éponges et 300 coraux différents⁸²⁶.

295 . Pour certaines sociétés telles que la société kanake, l'environnement est une chose sacrée qu'il convient de protéger et d'utiliser avec respect. La société internationale a d'ores et déjà reconnu l'importance de l'environnement et des ressources pour les sociétés traditionnelles. La France ne semble pas avoir franchie cette étape puisqu'elle ne reconnaît au peuple kanak aucun droit particulier sur les ressources naturelles tant au niveau terrestre (1) que maritime (2).

1 | L'ABSENCE DE DROITS SUR LES RESSOURCES NATURELLES TERRESTRES

296 . Les normes internationales se sont, dans un premier temps, intéressées à la souveraineté des peuples sur leurs ressources naturelles. Cette dernière est consacrée par l'alinéa 2 de l'article 1^{er} des deux Pactes de 1966⁸²⁷, puis par l'article 3 de la *Déclaration sur le progrès et le développement dans le domaine social*⁸²⁸ adoptée en 1969. En 1986, la *Déclaration sur le droit au développement* établit

⁸²⁴ *Ibidem*.

⁸²⁵ COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL, *Examen des propositions d'inscription des biens naturels, mixtes et culturels sur la liste du Patrimoine Mondial - Lagons de Nouvelle-Calédonie (FRANCE)*, 32 COM 8B.10.

⁸²⁶ PETIT JEROME et PRUDENT GUILLAUME, *Changement climatique et biodiversité dans l'outre-mer européen*, *op. cit.*, p. 111.

⁸²⁷ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, entrée en vigueur le 23 mars 1976, *op. cit.* ; *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966 ; entrée en vigueur le 3 janvier 1976, *op. cit.*, art. 1^{er}, al. 2 : « Pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, sans préjudice des obligations qui découlent de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'intérêt mutuel, et du droit international. En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance ».

⁸²⁸ *Déclaration sur le progrès et le développement dans le domaine social*, Résolution 2542 (XXIV), Assemblée générale de l'ONU, 11 décembre 1969, art. 3 : « Sont considérés comme des conditions

également un lien très fort entre le droit à l'autodétermination des peuples et leur droit à la libre disposition des ressources naturelles⁸²⁹. Peu à peu, l'impératif de participation des peuples autochtones dans ce domaine a investi le droit international. La Convention n° 169 de l'Organisation Internationale du Travail est le premier document à traiter, respectivement dans ses articles 7⁸³⁰ et 15⁸³¹, de la participation des autochtones dans la gestion, l'utilisation et la conservation des ressources dont leurs terres sont dotées. D'autres documents importants se sont ensuite fait l'écho des préoccupations autochtones. Il en est ainsi de la *Convention des Nations Unies sur la*

primordiales du progrès et du développement dans le domaine social : [...] (d) La souveraineté permanente de chaque nation sur ses richesses et ressources naturelles ».

⁸²⁹ Déclaration sur le droit au développement, Assemblée générale de l'ONU, 4 décembre 1986, art. 1 : « 1. Le droit au développement est un droit inaliénable de l'homme en vertu duquel toute personne humaine et tous les peuples ont le droit de participer et de contribuer à un développement économique, social, culturel et politique dans lequel tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales puissent être pleinement réalisés, et de bénéficier de ce développement. 2. Le droit de l'homme au développement suppose aussi la pleine réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, qui comprend, sous réserve des dispositions pertinentes des deux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, l'exercice de leur droit inaliénable à la pleine souveraineté sur toutes leurs richesses et leurs ressources naturelles ».

⁸³⁰ CONVENTION (N° 169) RELATIVE AUX PEUPLES INDIGENES ET TRIBAUX, Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, OIT, Genève, 76^{ème} session, adoptée le 27 juin 1989, entrée en vigueur le 5 septembre 1991, op. cit., art. 7 : « 1. Les peuples intéressés doivent avoir le droit de décider de leurs propres priorités en ce qui concerne le processus du développement, dans la mesure où celui-ci a une incidence sur leur vie, leurs croyances, leurs institutions et leur bien-être spirituel et les terres qu'ils occupent ou utilisent d'une autre manière, et d'exercer autant que possible un contrôle sur leur développement économique, social et culturel propre. En outre, lesdits peuples doivent participer à l'élaboration, à la mise en oeuvre et à l'évaluation des plans et programmes de développement national et régional susceptibles de les toucher directement.

2. L'amélioration des conditions de vie et de travail des peuples intéressés et de leur niveau de santé et d'éducation, avec leur participation et leur coopération, doit être prioritaire dans les plans de développement économique d'ensemble des régions qu'ils habitent. Les projets particuliers de développement de ces régions doivent également être conçus de manière à promouvoir une telle amélioration.

3. Les gouvernements doivent faire en sorte que, s'il y a lieu, des études soient effectuées en coopération avec les peuples intéressés, afin d'évaluer l'incidence sociale, spirituelle, culturelle et sur l'environnement que les activités de développement prévues pourraient avoir sur eux. Les résultats de ces études doivent être considérés comme un critère fondamental pour la mise en oeuvre de ces activités.

4. Les gouvernements doivent prendre des mesures, en coopération avec les peuples intéressés, pour protéger et préserver l'environnement dans les territoires qu'ils habitent. ».

⁸³¹ Ibid., art. 15 : « 1. Les droits des peuples intéressés sur les ressources naturelles dont sont dotées leurs terres doivent être spécialement sauvegardés. Ces droits comprennent celui, pour ces peuples, de participer à l'utilisation, à la gestion et à la conservation de ces ressources.

2. Dans les cas où l'Etat conserve la propriété des minéraux ou des ressources du sous-sol ou des droits à d'autres ressources dont sont dotées les terres, les gouvernements doivent établir ou maintenir des procédures pour consulter les peuples intéressés dans le but de déterminer si et dans quelle mesure les intérêts de ces peuples sont menacés avant d'entreprendre ou d'autoriser tout programme de prospection ou d'exploitation des ressources dont sont dotées leurs terres. Les peuples intéressés doivent, chaque fois que c'est possible, participer aux avantages découlant de ces activités et doivent recevoir une indemnisation équitable pour tout dommage qu'ils pourraient subir en raison de telles activités ».

diversité biologique⁸³² du 5 juin 1992⁸³³ et du principe 22 de la *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*⁸³⁴. Enfin, l'adoption de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* reconnaît expressément le droit de ces peuples à la participation aux prises de décisions⁸³⁵ et à l'élaboration de stratégies de développement⁸³⁶. Elle leur reconnaît plus particulièrement des droits sur les ressources naturelles⁸³⁷, notamment ceux d'être consultés sur tout projet susceptible d'avoir une influence sur leurs ressources naturelles et de pouvoir définir des stratégies pour la mise en valeur et l'utilisation de leurs terres⁸³⁸.

297 . L'Union européenne commence également à s'intéresser aux droits économiques, sociaux et culturels des peuples autochtones. Cet engagement européen se renforce au début des années 1990 puis s'affirme clairement dans une résolution du Parlement européen qui reconnaît officiellement les normes onusiennes relatives aux droits des peuples autochtones dans le domaine du développement⁸³⁹. En 1998, le Conseil des ministres de l'Union européenne adopte une résolution portant sur *Les populations autochtones dans le cadre de la coopération au développement de la Communauté et des États membres* disposant clairement que « les populations autochtones ont le droit de choisir leurs propres voies vers le développement, ce qui

⁸³² Convention sur la diversité biologique, Rio de Janeiro, 5 juin 1992, art. 8, j] : « [Chaque partie contractante...] préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle [...] ».

⁸³³ La Convention sur la diversité biologique a été approuvée au nom de la Communauté économique européenne. Cf. en ce sens : Décision du Conseil concernant la conclusion de la convention sur la diversité biologique, 25 octobre 1993, 93/626/CEE.

⁸³⁴ *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, 1992, principe 22 : « Les populations et communautés autochtones et les autres collectivités locales ont un rôle vital à jouer dans la gestion de l'environnement et le développement du fait de leurs connaissances du milieu et de leurs pratiques traditionnelles. Les États devraient reconnaître leur identité, leur culture et leurs intérêts, leur accorder tout l'appui nécessaire et leur permettre de participer efficacement à la réalisation d'un développement durable ».

⁸³⁵ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Résolution 61/295 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, A/RES/61/295, 107^{ème} séance plénière, 13 septembre 2007, *op. cit.*, art. 18.

⁸³⁶ *Ibid.*, art. 23.

⁸³⁷ *Ibid.*, art. 26.

⁸³⁸ *Ibid.*, art. 32.

⁸³⁹ Cf. notamment : PARLEMENT EUROPEEN, *Résolution sur les mesures internationales nécessaires à une protection effective des peuples indigènes*, A3- 0059/94, J.O.C.E., n° C61/60, art. 11 : « réaffirme l'apport positif des civilisations des peuples indigènes dans le patrimoine commune de l'Humanité, ainsi que le rôle essentiel qu'ils ont joué et qu'ils doivent continuer à jouer dans la préservation de leur milieu naturel ».

*inclut le droit de s'opposer à certains projets, notamment dans leurs territoires traditionnels*⁸⁴⁰ ».

Selon le document de travail réalisé par la Commission européenne en mai 1998 et accompagnant la résolution, cette formulation implique que :

*« La pleine et libre participation des peuples autochtones dans toutes les étapes du cycle du projet est estimée fondamentale. La participation doit comprendre des éléments tels que la consultation préalable avec les peuples autochtones, leur consentement aux activités envisagées, leur contrôle sur les activités touchant leurs vies et terres, et l'identification de leur priorité pour leur développement*⁸⁴¹ ».

298 . En 2006, des efforts sont engagés pour définir une politique du développement plus globale. Si le consensus mis en place traduit une actualisation de la stratégie en matière de coopération pour le développement⁸⁴², cette politique vise également les populations indigènes en indiquant que :

« La démocratie, la bonne gouvernance, les droits de l'homme et les droits de l'enfant seront défendus en partenariat avec tous les pays qui reçoivent de la Communauté une aide au développement. Ces questions devraient être systématiquement incorporées dans les instruments communautaires de développement par le biais de tous les documents de stratégie régionale et documents de stratégie par pays. Le principe essentiel pour sauvegarder les droits des peuples indigènes dans le cadre de la coopération est de veiller à ce que les communautés concernées soient pleinement associées et que, en

⁸⁴⁰ RESOLUTION DU CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE DU 30 NOVEMBRE 1998, *relative aux populations autochtones dans le cadre de la coopération au développement de la Communauté des Etats membres*, 13461/98.

⁸⁴¹ Sect. XI, para. 6 du document de travail de la Commission européenne, cité par : GRIFFITHS TOM, *Pas de compte à rendre! Les peuples autochtones, les droits de l'homme et les normes des agences de développement : un outil de référence et une étude comparative*, Forest Peoples Programme, 2003.

⁸⁴² Rapport du secrétariat, « Chapitre 1. Orientations stratégiques », *Revue de l'OCDE sur le développement*, vol. 8, n° 8, 2007, p. 175.

connaissance de cause, elles marquent librement leur consentement préalable⁸⁴³ ».

299 . Le développement du droit international et européen dans ce domaine accentue d'autant plus la problématique de l'absence totale de référence aux droits des Kanaks sur les ressources naturelles dans l'Accord de Nouméa et la loi organique de 1999. Bien que l'Accord de Nouméa reconnaisse que le territoire n'était pas vide au moment de la colonisation et que l'identité kanake était fondée sur un lien particulier à la terre, aucune conséquence juridique n'en a résulté dans le domaine des ressources. Il existe pourtant assurément plusieurs légitimités sur ce « patrimoine terrestre ». Depuis la dernière décennie, la notion de patrimoine culturel s'impose de manière de plus en plus tangible dans la conscience politique kanake. En effet, si la terre et les ressources sont également une source matérielle de développement non négligeable, la Charte du Peuple Kanak précise toutefois que « *la terre fait d'abord partie d'un patrimoine culturel avant d'être un levier économique⁸⁴⁴* ». Face à la dégradation des écosystèmes, due au développement industriel minier notamment, et à la mise en place de codes environnementaux dans les Provinces, un nouveau discours politique kanak s'est développé⁸⁴⁵.

300 . Cette nouvelle revendication est portée par un acteur politique montant, le CAUGERN⁸⁴⁶. L'idée de la création du CAUGERN a commencé à émerger lorsqu'une première association autochtone, l'association Rhéebu Nuu s'est élevée contre l'implantation, sans aucune consultation préalable des autochtones, de la société Goro Nickel dans la Province Sud. Le conflit résidait principalement dans le fait que l'industriel était dispensé, par la loi, d'obtenir le consentement des autochtones et de compenser les impacts environnementaux, sociaux et culturels que l'implantation de l'usine allait engendrer. Après quatre ans d'intense opposition, une solution négociée

⁸⁴³ *Déclaration conjointe du Conseil et des représentants des gouvernements des Etats membres réunis au sein du Conseil, du Parlement européen et de la Commission sur la politique de développement de l'Union européenne intitulée « Le consensus européen », 2006/C46/01, J.O.U.E., 24.2.2006.*

⁸⁴⁴ ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK, *Charte du Peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak*, adoptée par les chefferies coutumières de Nouvelle-Calédonie le 26 avril 2014, *op. cit.*, art 83.

⁸⁴⁵ CASSINAT LOLA, *Le projet de loi de pays de la Nouvelle-Calédonie relative au statut coutumier des savoirs traditionnels kanak. Anthropologie juridique et sécurisation des droits culturels*, Mémoire d'étude, Ecole du Louvre, Paris, 2013, *op. cit.*, p. 67.

a finalement été envisagée et a conduit à la signature le 27 septembre 2008 du *Pacte de développement durable du Grand Sud*. L'industriel s'est engagé à réhabiliter les sites détruits, par le biais notamment de la reforestation et à instaurer un comité consultatif coutumier environnemental ainsi qu'une fondation pour les générations futures⁸⁴⁷. S'il s'agit là d'un mécanisme novateur⁸⁴⁸, ce modèle ne propose ni partage de bénéfices, ni versements de redevances au profit de la communauté kanake. Cette dernière ne dispose donc pas directement des profits engendrés par les ressources et ne peut, par conséquent, les employer comme elle l'entend. Les militants autochtones souhaitent qu'« *un dispositif de partage des bénéfices*⁸⁴⁹ » soit mis en place afin de garantir une certaine équité.

301 . Les premières revendications du CAUGERN, créée en 2005, furent donc axées sur la problématique de l'extraction minière. À cet égard, le comité s'émancipe de la conception des indépendantistes pour qui, la maîtrise des ressources naturelles et par extension l'exploitation du nickel, a principalement pour objectif de rééquilibrer la balance économique entre les Provinces à majorité kanake et la Province Sud⁸⁵⁰. Souhaitant s'affranchir de la tutelle de l'État⁸⁵¹, ceux-ci souhaitent que les bénéfices ainsi engendrés contribuent au développement de la Province Nord, puis au pays dans son intégralité en vue d'une indépendance future qui les verra dépositaire d'une plus grande puissance économique et politique. Le FLNKS semble

⁸⁴⁶ Conseil autochtone de gestion des ressources naturelles.

⁸⁴⁷ FROUIN ANNE-LAURE, *Revendications de l'autochtonie et contrôle des ressources naturelles au Sud de la Nouvelle-Calédonie. L'exemple de la mobilisation kanak dans la commune de Yaté*, Mémoire d'anthropologie et développement durable, Université de Provence Aix-Marseille, 2010.

⁸⁴⁸ ANAYA S. JAMES, *La situation du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie*, Rapport du Rapporteur Spécial sur les droits des peuples autochtones, Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, 18^{ème} session, 14 septembre 2011, A/HRC/18/35/Add.6, *op. cit.*

⁸⁴⁹ *Ibid.*, p. 21.

⁸⁵⁰ DEMMER CHRISTINE, « Autochtonie, nickel, environnement : une nouvelle stratégie kanak », *Vacarme*, n° 39, 2007, *op. cit.*, p. 43.

⁸⁵¹ En 1990, la Province Nord a ainsi racheté au groupe Lafleur, la société minière du Sud Pacifique (SMSP) qui est devenue la Société de Financement et d'Investissement de la Province Nord (SOFINOR). De même, en 1998, et suite à l'Accord de Nouméa, la Province Nord obtient, avec l'aide de l'État, 18% du massif de Koniambo et s'associe pour le gérer, à la société canadienne Falconbridge.

donc chercher un rééquilibrage sur une base territoriale en tentant de favoriser une province à majorité kanake⁸⁵².

302 . Le CAUGERN a adopté un mode d'organisation politique très différent des indépendantistes. Outre le fait que rien ne garantit la pérennité d'une situation démographique majoritaire en Province Nord, le comité souhaite principalement que les droits des Kanaks soient envisagés sur une base ethnique afin de garantir leur homogénéité sur l'ensemble du territoire. Le comité engage ici une nouvelle politique kanake sur les ressources naturelles fondée sur les droits des peuples autochtones reconnus au niveau international.

303 . S'appuyant sur une antériorité territoriale, le comité demande à ce que soit réellement concrétisée la souveraineté préalable du peuple kanak établie par l'Accord de Nouméa. Le problème qui se pose en Nouvelle-Calédonie relativement aux ressources est sensiblement le même qu'en Polynésie française où se concurrencent plusieurs formes de légitimité qui coexistent sans cohabiter. Tamatoa Bambridge, chercheur et chargé de recherche au CNRS, exprime clairement cette situation lorsqu'il explique que :

« La terre devient le théâtre de normes contradictoires [...]. Ce champ social n'est pas seulement composé de plusieurs acteurs mais semble être caractérisé par le fait qu'il s'agit d'un terrain à plusieurs scènes. Chaque scène témoigne d'une référence à des temporalités spécifiques, est porteuse de valeurs sociales et de légitimités distinctes, et l'organisation de statuts sociaux y semble tout aussi différente⁸⁵³ ».

En effet, pour les Kanaks, cette antériorité leur confère une certaine forme de propriété, entendue moins comme une possession au sens du droit français, que comme une appartenance à la terre engendrant le devoir sacré de défendre

⁸⁵² DEMMER CHRISTINE, « Autochtonie, nickel, environnement : une nouvelle stratégie kanak », *op. cit.*, p. 45.

⁸⁵³ BAMBRIDGE TAMATOA, *La terre dans l'archipel des Australes. Etude du pluralisme juridique et culturel en matière foncière*, Au vent des îles, Tahiti, 2009, p. 19.

l'environnement⁸⁵⁴. À leurs yeux, la nature est plus qu'un simple bien et, outre la protection et l'utilisation objectives de la faune et de la flore, la prise en considération des conditions de vie et de l'identité socioculturelle est une chose primordiale.

304 . Le « Fonds Patrimoine » souhaité par le CAUGERN, et qui serait financé essentiellement par les bénéfices réalisés par les entreprises extractives⁸⁵⁵, servirait alors à assurer la préservation de l'environnement tout en contribuant à la sauvegarde du patrimoine culturel kanak et au développement économique local⁸⁵⁶. Cette volonté transparaît aujourd'hui dans la Charte du Peuple Kanak qui précise dans plusieurs de ses articles que les *«activités extractives en particulier doivent impérativement respecter les tertres et les vestiges du patrimoine Kanak ancestral»*⁸⁵⁷ et que *«le consentement préalable, libre, éclairé et en connaissance de cause de la chefferie et des clans concernés et requis [avant tout projet de développement ou d'aménagement] quel que soit le statut juridique de l'espace considéré»*⁸⁵⁸.

305 . Pour ce faire, il faut envisager d'autres systèmes que le droit de propriété exclusif qui limite la possibilité d'action du peuple kanak et inclure, par exemple, un usage concerté du milieu naturel⁸⁵⁹. Le CAUGERN déplore l'absence actuelle de droits particuliers sur les ressources en dehors des terres coutumières⁸⁶⁰, droits qui pourraient sous-entendre la mise en place de droits d'usage, de droits prioritaires ou de droits exclusifs pour les communautés kanakes mais également la faculté pour les autorités traditionnelles de s'exprimer sur tous les sujets touchant les ressources

⁸⁵⁴ LAFARGUE REGIS, « Le préjudice civilisationnel pour atteinte à l'environnement. Droit au cadre naturel et réalités socioculturelles : interdépendances et interdisciplinarité », *Droit et société*, n° 74, 2010, p. 155.

⁸⁵⁵ DEMMER CHRISTINE, « Autochtonie, nickel, environnement : une nouvelle stratégie kanak », *op. cit.*, p. 44.

⁸⁵⁶ ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK, *Charte du Peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak*, *op. cit.*, art 90 : « Le consentement préalable, libre, éclairé et en connaissance de cause sera conditionné par la mise en place de mesures compensatoires sur le plan environnemental, sur le plan patrimonial et socioculturel ».

⁸⁵⁷ *Ibid.*, art. 86.

⁸⁵⁸ *Ibid.*, art. 87.

⁸⁵⁹ LAFARGUE REGIS, « Le préjudice civilisationnel pour atteinte à l'environnement. Droit au cadre naturel et réalités socioculturelles : interdépendances et interdisciplinarité », *op. cit.*, p. 161.

⁸⁶⁰ DEMMER CHRISTINE, « Nouveaux enjeux fonciers et évolution du nationalisme kanak après l'accord de Nouméa, Nouvelle-Calédonie. Un éclairage sur des projets de société successifs », dans *Politique de la terre et de l'appartenance. Droits fonciers et citoyenneté locale dans les sociétés du Sud*, Karthala, Paris, 2010, *op. cit.*, p. 381.

naturelles du territoire⁸⁶¹. L'union syndicale des travailleurs Kanak et des exploités (USTKE), à laquelle appartient Georges Mandaoué, ancien président du Sénat coutumier et leader du CAUGERN, a d'ailleurs rédigé, le 23 août 2002, une déclaration intitulée *Droit sur l'espace et le patrimoine naturel de Kanaky*. Cette déclaration en treize articles est symptomatique de cette demande de reconnaissance. L'article 4 dispose par exemple que :

« le sol, le sous-sol, les espaces naturels marins et terrestres constituent avant tout, le patrimoine du peuple Kanak. Les autorités administratives et politiques ne peuvent décider de la transformation de ce patrimoine sans le consentement éclairé, préalable et écrit de la population autochtone concernée, lequel sera donné dans les formes requises. Pour tout projet jugé inacceptable, les autorités coutumières feront valoir leur droit de veto ».

306 . Actuellement, cette participation n'est pas garantie. La loi organique du 19 mars 1999 fait des Provinces les collectivités compétentes en matière de développement, d'environnement et d'aménagement⁸⁶². La gestion des ressources, qu'elles soient terrestres ou halieutiques, la préservation de la biodiversité ou encore les projets de développement, sont autant de points d'achoppement où la consultation des autochtones et le principe du consentement préalable, libre et éclairé ne sont pas prévus⁸⁶³.

307 . Un exemple symptomatique est celui des mécanismes d'accès et de partage des avantages (APA). Dans ce domaine les provinces réglementent l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages découlant de leurs utilisations et seule la Nouvelle-Calédonie est compétente en matière de législation sur l'accès aux connaissances traditionnelles. À ce jour, le Sénat a soumis un projet de loi du pays *relatif à la sauvegarde des savoirs traditionnels liés aux expressions de la culture*

⁸⁶¹ DEMMER CHRISTINE, « Autochtonie, nickel, environnement : une nouvelle stratégie kanak », *op. cit.*, p. 47.

⁸⁶² BLAISE SEVERINE, « La gestion des ressources naturelles en Nouvelle-Calédonie : des pistes pour l'Initiative du Maroc pour la Région du Sahara? », dans *La gestion des ressources naturelles dans les Statuts d'Autonomie*, Séminaire International organisé par la Mission Permanente du Royaume du Maroc à Genève, Genève, 2012, p. 18. .

⁸⁶³ BOUQUET-ELKAÏM JEROME, « Le droit des peuples autochtones à la terre : de la reconnaissance au règlement des conflits d'usage - Etudes de cas autour de l'exploitation du nickel calédonien », 2009, En ligne : <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/hal-00664866/document>>, p. 7.

kanak et associés à la biodiversité ainsi qu'au régime d'accès et de partage des avantages qui n'a toujours pas été étudié par le Congrès de Nouvelle-Calédonie. Si la Province Nord délivre des autorisations d'accès aux cas par cas en attendant l'adoption d'une loi du pays, la Province Sud a adopté en 2009 un texte portant sur l'accès aux ressources biologiques, biochimiques et génétiques. Ce dispositif concerne l'ensemble des activités de collecte. Il prévoit une procédure d'autorisation nécessitant l'autorisation des propriétaires terriens et un dispositif de partage des avantages pouvant s'analyser en une transmission des connaissances résultant des recherches effectuées, voire en une compensation financière en cas de bénéfices issus de la vente des ressources ou des produits issus de ces dernières⁸⁶⁴. En revanche, aucune disposition n'est prévue concernant les connaissances traditionnelles qui y seraient éventuellement associées.

Aux termes de la Charte du Peuple Kanak :

« aucune disposition législative ou réglementaire autorisant l'exploitation et la mise en valeur de ces ressources et savoirs ne sauraient valablement être adoptée ou entrer en vigueur sans avoir préalablement été approuvée dans tous ses termes par les représentants coutumiers du Peuple Kanak⁸⁶⁵ ».

Pourtant, si la maîtrise des transmissions et de l'utilisation des connaissances est un levier primordial pour l'identité kanake, l'accès à ces connaissances et le partage des avantages pouvant en découler ne sont absolument pas protégés à ce jour, comme en atteste l'exemple emblématique de la « ciguatéra ». Intoxication grave liée à la consommation de produits de la mer, la ciguatéra peut entraîner l'émergence de maladies cardiovasculaires, d'obésité ou de diabète. Le 21 juillet 2010, l'Institut de recherche pour le développement (IRD) a déposé un brevet⁸⁶⁶ « pour une molécule détoxifiante de la ciguatéra, l'acide rosmarinique [qui combat] la fixation des

⁸⁶⁴ FONDATION POUR LA RECHERCHE SUR LA BIODIVERSITE, *Pertinence et faisabilité de dispositifs d'accès et de partage des avantages en Outre-mer sur les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles associées*, Service de l'Economie, de l'Evaluation et de l'Intégration du Développement Durable du Commissariat Général du Développement Durable, 48, coll. Etudes et documents, 2011, pp. 147-148.

⁸⁶⁵ ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK, *Charte du Peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak*, op. cit., art. 94.

⁸⁶⁶ Brevet n° PCT/FR2010/000527.

toxines⁸⁶⁷ ». Or, ce sont les connaissances traditionnelles préexistantes des Kanaks qui ont permis d'identifier rapidement cette molécule. Contenue dans une plante appelée « faux tabac », les Kanaks s'en servent traditionnellement pour lutter contre la ciguatéra. Pourtant, si l'IRD vante aujourd'hui les mérites de l'ethnopharmacologie⁸⁶⁸, l'Institut considère que les recherches effectuées, alliées à une meilleure compréhension des résultats représentent un partage des avantages suffisants⁸⁶⁹.

308 . Ces dispositifs d'accès et de partage des avantages rencontrent également une autre difficulté directement liée à l'absence de droits reconnus aux autochtones en dehors des terres coutumières. Si le droit français ne reconnaît pas de droits spécifiques aux autochtones, force est de constater que la pratique de collecte d'échantillons peut difficilement se faire sans l'accord des communautés kanakes vivant aux abords des zones concernées, notamment près du littoral. Pour les chercheurs, la demande d'autorisation d'accès auprès des communautés est devenue chose courante et nécessaire sans que jamais toutefois aucun accord écrit ne soit formulé⁸⁷⁰. Si cette pratique démontre une prise en compte scientifique des autorités coutumières, l'absence de reconnaissance juridique entraîne une grande insécurité pour les communautés autochtones qui, à défaut de base légale, se voient privées de tout recours en cas d'exclusion lors du partage des avantages⁸⁷¹.

309 . Pour le CAUGERN, les institutions politiques occidentales telles que les partis ou les collectivités territoriales ne sont pas à même de garantir de manière pérenne l'écoute de la parole kanake, cette volonté dépendant en grande partie de la majorité ethnique présente sur le territoire mais n'étant pas assurée par des droits spécifiques et intangibles. Il souhaiterait que les autorités traditionnelles soient valorisées afin de garantir un mécanisme de concertation et de consensus entre les

⁸⁶⁷ FONDATION POUR LA RECHERCHE SUR LA BIODIVERSITE, *Pertinence et faisabilité de dispositifs d'accès et de partage des avantages en Outre-mer sur les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles associées*, op. cit., p. 159.

⁸⁶⁸ IRD, « Ciguatéra : les remèdes traditionnels sources d'antidotes », *Actualité scientifique*, n° 338, 2010, p. 2.

⁸⁶⁹ FONDATION POUR LA RECHERCHE SUR LA BIODIVERSITE, *Pertinence et faisabilité de dispositifs d'accès et de partage des avantages en Outre-mer sur les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles associées*, op. cit., p. 159.

⁸⁷⁰ *Ibid.*, p. 156.

⁸⁷¹ *Ibid.*, p. 157.

autorités coutumières et les autorités locales ou nationales⁸⁷². À la lecture des codes de l'environnement des différentes Provinces, il est constaté que celles à majorité kanake prévoient davantage de mécanismes de participation des communautés autochtones. En atteste notamment la création de comités de gestion pour trois des aires marines protégées de la Province Nord⁸⁷³ qui associent les populations locales afin de prendre en compte la gestion coutumière de ces ressources. Dans le même esprit, une démarche participative a également été mise en œuvre dans l'élaboration de la réglementation des pêches dans la Province Nord⁸⁷⁴. Concernant par exemple la pêche maritime, l'article 341-1 du Code de l'environnement indique que :

« La Province Nord prend en compte l'existence d'une gestion coutumière des ressources marines et souhaite poursuivre le travail engagé avec les instances coutumières dans le but d'intégrer ces modes de gestion dans la présente réglementation ».

En revanche, aucune référence n'est faite à la gestion coutumière de ces ressources dans le Code de l'environnement de la Province Sud⁸⁷⁵. En d'autres termes, aucune disposition ne vise à prendre en compte les pratiques coutumières kanakes⁸⁷⁶. Cette participation autochtone soumise à la seule volonté des Provinces s'avère trop aléatoire. Les aires marines protégées et la pêche maritime ne sont cependant pas les seuls domaines où le droit de la mer kanak est oublié.

2 | LE DROIT DE LA MER KANAK

310 . Actuellement, le droit étatique ne reconnaît aucun droit ancestral en matière maritime. Un « droit de la mer kanak », référence faite au mode

⁸⁷² USTKE, *Droit sur l'espace et patrimoine naturel de Kanaky*, 23 août 2002, Nouméa.

⁸⁷³ Aire marine protégée de Pouébo ainsi que les deux AMP de Hienghène.

⁸⁷⁴ BLAISE SEVERINE, « La gestion des ressources naturelles en Nouvelle-Calédonie : des pistes pour l'Initiative du Maroc pour la Région du Sahara? », *op. cit.*, p. 32.

⁸⁷⁵ Code de l'environnement de la Province Sud, art. 341-1 et s.

⁸⁷⁶ DAVID CARINE, « Réflexions sur l'intégration de la coutume autochtone dans l'élaboration de la norme à partir du cas de la Nouvelle-Calédonie », dans MEYER NADEGE, DAVID CARINE (dir.),

d'appropriation et de gestion du milieu maritime selon l'expression de Marie-Hélène Teulières-Preston, existait pourtant au moment de la prise de possession de l'archipel en 1853⁸⁷⁷. Cependant, s'il perdure encore aujourd'hui, c'est en parallèle d'une législation et d'une vision économique française méconnaissant, la plupart du temps, les pratiques et usages kanaks en ce domaine. L'Accord de Nouméa prévoit pourtant que le domaine maritime, au même titre que les domaines étatique et territorial, doit « *faire l'objet d'un examen dans la perspective d'attribuer ces espaces à d'autres collectivités ou à des propriétaires coutumiers ou privés, en vue de rétablir des droits ou de réaliser des aménagements d'intérêt général*⁸⁷⁸ ».

311 . Pourtant, si la loi organique du 19 mars 1999, dans son article 45⁸⁷⁹, permet que le domaine public maritime, initialement propriété de l'État, relève de la compétence provinciale, aucune prérogative n'est conférée aux institutions et autorités coutumières concernant les ressources marines. L'article 46 dispose que :

« sous réserves des compétences de l'État mentionnées au 3° du I de l'article 21, les provinces réglementent et exercent les droits d'exploration, d'exploitation, de gestion et de conservation des ressources naturelles biologiques et non biologiques des eaux intérieures, dont celles des rades et lagons, de leur sol et de leur sous-sol, du sous-sol et des eaux surjacentes de la mer territoriale. Les provinces prennent, après avis du conseil coutumier concerné, les dispositions particulières nécessaires pour tenir compte des usages coutumiers ».

L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale. Eléments d'ici et d'ailleurs..., Bruylant, Bruxelles, 2012, op. cit., p. 202.

⁸⁷⁷ TEULIERES-PRESTON MARIE-HELENE, « Le droit maritime kanak et ses transformations », dans *En pays Kanak : Ethnologie, linguistique, archéologie, histoire de la Nouvelle-Calédonie*, Editions de la Maison des sciences de l'homme, Paris, 2000, p. 129.

⁸⁷⁸ ACCORD SUR LA NOUVELLE-CALEDONIE SIGNE A NOUMEA LE 5 MAI 1998, J.O.R.F., n° 121, 27 mai 1998, p. 8039, op. cit., Document d'orientation, art. 1.4, al. 5.

⁸⁷⁹ LOI ORGANIQUE N° 99-209 DU 19 MARS 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, J.O.R.F., n° 0068, 21 mars 1999, p. 4197, op. cit., art. 45 : « Le domaine public maritime des provinces comprend, à l'exception des emprises affectées à la date de la publication de la présente loi à l'exercice des compétences de l'Etat et sous réserve des droits des tiers, la zone dite des cinquante pas géométriques, les rivages de la mer, les terrains gagnés sur la mer, le sol et le sous-sol des eaux intérieures, dont ceux des rades et lagons, telles que définies par les conventions internationales, ainsi que le sol et le sous-sol des eaux territoriales. Les îles qui ne sont pas comprises dans le territoire d'une province ainsi que le sol et sous-sol du plan d'eau du port autonome de la Nouvelle-Calédonie font partie du domaine public de la Nouvelle-Calédonie ».

L'avis des conseils coutumiers ne dispose d'aucune force contraignante et la pratique montre que si certains usages sont parfois maintenus, tels que l'autorisation de pêcher une vache marine pour la fête des ignames, ils restent limités⁸⁸⁰.

312 . À la suite d'enquêtes de terrain réalisées entre 1992 et 1994, Marie-Hélène Teulières-Preston a décrypté les droits de propriété et les droits d'usage des kanaks sur le milieu marin. Elle remarque que si au sein du cadre légal français le foncier terrestre et le domaine maritime sont dissociés, il n'en est rien dans le droit coutumier kanak selon lequel la maîtrise territoriale va de la chaîne de montagnes aux récifs⁸⁸¹. Le Grand Chef coutumier du district de Guahma sur l'île de Maré évoque cette continuité en expliquant :

« pour nous, les Kanak, comme pour tous les peuples du Grand Océan, la mer comme la terre, c'est du foncier. Elle est habitée et obéit aux mêmes règles d'appropriation : il y a une continuité entre le cocotier sur la plage, le poisson dans le lagon et la langouste sur le récif⁸⁸² ».

313 . Les Kanaks considèrent qu'un espace peut être approprié par les maîtres du sol dès lors qu'il passe de l'état de brousse à celui d'espace cultivé et habité. Cette appropriation concerne par extension le rivage situé face à la parcelle terrestre⁸⁸³. Des règles gouvernent également l'usage de ce foncier maritime. Ainsi, s'agissant des droits de pêche sur le rivage, la pratique, essentiellement caractérisée par la pêche à pied par l'entremise de sagaies ou d'arcs et la pêche au filet, ne peut être réalisée que par le clan propriétaire de la parcelle terrestre en face de laquelle la pêche se déroule. Il s'agit là de droits d'usage exclusifs octroyés uniquement aux clans des bords de mer, ce qui les distingue des clans dits terrestres chez lesquels, pareillement, ils ne

⁸⁸⁰ TEULIÈRES-PRESTON MARIE-HELENE, « Le droit maritime kanak et ses transformations », *op. cit.*, p. 129.

⁸⁸¹ LE MEUR PIERRE-YVES, SAUBOUA PAUL, PONCET ESTELLE et TOUSSAINT MARIE, « Les enjeux de la gouvernance locale des ressources marines en Nouvelle-Calédonie : contribution à la réflexion sur le "foncier maritime" à partir de deux études de cas », dans MEYER NADEGE, DAVID CARINE (dir.), *L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale : éléments d'ici et d'ailleurs*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 240.

⁸⁸² NAISSÉLINE NIDOÏSH, « Habiter le monde », *Survival*, n° 48, 2003, p. 11.

⁸⁸³ TEULIÈRES-PRESTON MARIE-HELENE, « Le droit maritime kanak et ses transformations », *op. cit.*, pp. 130-135.

sont pas autorisés à chasser⁸⁸⁴. L'exploitation est en revanche inter-clanique lorsqu'elle a lieu dans les eaux des lagons et les grands récifs, car « *les engins de pêche qu'on y utilise sont le produit d'un travail collectif et donc, à ce titre, considérés comme des biens d'usage commun à plusieurs groupes*⁸⁸⁵ ».

314 . S'appuyant sur le droit coutumier, le Sénat, saisi pour avis sur le projet de loi du pays concernant le domaine public maritime⁸⁸⁶, avait soulevé plusieurs points importants. Vague transposition de la *loi littoral*⁸⁸⁷, la loi du pays de 2001 sur *le domaine public maritime de la Nouvelle-Calédonie et des provinces*⁸⁸⁸ n'a tenu presque aucun compte des recommandations du Sénat coutumier et apparaît réellement comme une « *occasion manquée*⁸⁸⁹ » de concilier deux théories opposées en faisant prévaloir le consensus⁸⁹⁰.

Le Sénat estimait que le projet ne prenait pas en compte la conception kanake des espaces terrestres et maritimes du bord de mer et demandait à ce que soit intégré dans la loi de pays le fait qu'il existe des « *eaux coutumières, [qui sont] les eaux inscrites dans la tradition maritime de chaque aire coutumière au regard de l'histoire des clans*⁸⁹¹ ». Cette demande n'a pas été prise en compte par les institutions néocalédoniennes. Carine David fait pourtant remarquer que selon la jurisprudence française⁸⁹², « *la domanialité publique peut être mise en échec par un droit de propriété antérieur à l'institution d'un domaine public inaliénable*⁸⁹³ ». Cette

⁸⁸⁴ *Ibid.*, pp. 135-136.

⁸⁸⁵ *Ibid.*, p. 137.

⁸⁸⁶ SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, *Avis relatif au projet de loi du pays sur le domaine public maritime*.

⁸⁸⁷ LOI N° 86-2 DU 3 JANVIER 1986 *relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral*, J.O.R.F., 4 janvier 1986, p.200.

⁸⁸⁸ LOI DU PAYS N° 2001-017 DU 11 JANVIER 2002 *sur le domaine public maritime de la Nouvelle-Calédonie et des provinces*, J.O.N.C., 18 janvier 2002, p. 240.

⁸⁸⁹ DAVID CARINE, « Lois du pays et question prioritaire de constitutionnalité. Vers un renforcement de l'Etat de droit en Nouvelle-Calédonie », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 2, n° 98, 2014, p. 342.

⁸⁹⁰ *Ibidem*.

⁸⁹¹ SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, « Jusqu'où le droit français n'est pas encore allé ? », *La Parole - Journal d'informations du Sénat coutumier*, n° 18, août 2013, p. 5.

⁸⁹² CA Bordeaux, 4 juillet 1978. La Cour indique qu'en vertu de l'Édit de Moulins de février 1566, les terrains compris dans le domaine public maritime naturel sont inaliénables. A ce titre, le requérant, prétendu propriétaire doit démontrer que le terrain en cause faisait l'objet, antérieurement à 1566, d'un droit de propriété opposable à l'État. La Cour ajoute que cette preuve est libre et peut se faire par présomptions ou indices, la présence d'un titre n'étant pas nécessaire.

⁸⁹³ DAVID CARINE, « Lois du pays et question prioritaire de constitutionnalité. Vers un renforcement de l'Etat de droit en Nouvelle-Calédonie », *op. cit.*, p. 341.

hypothèse est corroborée par les tribunaux polynésiens qui reconnaissent un droit de propriété sur les lagons, basé sur des droits coutumiers existants avant la mise en place de la règle d'inaliénabilité issue de l'introduction du code civil français par la loi du 28 mars 1866⁸⁹⁴. En Nouvelle-Calédonie, ce droit de propriété n'est pas encore reconnu, seuls existent actuellement des mécanismes consistant à déclasser des terrains, sans transfert de propriétés, pour en octroyer la jouissance à certaines tribus⁸⁹⁵.

315 . Le Sénat coutumier demandait également à ce qu'*au minima*, les Conseils coutumiers soient saisis pour avis pour toutes les opérations réalisées sur le domaine public maritime telles que la constitution de servitudes, les autorisations d'occupation temporaire, la mise en place de bassins aquacoles ou encore les concessions d'endigage⁸⁹⁶. Là encore, la version finale du texte n'a pas tenu compte de la plupart des propositions du Sénat, la demande d'avis n'étant imposée que pour les opérations les moins significatives⁸⁹⁷ et ne concernant, par exemple, ni les concessions d'endigage, ni la délimitation et le déclassement de la zone des pas géométriques⁸⁹⁸.

316 . Tout cela montre la difficulté du législateur à s'émanciper d'une vision conservatrice du droit⁸⁹⁹, perdant là une occasion d'entamer enfin une véritable coopération dans l'élaboration des normes applicables en Nouvelle-Calédonie. En effet, la construction d'une citoyenneté locale et d'un destin commun nécessitent de prendre en compte les pratiques de toutes les composantes de la population. Cela

⁸⁹⁴ Cf. notamment : Haute Cour Tahitienne, arrêt n° 16 du 25 avril 1866 et arrêt n° 25 du 5 mai 1866, cités par : BAMBRIDGE TAMATO A et VERNAUDON JACQUES, « Espace, histoire et territoire en Polynésie. Une appropriation foncière de l'espace terrestre et marin », dans LE ROY ETIENNE (dir.), *La terre et l'homme : Espaces et ressources convoités, entre le local et le global*, Karthala, Paris, 2013, pp. 60-61.

⁸⁹⁵ DAVID CARINE, « Lois du pays et question prioritaire de constitutionnalité. Vers un renforcement de l'Etat de droit en Nouvelle-Calédonie », *op. cit.*, p. 341.

⁸⁹⁶ SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALÉDONIE, *Avis relatif au projet de loi du pays sur le domaine public maritime*, *op. cit.*

⁸⁹⁷ LOI DU PAYS N° 2001-017 DU 11 JANVIER 2002 *sur le domaine public maritime de la Nouvelle-Calédonie et des provinces*, *op. cit.*, art. 12, 16, 20, 46, 67 et 70 portant respectivement sur les limites transversales de la mer à l'embouchure des fleuves et rivières, sur les demandes d'indemnités, les tracés et caractéristiques de projets de servitude, la remise en gestion des dépendances du domaine public maritime, les autorisations d'occupation temporaire et la délimitation des ports.

⁸⁹⁸ DAVID CARINE, « Lois du pays et question prioritaire de constitutionnalité. Vers un renforcement de l'Etat de droit en Nouvelle-Calédonie », *op. cit.*, p. 342.

⁸⁹⁹ *Ibid.*, p. 340.

aurait pu aboutir à la mise en place de règles novatrices établissant un consensus entre deux visions du foncier maritime. Il en est de même pour le statut civil coutumier car, si la France reconnaît aujourd'hui une dualité de statuts juridiques, force est de constater que les Kanaks se voient contraints d'accepter une infériorisation de leur statut.

§ 2 | RECONNAISSANCE ET INFÉRIORISATION DU DROIT CIVIL COUTUMIER

317 . Soucieux de pacifier les tensions existantes en Nouvelle-Calédonie, l'Accord de Nouméa précise que « *l'organisation politique et sociale de la Nouvelle-Calédonie doit mieux prendre en compte l'identité kanake*⁹⁰⁰ ». À cet égard et pour la première fois, la réversibilité du passage du statut de droit particulier au statut de droit commun est envisagée, élargissant le champ d'application du statut civil coutumier (A). Une possibilité plus grande d'être assujettie au droit coutumier est donc offerte et renforcée par la suppression du critère *ratione materiae* qui limitait le champ d'application de la coutume. Si l'avènement d'un véritable droit civil coutumier semble mettre les deux statuts sur un pied d'égalité, les normes juridiques instaurées démontrent la persistance d'une supériorité du droit commun (B).

A | *Le champ d'application du statut civil coutumier*

318 . La reconnaissance officielle en Nouvelle-Calédonie de l'existence d'un statut civil coutumier, auparavant dénommé statut civil particulier, est relativement récente, notamment au regard de certains autres territoires⁹⁰¹. En effet, l'article 2 de

⁹⁰⁰ ACCORD SUR LA NOUVELLE-CALEDONIE SIGNE A NOUMEA LE 5 MAI 1998, J.O.R.F., n° 121, 27 mai 1998, p. 8039, *op. cit.*, Document d'orientation, art. 1.

⁹⁰¹ LAFARGUE REGIS, *La coutume face à son destin: réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, L.G.D.J, coll. Droit et société. Recherches et travaux, n° 22, Paris, 2010, *op. cit.*, p. 89.

la loi du 29 juillet 1961 reconnaissait déjà l'existence d'un statut coutumier à Wallis-et-Futuna. Certes, en 1920, la Cour d'appel de Nouméa convient déjà de l'existence d'un statut civil particulier côtoyant le statut civil de droit commun⁹⁰². Néanmoins, sa légitimation par une règle de droit unilatérale est beaucoup plus tardive. Ainsi, avant la loi organique du 19 mars 1999, l'existence de ce statut ne transparaît qu'au travers d'une délibération du 3 avril 1967 qui établit un double service d'état civil⁹⁰³. L'Accord de Nouméa finit par admettre que le manque de clarté concernant le statut civil particulier « *est source d'insécurité et ne permet pas de répondre de manière satisfaisante à certaines situations de la vie moderne*⁹⁰⁴ ».

319 . Pour remédier à cela, plusieurs orientations vont être mises en place au sein des articles 7 à 17 de la loi organique. Cette dernière s'attache, dans un premier temps, à décrire les modalités d'appartenance automatique au statut civil coutumier⁹⁰⁵. L'article 10 prévoit ainsi que « *l'enfant légitime, naturel ou adopté dont le père et la mère ont le statut civil coutumier, a le statut civil coutumier* ». Lorsque les deux parents reconnaissent simultanément le lien de filiation avec l'enfant, le principe paraît dès lors posé. Si les deux parents ont le statut coutumier, l'enfant l'obtiendra automatiquement. À l'inverse, si les deux parents sont de statut de droit commun ou de statuts différents, l'enfant aura le statut de droit commun⁹⁰⁶. La chose se complexifie néanmoins lorsque la filiation n'est établie, dans un premier temps, qu'à l'égard d'un seul parent. Dans sa décision du 15 mars 1999, le Conseil constitutionnel précise que l'article 10 doit être compris « *comme conférant également le statut civil coutumier à l'enfant dont la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un seul parent de ce même statut*⁹⁰⁷ ». Cependant, la réserve faite par le Conseil constitutionnel immédiatement après montre la primauté du droit commun sur

⁹⁰² CA Nouméa, 28 février 1920, *Dareste*, Rec. III, p. 96.

⁹⁰³ LAFARGUE REGIS, *La coutume face à son destin: réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, *op. cit.*, p. 89.

⁹⁰⁴ ACCORD SUR LA NOUVELLE-CALEDONIE SIGNE A NOUMEA LE 5 MAI 1998, *op. cit.*, Document d'orientation, pt. 1.1 al. 2.

⁹⁰⁵ CORNUT ETIENNE, « De quelques limites d'une lecture positiviste du statut coutumier kanak », 2 septembre 2008, En ligne : <http://larje.univ-nc.nc/images/stories/etienne_cornut_statut_civil_coutumier_kanak.pdf>, p. 4.

⁹⁰⁶ Cette interprétation s'appuie sur l'article 9, alinéa 1 qui offre une primauté à l'application du droit commun dans les rapports mixtes. Cf. en ce sens : LOI ORGANIQUE N° 99-209 DU 19 MARS 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, J.O.R.F., n° 0068, 21 mars 1999, p. 4197, *op. cit.*, art. 9 al. 1.

⁹⁰⁷ Décision n° 99-410 du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, J.O., 21 mars 1999, p. 4234, Rec., p. 51, *op. cit.*, cons. 12.

le droit coutumier. Il est effectivement précisé que si le second parent vient à le reconnaître ultérieurement, l'enfant « *ne saurait conserver le statut civil coutumier que si ce parent a lui-même le statut civil coutumier*⁹⁰⁸ ». La prééminence du droit commun continue à être perceptible dans les articles suivants traitant plus particulièrement de l'appartenance volontaire⁹⁰⁹ au statut coutumier.

320 . L'accord de Nouméa convient pour la première fois que certains Kanaks sont de statut civil de droit commun sans l'avoir désiré⁹¹⁰. À cet égard, « *la novation essentielle [offerte par la loi organique de 1999] est la possibilité conditionnelle, pour une personne relevant du statut de droit commun, de retrouver le statut coutumier*⁹¹¹ ». L'Accord autorise la mise en œuvre d'une dérogation à l'article 75 de la Constitution⁹¹², et satisfait à une revendication récurrente du peuple kanak. Il est désormais possible d'accéder ou de retourner au statut civil coutumier selon diverses modalités prévues aux articles 12 et 13 de la loi organique⁹¹³. Le droit de renonciation au statut civil de droit commun englobe aujourd'hui une hypothèse d'accession⁹¹⁴ et un cas de retour au statut civil coutumier.

321 . L'hypothèse d'accession établie par l'article 12 peut permettre de faire contrepoids à la prééminence du droit commun sur le statut de l'enfant né de deux parents de statuts différents. Il dispose que :

« *toute personne majeure capable âgée de vingt et un ans au plus dont le père ou la mère a le statut civil coutumier, et qui a joui pendant au moins*

⁹⁰⁸ *Ibidem*.

⁹⁰⁹ CORNUT ETIENNE, « De quelques limites d'une lecture positiviste du statut coutumier kanak », *op. cit.*, p. 5.

⁹¹⁰ ACCORD SUR LA NOUVELLE-CALEDONIE SIGNE A NOUMEA LE 5 MAI 1998, *op. cit.*, Document d'orientation, pt. 1.1 al. 1 : « *Certains kanak ont le statut civil de droit commun sans l'avoir souhaité* ».

⁹¹¹ AGNIEL GUY, « Statut civil coutumier », dans FABERON JEAN-YVES, AGNIEL GUY (dir.), *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, La documentation française, coll. notes et études documentaires, n° 5113-14, Paris, 2000, p. 129.

⁹¹² CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958, J.O.R.F., 5 octobre 1958, p. 9151, *op. cit.*, art. 75 : « *Les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé* ».

⁹¹³ LECA ANTOINE, *Introduction au droit civil coutumier kanak*, PUAM, coll. Droit d'Outre-mer, Aix-en-Provence, 2016, *op. cit.*, p. 117.

⁹¹⁴ À l'origine, trois cas d'accession existaient mais celui prévu à l'alinéa 2 de l'article 13 est désormais obsolète. Il prévoyait que le droit de renonciation était ouvert à toute personnes justifiant d'un ascendant ayant eu le statut civil coutumier. Toutefois, cette faculté était assortie d'un délai de forclusion de cinq ans après la promulgation de la loi organique.

cinq ans de la possession d'état de personne de statut civil coutumier, peut demander le statut civil coutumier ».

Les cinq conditions sont cumulatives mais cette disposition permet à un individu n'ayant jamais véritablement opté pour le statut civil français, qu'il a acquis par la naissance ou en vertu de la loi, d'opter pour le statut coutumier⁹¹⁵. L'article 13 alinéa premier concerne la possibilité d'un retour au statut civil coutumier⁹¹⁶. Il précise en ce sens que « *toute personne ayant eu le statut civil coutumier et qui, pour quelque cause que ce soit, a le statut civil de droit commun, peut renoncer à ce statut au profit du statut civil coutumier* ». Cette possibilité, permise par la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998, déroge véritablement à l'article 75 de la Constitution qui s'oppose implicitement à toute translation vers le statut personnel une fois que la personne y a renoncé de manière effective. Cet article est d'une extrême importance car il met fin, en Nouvelle-Calédonie, au caractère irrévocable et définitif de l'abandon du statut coutumier qui avait été posé par le Conseil d'État⁹¹⁷ en vertu du texte constitutionnel. Désormais, le passage d'un statut à l'autre est rendu possible dans les deux sens. Régis Lafargue estime que la loi de 1999 a enfin « *rompu avec l'idée du constituant de 1946 selon laquelle l'intérêt de l'individu passait nécessairement par l'intégration de tous les citoyens de la République dans le même schéma de société (ayant vocation à devenir le modèle social unique) comme le soulignait, jusqu'en 1999, le caractère univoque de la procédure de changement de statut* »⁹¹⁸.

Outre ces deux possibilités, l'obtention du statut civil coutumier peut également être demandé pour autrui. Cette hypothèse est organisée par l'article 11 alinéa premier de la loi organique qui dispose que « *le statut civil coutumier peut être demandé au bénéfice d'un enfant mineur par toute personne de statut civil coutumier exerçant dans les faits l'autorité parentale* ».

⁹¹⁵ LECA ANTOINE, *Introduction au droit civil coutumier kanak*, op. cit., p. 118.

⁹¹⁶ CORNUT ETIENNE, « De quelques limites d'une lecture positiviste du statut coutumier kanak », op. cit., p.5.

⁹¹⁷ CE, avis, n° 262-176, 22 novembre 1955, R.J.P.U.F., 1958, p. 350.

⁹¹⁸ LAFARGUE REGIS, *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*, Recherche subventionnée par le GIP « Mission de Recherche Droit et Justice », 2001, p. 52.

322 . L'ensemble de ces articles a pour avantage et novation de ne plus marginaliser le statut coutumier en le concevant comme un statut résiduel voué à disparaître. Cependant, il semble que les conditions imposées dans ces articles soient, somme toute, d'une grande complexité. En effet, la requête peut être rejetée si le juge constate que sont insuffisamment préservés les intérêts des ascendants, descendants, collatéraux ou conjoints du demandeur⁹¹⁹. Nonobstant le nombre de personnes à satisfaire, la formule "insuffisamment préservés" est relativement imprécise, laissant au juge civil une importante marge de manœuvre.

323 . La renonciation au statut civil coutumier au profit du statut de droit commun est, en revanche, soumise à une procédure beaucoup plus souple. Prévue par l'article 13 alinéa 4, cette dernière indique simplement que « *toute personne de statut civil coutumier peut renoncer à ce statut au profit du statut civil de droit commun* ». Cette simplification de la démarche juridique semble alors implicitement encourager ou favoriser le passage au statut civil de droit commun au détriment du statut coutumier.

324 . L'inégalité patente entre ces deux processus est aujourd'hui en partie résorbée grâce à l'action de la jurisprudence qui assouplit les conditions d'accession au statut civil coutumier et va parfois jusqu'à créer de nouveaux cas d'accession. Un premier arrêt d'importance est rendu par la Cour d'appel de Nouméa le 29 septembre 2011⁹²⁰. En l'espèce, Monsieur César Minole Saito souhaitait accéder au statut civil coutumier. Cependant, les conditions restrictives des articles 12 alinéa 1 et 13 alinéa 1 de la loi organique faisaient obstacle à sa demande, le requérant étant âgé de plus de vingt et un ans et n'ayant jamais eu le statut coutumier. La Cour d'appel explique qu'il existe une troisième voie d'accession au statut coutumier par le biais de l'article 15 de la loi organique qui dispose que « *tout personne a le droit d'agir pour faire déclarer qu'elle a ou qu'elle n'a point le statut civil coutumier* ». L'interprétation de cet article, non plus considéré comme ayant un simple effet déclaratoire mais comme « *une action en revendication de statut*⁹²¹ » est réalisée en référence à l'Accord de Nouméa qui, souhaitant protéger l'identité culturelle des

⁹¹⁹ LOI ORGANIQUE N° 99-209 DU 19 MARS 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, op. cit., art. 11 à 13.

⁹²⁰ CA Nouméa, civ., 29 septembre 2011, RG n° 11/0046.

individus, déclare que « *toute personne pouvant relever du statut coutumier et qui s'en serait trouvée privée à la suite d'une renonciation faite par ses ancêtres ou par mariage ou par toute autre cause [...] pourra le retrouver*⁹²² ». Cette décision laisse à penser que l'accession au statut coutumier ne sera plus conditionnée que par la preuve d'une possession d'état durable et continue dudit statut. De plus, et c'est certainement ce qui est le plus novateur, la Cour d'appel met en avant les dispositions de l'article 8 de la CEDH relatives au respect de la vie privée pour contrecarrer le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes revendiqué par le ministère public.

325 . Cette construction prétorienne s'est maintenue dans deux arrêts de 2012 et 2013 laissant à penser que le principe du respect de la vie privée pourrait être suffisant pour justifier l'accession au statut civil coutumier. En 2013, la juridiction se retrouve face à un requérant recevable à présenter une requête en vertu de l'article 12 alinéa 1 de la loi organique mais ne justifiant pas de cinq ans de possession continue. La Cour d'appel va alors écarter cet article pour ne retenir qu' « *une preuve suffisante de la possession d'état* »⁹²³ en se fondant à nouveau sur l'article 15 de la loi organique et sur l'article 8 de la CEDH.

L'arrêt en date du 19 avril 2012⁹²⁴ semble présenter une autre innovation. Toutes les possibilités d'accession précitées dépendent de la validation d'une condition commune, celle de l'existence d'un lien de sang ou d'un lien familial entre le demandeur et une personne de statut coutumier⁹²⁵. En dehors de ces cas précis, l'accession est en théorie refusée⁹²⁶. Selon Antoine Leca, professeur agrégé et ancien chargé d'enseignement à l'Université de la Nouvelle-Calédonie, l'analyse de l'article 15 de la loi organique faite par la Cour d'appel de Nouméa ouvre la possibilité à un individu, vivant de façon coutumière mais dépourvu de lien familial

⁹²¹ *Ibidem* ; CA Nouméa, civ., 19 avril 2012, RG n° 11/383 et RG n° 11/384, confirmé par Cass. civ., 26 juin 2013, n° 12-30154, Bull. 2013, I, n° 139.

⁹²² ACCORD SUR LA NOUVELLE-CALÉDONIE SIGNÉ À NOUMÉA LE 5 MAI 1998, *op. cit.*, Document d'orientation, pt. 1.1 al. 5.

⁹²³ CA Nouméa, civ., 11 mars 2013, RG n° 12/213.

⁹²⁴ CA Nouméa, civ., 19 avril 2012, RG n° 11/383 et RG n° 11/384, *op. cit.*

⁹²⁵ CORNUT ÉTIENNE, « La juridicité de la coutume kanak », *Droit et cultures. Revue internationale interdisciplinaire*, n° 60, 2010, *op. cit.*

⁹²⁶ LECA ANTOINE, *Introduction au droit civil coutumier kanak*, *op. cit.*, p. 118.

ou de sang, d'acquérir le statut coutumier en se fondant uniquement sur la possession d'état. La Cour semble s'inspirer du droit coutumier en déclarant que :

*« la preuve d'une possession d'état non équivoque [...] se déduit d'un seul fait majeur, qui en réalité les englobe et les résume tous : l'appartenance à un clan, qui induit une ascendance, et surtout un état reflétant une vérité sociale; [...] »*⁹²⁷.

326 . Cette reconnaissance du statut civil coutumier, facilitée par les décisions jurisprudentielles, permet aux individus d'intégrer « *la seule société dans laquelle s'inscrit [leur] vécu, à savoir la société kanak*⁹²⁸ », et d'être soumis, par là même, au droit civil coutumier aujourd'hui pleinement reconnu par l'Accord de Nouméa bien que toujours subordonné au droit français.

B | La subordination du droit civil coutumier

327 . Avant la loi organique de 1999, la compétence des juridictions civiles, avec ou sans assesseurs coutumiers, est départagée selon un double critère cumulatif. Les juridictions avec assesseurs coutumiers ne sont compétentes que pour certaines personnes et pour certains litiges en matière civile. Le critère *ratione materiae* impose que le litige relève exclusivement du droit des personnes et de la famille, ou des successions et libéralités, et le critère *ratione personae* exige que les deux parties soient de statut civil coutumier.

328 . L'article 7 de la loi organique supprime le critère de compétence *ratione materiae* en disposant que « *les personnes dont le statut personnel, au sens de l'article 75 de la Constitution, est le statut civil coutumier kanak décrit par la présente loi sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes.* » Conséquemment, cela semble signifier que les Kanaks de statut civil coutumier ne

⁹²⁷ CA Nouméa, civ., 19 avril 2012, RG n° 11/383 et RG n° 11/384, *op. cit.*

⁹²⁸ *Ibidem.*

peuvent être soumis au droit civil dans leurs rapports mutuels. Face à ces nouvelles dispositions encadrant le champ d'application matériel de la coutume, une question émerge au sein de la doctrine. Diverses théories s'affrontent pour déterminer si le terme « droit civil » employé dans la loi recouvre effectivement l'ensemble du droit civil. L'étendue de cette expression est en effet soumise à controverse et trois thèses s'opposent⁹²⁹. Une première théorie extensive suggère que l'article 7 englobe l'ensemble du droit civil et vise tant les règles relatives à la personne⁹³⁰ que celles relatives aux activités économique et sociales⁹³¹. La seconde, au contraire, est restrictive et limite l'application de la coutume aux seuls droits extrapatrimoniaux, aux statuts des biens en mariage et à la succession. Enfin, une troisième thèse s'appuyant « sur une volonté de pragmatisme juridique⁹³² » estime que la coutume ne doit régir que ce qu'elle prévoit, le reste échouant au droit civil.

329 . La Cour de cassation va trancher cette question dans deux avis de 2005⁹³³ et 2007⁹³⁴ en consacrant la conception extensive des matières de droit civil visées par l'article 7 de la loi organique. Cette solution fait donc « *coïncider pleinement le droit civil et le statut coutumier*⁹³⁵ ». Dans la lignée de ces deux avis, la Cour de cassation rend un arrêt de première importance le 1^{er} décembre 2010⁹³⁶. Il est demandé à la Cour si la coutume peut être appelée à trancher des questions qu'elle ne prévoit pas⁹³⁷. En l'espèce, la question est de savoir si la prestation compensatoire, dans le cadre d'un divorce entre personnes de statut coutumier, peut être prise en charge par les articles 270 et suivants du Code civil, la coutume ignorant ce type de régime. La Cour dispose de manière claire que le droit civil de l'État ne peut en aucun cas être utilisé à titre supplétif et que la coutume « *exposée à une question nouvelle [...] doit*

⁹²⁹ CORNUT ÉTIENNE, « La juridicité de la coutume kanak », *op. cit.*

⁹³⁰ Règles extrapatrimoniales regroupant l'état civil, la capacité ou encore la famille.

⁹³¹ Dont notamment les obligations contractuelles et délictuelles, les successions et libéralités, les régimes matrimoniaux ou encore le régime des biens.

⁹³² CORNUT ÉTIENNE, « La juridicité de la coutume kanak », *op. cit.*

⁹³³ Cass. civ., avis n° 005 0011 du 16 décembre 2005, B.I.C.C., n° 637, 1^{er} avril 2006, pp. 25-42.

⁹³⁴ Cass., civ., avis n° 007 0001 du 15 janvier 2007, B.I.C.C., n° 658, 1^{er} avril 2007.

⁹³⁵ Lettre du 2 avril 2004 du ministère de l'Outre-mer, citée par : CHAUVIN PASCAL, *Rapport sur l'avis n° 005 0011 du 16 décembre 2005*, B.I.C.C., n° 637, 1^{er} avril 2006.

⁹³⁶ Cass. civ., 1^{er} décembre 2010, n° 08-20843, Bull. 2010, I, n° 251.

⁹³⁷ SANA SANDRINE, « Commentaire de la décision de la Cour de Cassation », 2011, En ligne : <<http://larje.univ-nc.nc>>.

trouver en elle-même ses propres réponses⁹³⁸ ». La Haute juridiction pousse son raisonnement jusqu'à refuser de contrôler l'application faite par les juridictions des règles du statut coutumier au regard de l'ordre public français⁹³⁹, entraînant la reconnaissance d'un véritable pluralisme juridique puisque le droit civil coutumier se voit accorder le droit de s'épanouir en dehors des règles civiles étatiques. Actuellement, seuls les principes constitutionnels et ceux issus des traités et conventions, tels que la CEDH par exemple, peuvent primer sur les principes du droit civil coutumier⁹⁴⁰.

330 . Dès lors, toutes les affaires relevant du domaine civil appellent l'application du droit civil coutumier si toutefois les deux parties sont de statut coutumier. En conséquence, les relations contractuelles ou encore le droit de la responsabilité civile relèvent désormais de la coutume. Cette suppression du critère *ratione materiae* bouleverse ce qui était jusqu'alors un principe essentiel du droit français. En d'autres termes, « *le Droit civil a cessé d'être la loi de principe applicable à tous, alors que le droit coutumier n'était considéré, jusque là, que comme une loi d'exception*⁹⁴¹ ». Chaque statut possède désormais ses propres règles civiles, et le droit coutumier s'applique dans toutes les matières qui, pour le statut de droit commun, sont régies par le Code civil. Ces nouvelles dispositions supposent à terme la mise en œuvre d'un *corpus* juridique coutumier stable sur lequel les juridictions pourront s'appuyer afin de rendre leurs jugements. Ce dernier pourrait éventuellement faire l'objet d'une codification, œuvre collective d'institutions endogènes kanakes démontrant leur autonomie autochtone sur un sujet de première importance⁹⁴².

331 . Pour autant, si la Constitution semble instaurer deux statuts égaux – tout du moins en principe⁹⁴³ – la réalité laisse entrevoir une inégalité statutaire. Sauf

⁹³⁸ *Ibidem*.

⁹³⁹ Dans le domaine qui est le sien, à savoir la sphère civile.

⁹⁴⁰ LAFARGUE REGIS, *La coutume face à son destin: réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, L.G.D.J, coll. Droit et société. Recherches et travaux, n° 22, Paris, 2010, *op. cit.*, p. 297.

⁹⁴¹ *Ibid.*, p. 89.

⁹⁴² Cette idée de codification reste toutefois très controversée et est rejetée par la plupart des anthropologues et par une partie non négligeable des kanaks et des coutumiers eux-mêmes.

⁹⁴³ LAFARGUE REGIS, *La coutume face à son destin: réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, *op. cit.*, p. 86.

exception, le droit commun s'applique toujours dans un litige opposant deux personnes de statut différent. Cette subordination du droit civil coutumier a d'ailleurs été entérinée par le Conseil constitutionnel dans sa décision précitée du 15 mars 1999⁹⁴⁴, réduisant à néant les efforts entrepris par la jurisprudence judiciaire pour tenter de prendre le contre-pied de cette pratique administrative⁹⁴⁵. L'Accord de Nouméa dispose que « *la pleine reconnaissance de l'identité kanake conduit à préciser le statut coutumier et ses liens avec le statut civil des personnes de droit commun*⁹⁴⁶ », dans le but de parvenir à un destin commun. Il semble alors qu'il ne puisse s'agir que de la mise en place d'une égalité entre les deux statuts⁹⁴⁷. La pratique et l'interprétation faites par le Conseil constitutionnel contredisent cependant cette première impression. Le professeur Antoine Leca propose à cet égard plusieurs solutions qui permettraient de consacrer l'égalité des systèmes juridiques. Ainsi, pour entraîner une véritable absence de subordination, il serait possible d'appliquer systématiquement le droit du défendeur ou de laisser aux parties la possibilité, via l'option de législation, d'opérer un choix consensuel sur le droit qu'ils souhaitent voir appliquer au litige⁹⁴⁸.

332 . En outre, si le statut coutumier voit son application élargie à l'ensemble du droit civil en ce qui concerne les personnes de statut civil coutumier, la jurisprudence rappelle également que la coutume ne vaut que pour le droit civil⁹⁴⁹. Cela signifie que toutes autres matières, fussent-elles de droit privé, relèvent du droit commun, telles que le droit commercial, le droit de la concurrence ou encore le droit du travail.

⁹⁴⁴ Décision n° 99-410 du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, J.O., 21 mars 1999, p. 4234, Rec., p. 51, *op. cit.*

⁹⁴⁵ AGNIEL GUY, « Statut civil coutumier », dans FABERON JEAN-YVES, AGNIEL GUY (dir.), *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, La documentation française, coll. notes et études documentaires, n° 5113-14, Paris, 2000, *op. cit.*

⁹⁴⁶ ACCORD SUR LA NOUVELLE-CALEDONIE SIGNE A NOUMEA LE 5 MAI 1998, J.O.R.F., n° 121, 27 mai 1998, p. 8039, *op. cit.*, Préambule, pt. 5 al. 4.

⁹⁴⁷ CORNUT ÉTIENNE, « La juridicité de la coutume kanak », *op. cit.*

⁹⁴⁸ LECA ANTOINE, *Introduction au droit civil coutumier kanak*, PUAM, coll. Droit d'Outre-mer, Aix-en-Provence, 2016, *op. cit.*, p. 39.

⁹⁴⁹ Voir par exemple : CA Nouméa, 24 janvier 2002, RG n° 135/2001, R.J.P.E.N.C., n° 2, 2003/2, p. 64. sur le fait que la coutume ne régit pas le fonctionnement interne des GDPL ; CA Nouméa, 21 mai 2008, RG n° 07/476 sur le fait que la coutume ne régit pas les relations entre les GDPL et les personnes qui y travaillent.

333 . L'ensemble des dispositions mises en place par l'Accord de Nouméa, qu'elles soient relatives à la terre, au statut civil coutumier ou à l'existence du peuple kanak ont pour but la reconnaissance de l'identité kanake. Cet effort est louable ; cependant, tout en admettant l'identité kanake, le gouvernement français se refuse à faire participer les autorités kanakes à la mise en œuvre juridique de cette reconnaissance.

334 . Si une dualité juridique est mise en place dans certains domaines, il apparaît que le droit étatique continue à dominer et à imposer ces règles démontrant, juridiquement, un seul véritable centre d'impulsion. En effet, l'État français fixe unilatéralement et restrictivement le domaine d'application du droit kanak et exclut les institutions kanakes de sa mise en œuvre.

Pourtant, la réalité dévoile aujourd'hui l'existence d'un groupe distinct du reste de la société, se régissant selon des normes qui ne correspondent pas à celle de l'État. Elles traduisent, dans les faits, la présence d'une véritable dualité des ordres juridiques en Nouvelle-Calédonie.

SECTION II | LA RÉALITÉ INVISIBLE DE PLUSIEURS ORDRES JURIDIQUES AU SEIN DE L'ÉTAT FRANÇAIS

335 . La société kanake revendique la légitimité et l'effectivité de ses propres normes juridiques. Si une partie de ces dernières est aujourd'hui institutionnalisée sous la dénomination de coutume, une analyse de cette dernière met en exergue la présence d'un véritable droit kanak se développant à côté du droit étatique (§1). Cette observation empirique permet de constater qu'en France, « *le droit s'exprime aussi bien à l'extérieur qu'à l'intérieur de l'État*⁹⁵⁰ » et ce même si ce dernier se refuse encore à reconnaître l'existence de ces droits extra-étatiques (§2).

§ 1 | LA RECONCEPTUALISATION DE LA NOTION DE COUTUME POUR UN VÉRITABLE DROIT AUTOCHTONE

336 . Les définitions juridiques ne sont pas neutres. Construites progressivement, influencées par la société ou se retrouvant instrumentalisées pour satisfaire les intérêts d'un courant dominant, ces dernières voient leur contenu se réinventer au gré des forces en présence. Après l'avoir constaté par le biais des aspects politico-historiques, il paraît nécessaire d'entrevoir la portée juridique de la question autochtone, aujourd'hui concentrée en Nouvelle-Calédonie autour de la notion de « coutume ». Les interprétations qui en sont faites sont au cœur de la problématique juridique autochtone. Son appréhension par le droit français républicain limite considérablement sa portée et il paraît nécessaire de circonscrire cette notion qui dans la pensée traditionnelle est souvent associée à une pratique constante, répétée et généralisée à l'ensemble d'un groupe (A). Reconnaître la présence d'un système de droit autochtone pourrait alors passer par une

⁹⁵⁰ BELLEY JEAN-GUY, « L'Etat et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés*, vol. 18, n° 1, 1986, p. 11.

reconceptualisation de la notion de coutume qui attesterait que les autochtones, au même titre que l'État, produisent effectivement du droit (B).

A | *Évolution dichotomique de la conception de la coutume*

337 . En France, la destitution de la coutume s'est faite au profit du développement et de la construction de l'unité nationale (1). Cette historiographie de l'État-nation français nous permet de comprendre certaines des représentations contemporaines des coutumes autochtones en laissant entrevoir les soubassements théoriques qui la soutiennent et leurs conséquences politiques⁹⁵¹ (2), sans que toutefois ces conceptions ne fassent l'unanimité (3).

1 | LA REMISE EN CAUSE ORIGINELLE DE LA COUTUME

338 . Selon Norbert Rouland, les concepts juridiques acquièrent leur cohérence en fonction des systèmes au sein desquels ils sont assemblés. Or, ces systèmes dépendent indubitablement des représentations, c'est-à-dire « *des interprétations se donnant comme un savoir*⁹⁵² ». La vision pyramidale et hiérarchique chère à Kelsen et au droit français est un de ces systèmes qui conditionne une certaine perception de la loi et par conséquent de la coutume.

Jean-William Lapierre précise que « *le facteur déterminant d'apparition de l'État réside dans le degré d'hétérogénéité qu'atteint une société, et la nécessité corrélative de l'invention d'une nouvelle forme politique capable d'assurer son unité*⁹⁵³ ». En effet, la complexification a de tout temps profité à la loi au détriment de la

⁹⁵¹ ROULAND NORBERT, « La coutume et le droit », dans DE DECKKER PAUL (dir.), *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, L'Harmattan, Paris, 1995, *op. cit.*, p. 22.

⁹⁵² *Ibid.*, p. 25.

⁹⁵³ LAPIERRE JEAN-WILLIAM, *Vivre sans Etat ? Essai sur le pouvoir politique et l'innovation sociale*, Editions du Seuil, Paris, 1977, p. 112.

coutume⁹⁵⁴, la diversité coutumière étant considérée comme une source d'anarchie à laquelle il fallait remédier en privilégiant de grandes entreprises de codification, seules susceptibles d'engendrer l'uniformisation et l'unification à l'intérieur d'un État⁹⁵⁵. Les valeurs ainsi dévoilées de cohérence et de stabilité sont le produit d'une hiérarchisation des normes juridiques⁹⁵⁶, dont la France est sans conteste l'une des plus ferventes adeptes. Denys de Béchillon décrit l'hostilité de notre organisation étatique à toute idée de pluralisme. Il explique que le modèle hiérarchique effectue :

« une opération de laminage. Tout se passe en effet comme si la promotion d'un modèle organique et formel de la hiérarchie des normes permettait le parachèvement progressif d'une image à peu de chose près soldatesque et certainement glacée de la réalité juridique. Rien ne bouge ni n'échappe plus à cet ordre lapidaire de formes prédéterminées⁹⁵⁷ ».

Au sein de ce modèle pyramidal, l'État serait le foyer unique de la souveraineté et aucune source de droit ne saurait émaner d'une autre entité que le législateur⁹⁵⁸. Aussi précise-t-il que :

« [r]elativement au pluralisme, la véritable puissance de la référence hiérarchique tient à ce qu'elle aboutit purement et simplement à annihiler le multiple en son sein, et pas seulement à l'encadrer, [...]. Au résultat, la hiérarchie, conçue comme forme a priori de la juridicité dans l'État, se comprend bien comme l'instrument étatique de la négation du pluralisme, le moyen commode d'un bridage de l'émergence. Et l'outil parfait d'un écrasement des multiplicités. Telle est l'essence de l'État continental

⁹⁵⁴ LE ROY ÉTIENNE, « Justice africaine et oralité juridique », *Bulletin de l'Institut français d'Afrique noire*, vol. XXXVI, Série B, n° 3, 1974.

⁹⁵⁵ ROULAND NORBERT, « La coutume et le droit », *op. cit.*, p. 28.

⁹⁵⁶ OST FRANÇOIS et VAN DE KERCHOVE MICHEL, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, n° 94, Bruxelles, 2002, *op. cit.*, p. 18.

⁹⁵⁷ DE BÉCHILLON DENYS, « Sur la conception française de la hiérarchie des normes. Anatomie d'une représentation », *RIEJ*, n° 3, 1994, pp. 110-111.

⁹⁵⁸ François Ost et Michel Van de Kerchove illustre cette théorie en expliquant que le modèle pyramidal laisse à suggérer que le législateur se trouverait dans une posture omnisciente. Cf. en ce sens : OST FRANÇOIS et VAN DE KERCHOVE MICHEL, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 20.

moderne ; telle est la nature – consubstantielle – de la hiérarchie de ses normes⁹⁵⁹ ».

339 . En vue de l'annihilation de tout pluralisme, le pouvoir en place doit légitimer l'autorité exclusive conférée à la loi. Dans un premier temps, la soumission du peuple aux lois de l'État fut justifiée par l'origine divine de ces dernières. Au XVIII^{ème} siècle, Jean-Jacques Rousseau établit que le législateur :

« ne pouvant employer ni la force ni le raisonnement, c'est une nécessité qu'il recoure à une autorité d'un autre ordre, qui puisse entraîner sans violence et persuader sans convaincre. Voilà ce qui força de tout temps les pères des nations de recourir à l'intervention du ciel et d'honorer les dieux de leur propre sagesse, afin que les peuples [...] obéissent avec liberté, et portassent docilement le joug de la félicité publique⁹⁶⁰ ».

La foi fut ensuite supplantée par le Progrès et la Raison comme source de légitimité du droit. Selon Carl Schmitt :

« ce ne peut être que la meilleure perspective qui, comme telle, contraint les hommes, non parce qu'elle est la plus puissante, mais parce qu'elle est la meilleure. [...] La croyance vaut encore, selon laquelle l'opinion qui est considérée comme la meilleure, survit comme résultat d'un choix, issu d'une confrontation d'opinions dans le temps⁹⁶¹ ».

L'idée selon laquelle la loi serait seule à même d'apporter les changements juridiques nécessaires a mené aux théories évolutionnistes. Selon ces dernières, l'inégalité des cultures aurait une origine historique car, *« sur la voie unique que toutes les sociétés doivent nécessairement parcourir, les unes auraient pris de l'avance, d'autres auraient marqué le pas [...] ⁹⁶² ».*

⁹⁵⁹ DE BÉCHILLON DENYS, « Sur la conception française de la hiérarchie des normes. Anatomie d'une représentation », *op. cit.*, p. 127.

⁹⁶⁰ ROUSSEAU JEAN-JACQUES, *Du contrat social*, Ed. Beaulavon, L. II, Ch. VII, Paris, 1903, p. 176.

⁹⁶¹ SCHMITT CARL, *La valeur de l'Etat et la signification de l'individu*, Librairie Droz, coll. Les classiques de la pensée politique, Genève, 2003, p. 79.

⁹⁶² LÉVI-STRAUSS CLAUDE, *L'anthropologie face aux problèmes du monde moderne*, Éditions du Seuil, coll. La librairie du XX^e siècle, Paris, 2011.

340 . Ces théories, classant les peuples selon une logique évolutive, ont servi l'expansion coloniale en offrant des justifications scientifiques à la mission civilisatrice de l'Occident. Dans cette logique évolutionniste, l'assimilation constitue la mission suprême de la colonisation⁹⁶³. Si l'idéologie coloniale a toujours supposé la supériorité des Occidentaux et discrédité les coutumes des indigènes, elle l'a fait sous couvert d'universalisme républicain et d'humanisme⁹⁶⁴. Ainsi, la France, pays des droits de l'Homme se devait d'apporter, aux peuples restés dans la barbarie et l'anarchie, justice, progrès social, intellectuel et moral⁹⁶⁵. La liberté et l'égalité étaient autant de concepts utilisés pour justifier l'entreprise de colonisation française comme un « *acte de bonté naturelle* », de « *générosité innée*⁹⁶⁶ ».

341 . Cependant, il est aujourd'hui avéré que l'historiographie a mystifié l'idéologie coloniale, universaliste et humaniste, pour mieux occulter les théories différencialiste et inégalitaire qui la sous-tendaient⁹⁶⁷. En réalité, ces dernières ont généré des représentations dépréciatives de l'altérité telles que la bestialisation des races "inférieures" ou leur incapacité à progresser vers la civilisation sans l'aide salvatrice de la race "supérieure"⁹⁶⁸.

La culture et les coutumes indigènes « primitives » ont été niées, analysées comme de « *simple[s] survivance[s]*⁹⁶⁹ ». Pis, la théorie assimilationniste qui avait pour objectif de transposer directement les règles de droit métropolitain sur le territoire colonisé est abandonnée pour un temps, l'égalité qu'elle implique étant jugée inappropriée. En effet, si les individus ne possèdent pas tous les mêmes facultés alors ils ne peuvent pas disposer des mêmes droits et des mêmes devoirs. Cette

⁹⁶³ MEUNIER ROGER, « Leclerc, Gérard. – Anthropologie et colonialisme. Essai sur l'histoire de l'africanisme, Compte rendu », *Cahiers d'études africaines, Le problème de la domination étatique au Rwanda. Histoire et économie*, vol. 14, n° 53, 1974, p. 200.

⁹⁶⁴ REYNAUD-PALIGOT CAROLE, « Usages coloniaux des représentations raciales (1880-1930) », *Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique*, n° 99, 1^{er} avril 2006, para. 1.

⁹⁶⁵ SARRAUT ALBERT, « La politique coloniale de la France », *Bulletin du Comité de l'Afrique française et du Comité du Maroc*, n° 5, 1923, pp. 247-255.

⁹⁶⁶ GUY CAMILLE, « La politique indigène de la France », dans *La politique coloniale de la France*, Alcan, Conférences organisées par la Société des anciens élèves et élèves de l'École coloniale, Paris, 1924, pp. 243-249.

⁹⁶⁷ REYNAUD-PALIGOT CAROLE, « Usages coloniaux des représentations raciales (1880-1930) », *op. cit.*, para. 1.

⁹⁶⁸ *Ibid.*, para. 2 et 5.

⁹⁶⁹ MEUNIER ROGER, « Leclerc, Gérard. – Anthropologie et colonialisme. Essai sur l'histoire de l'africanisme, Compte rendu », *op. cit.*, p. 200.

affirmation⁹⁷⁰, posée par le député radical, directeur de l'Union coloniale, Joseph Chailley-Bert, va permettre la légitimation de politiques discriminatoires tel le régime de l'indigénat reléguant les postulats de la philosophie des Lumières, comme l'égalité des hommes, dans un avenir indéterminé où l'indigène aurait atteint l'apogée civilisationnel propre aux Occidentaux⁹⁷¹. En 1925, le général Paul Azan traduira très clairement cet état d'esprit en écrivant que :

« l'indigène n'est pas comparable aux Français, [...] il n'a ni ses qualités morales, ni son instruction, [...], ni sa civilisation. L'erreur est généreuse et bien française ; elle a été commise par ceux qui ont rédigé la "Déclaration des droits de l'homme et du citoyen", au lieu de rédiger plus modestement la "Déclaration des droits du citoyen français"⁹⁷² ».

342 . Si cette historiographie peut paraître dépassée, ses représentations influencent encore aujourd'hui la conception de la coutume en tant que norme non juridique non seulement par sa nature non étatique mais également par son origine « indigène ». Cette appréhension originelle des cultures autochtones par le biais de l'analyse des représentations collectives permet de comprendre l'appréhension essentialiste, encore vivace, de la coutume.

2 | L'APPRÉHENSION CONTEMPORAINE DE LA COUTUME PAR LE SYSTÈME HIÉRARCHIQUE DE DROIT FRANÇAIS

343 . Cet exorde historique permet de comprendre la persistance d'une certaine vision de la « coutume » autochtone. Celle-ci serait définie comme « *une pratique longue et certaine, acceptée ou reconnue [...] comme obligatoire ou comme nécessaire*⁹⁷³ » par les membres du groupe auquel elle s'applique. Cette valeur originaire de la coutume qui ne saurait être actualisée sous peine d'altérer la pureté

⁹⁷⁰ CHAILLEY-BERT JOSEPH, « La politique de colonisation en Allemagne. Conférence faite à Berlin le 10/04/1904 », *Quinzaine coloniale*, 1904, pp. 241-246.

⁹⁷¹ REYNAUD-PALIGOT CAROLE, « Usages coloniaux des représentations raciales (1880-1930) », *op. cit.*, para. 8.

⁹⁷² AZAN PAUL, *L'armée indigène nord-africaine*, Charles-Lavauzelle & Cie, Paris, 1925, p. 39.

⁹⁷³ DE BÉCHILLON DENYS, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Éditions Odile Jacob, Paris, 1997, *op. cit.*, p. 127.

qui la caractérise a renforcé une conception essentialiste de cette dernière. Cette théorie postule que « *les identités sont fondées sur des noyaux durs, sur des propriétés ou des caractéristiques qui ne sont pas altérées par le passage du temps*⁹⁷⁴ ». Reconnaître juridiquement une culture donnée reviendrait ainsi à la réifier à un moment précis de son histoire.

344 . Il est alors légitime de s'interroger sur la persistance de ce « *fixisme structural*⁹⁷⁵ » qui écarte toute représentation dynamique et autonome de la coutume. Ce d'autant plus que le terme coutume fût à l'origine adopté par les missionnaires pour désigner l'ensemble des pratiques kanakes qui ne trouvaient pas d'équivalence dans le droit européen. L'ethnologue Jean Guiart explique l'origine de cette création coloniale, « *on ne veut pas reconnaître aux Océaniens une véritable civilisation, alors, en une sorte de compensation, on leur attribue une "coutume"*⁹⁷⁶ ».

345 . Si, désormais, la conception actuelle de la coutume ne doit plus tant aux préjugés raciaux, la problématique reste fondamentalement la même. La coutume se trouve au contraire *sacralisée*, ancrée dans le passé par le biais de l'authenticité dont elle est parée. Denys de Béchillon pense que l'appréhension actuelle du concept de coutume doit énormément à l'artifice de l'action étatique⁹⁷⁷. La stratégie consiste à englober dans ce concept l'ensemble des systèmes normatifs qui contreviennent ou risquent de compromettre le modèle théorique de l'État, tout en en profitant pour les réifier afin, sous couvert d'authenticité, d'en contenir le germe éventuellement subversif⁹⁷⁸. La coutume est ainsi davantage définie en fonction de son caractère empirique et ancien, au détriment d'une rationalité juridique et institutionnelle, attribut encore principalement réservé au droit étatique. En adjoignant à la coutume l'intangibilité comme caractéristique maîtresse et en la reléguant dans un « *aimable folklore*⁹⁷⁹ », l'État s'assure une définition qui préserve l'unité républicaine.

⁹⁷⁴ MACLURE JOCELYN, « La reconnaissance engage-t-elle à l'essentialisme ? », *Philosophiques*, vol. 34, n° 1, 2007, p. 79.

⁹⁷⁵ WITTERSHEIM ÉRIC, *Des sociétés dans l'État : anthropologie et situations postcoloniales en Mélanésie*, Éditions Aux lieux d'être, Montreuil, 2006, *op. cit.*, p. 23.

⁹⁷⁶ GUIART JEAN, *Sociétés mélanésiennes : idées fausses, idées vraies*, Le Rocher-à-la-voile, Nouméa, 2001, p. 25.

⁹⁷⁷ DE BÉCHILLON DENYS, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.*, p. 127.

⁹⁷⁸ *Ibid.*, p. 128.

⁹⁷⁹ ROULAND NORBERT, « La coutume et le droit », dans DE DECKKER Paul (dir.), *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, L'Harmattan, Paris, 1995, *op. cit.*, p. 26.

346 . L'essentialisation de la coutume n'est cependant pas l'unique fait de l'État. Les sociétés traditionnelles ont également utilisé cette politique dans une nécessité d'adaptation. En Nouvelle-Calédonie, dans les années 1970, dans une colonie de peuplement où les Kanaks sont minoritaires d'un point de vue démographique, la première des priorités est de mettre en exergue une spécificité culturelle qui les identifie en tant que peuple distinct⁹⁸⁰. Cette revendication d'une identité propre était au départ une stratégie politique développée par les autochtones afin d'éviter l'assimilation. Denys de Béchillon illustre fort bien ce stratagème lorsqu'il explique qu' « *il est plus aisé de fonctionner à l'intérieur des catégories intellectuelles du monstre si l'on désire obtenir quelque chose de lui*⁹⁸¹ ». L'emprunt tactique des concepts n'est pas à dénigrer mais il faut sans conteste le prendre en compte pour obtenir une véritable compréhension d'ensemble. Les autochtones n'ont pas la volonté de rester ancrés dans le passé, mais à une époque où leurs droits étaient à leurs prémices, ils voyaient là la seule solution possible pour faire avancer la revendication de leurs droits. C'est donc également cette volonté de reconnaissance des autochtones qui a permis que se développe cette théorie essentialiste.

347 . Si la difficulté à saisir la coutume autochtone kanake dans le système de référence du droit français peut paraître compréhensible, il serait erroné de croire que l'appréhension du système normatif kanak ne peut dépasser cette posture essentialiste.

3 | L'ÉVOLUTION DOCTRINALE DE LA REPRÉSENTATION DE LA COUTUME

348 . Selon Norbert Rouland, l'authenticité de la coutume n'est qu'un des aspects de cette dernière, sa conception dépendant de ce qu'on souhaite lui faire dire. Il est vrai que le contenu d'un concept dépend dans une large mesure des choix qui ont été effectués et des rapports de force qui ont été mis en œuvre à un instant donné. Dans un premier temps, la quête de reconnaissance de l'identité autochtone et la

⁹⁸⁰ LECONTE NICOLAS, « Organiser la coexistence de la coutume kanak et d'un droit franco-calédonien », En ligne : https://www.academia.edu/5688319/Organiser_la_coexistence_de_la_coutume_kanak_et_dun_droit_franco-cal%C3%A9donien_Nicolas_Leconte, p. 109.

⁹⁸¹ DE BÉCHILLON DENYS, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, op. cit., p. 128.

légitimation de la coutume étaient des objectifs prédominants. L'immutabilité et la persistance des peuples autochtones et de leurs droits étaient alors un argument nécessaire à leur reconnaissance ; l'ancienneté, la représentativité et donc la fiabilité de la coutume étant alors invoquées⁹⁸². L'État a utilisé peu ou prou les mêmes arguments mais dans un objectif fort différent, celui de la contenir et de la circonscrire. Par ailleurs, utilisant le questionnement rhétorique, Norbert Rouland se demande quels raisonnements pourraient être utilisés si la volonté des protagonistes était désormais de sauvegarder la coutume, d'assurer sa pérennité. Sa transformation face aux exigences contemporaines des membres du groupe, en somme sa capacité d'adaptation, est alors l'argument employé⁹⁸³.

349 . Pourtant, cette apparente opposition binaire entre intangibilité et adaptabilité n'est pas nécessairement irréductible. Léon Duguit utilisait à cet égard une métaphore très éclairante pour illustrer ce phénomène :

« de même que les êtres vivants traversent certaines périodes où l'organisme, tout en continuant de suivre la loi générale de sa vie, subit cependant une transformation particulièrement profonde et active, de même dans l'histoire des peuples, il est certaines périodes où les idées et institutions, tout en restant soumises à leur loi générale d'évolution, subissent-elles aussi une transformation particulière⁹⁸⁴ ».

Antoine Leca conclut également en ce sens puisqu'il estime que sans renier la tradition, les Kanaks ne sont pas non plus soumis à une « *obédience stricte à un passé qui est mort et ne renâtra pas*⁹⁸⁵ ». Implicitement transparait ici une capacité d'adaptation confortée par exemple dernièrement, dans les faits, par la modification du règlement intérieur du Conseil coutumier de l'aire Ajie Arhö, ce afin de permettre l'élection éventuelle d'une sénatrice coutumière⁹⁸⁶. Dans une société considérée

⁹⁸² ROULAND NORBERT, « La coutume et le droit », *op. cit.*, p. 33.

⁹⁸³ *Ibidem*.

⁹⁸⁴ DUGUIT LEON, *Les transformations du droit public*, Éditions La mémoire du droit, Paris, 1999, pp. IX-X.

⁹⁸⁵ LECA ANTOINE, *Introduction au droit civil coutumier kanak*, PUAM, coll. Droit d'Outre-mer, Aix-en-Provence, 2016, *op. cit.*, p. 133.

⁹⁸⁶ *Délibération du conseil coutumier de l'aire Ajie Arhö*, n° 1/2010/CCAA, 11 juin 2010 modifiée par *Délibération du conseil coutumier de l'aire Ajie Arhö*, n° 1/2015/CCAA, 28 mars 2015, J.O.N.C., 5 mai 2015, p. 3690.

patriarcale, cette décision montre sans conteste la capacité d'évolution des règles coutumières.

350 . Les Kanaks eux-mêmes défendent la nature évolutive de la coutume. Dès 1985, Jean-Marie Tjibaou déclarait :

« Le retour à la tradition, c'est un mythe. Nul peuple ne l'a jamais vécu. La recherche d'identité, le modèle pour moi il est devant soi, jamais en arrière. C'est une reformulation permanente. Et je dirais que notre lutte actuelle, c'est de pouvoir mettre le plus d'éléments appartenant à notre passé, à notre culture, dans la construction du modèle d'homme et de société que nous voulons pour l'édification de la cité⁹⁸⁷ ».

Presque trente ans plus tard, à l'occasion de la proclamation de la Charte du Peuple Kanak, Luc Wema, président du Sénat coutumier, corroborait ses dires, en expliquant que *« la mise en place du socle commun des valeurs de la coutume kanak, prend en compte les droits fondamentaux et la nature évolutive de la coutume⁹⁸⁸ »*. Cette référence aux droits fondamentaux nous montre que la coutume loin de s'opposer à toute évolution, est au contraire capable d'opérer un syncrétisme entre plusieurs systèmes de valeurs⁹⁸⁹. Raphaël Mapou, chargé de mission au Sénat coutumier, relève cette capacité d'adaptation : *« dans nos travaux, nous avons déjà retenu que les citoyens kanak ont depuis longtemps intégré trois systèmes de valeurs : kanak, chrétien et républicain⁹⁹⁰ »*.

351 . Ces réflexions démontrent bien que *« l'apparente homogénéité du processus coutumier, avec son couple inusable – la pratique, l'opinio juris – [n'est] qu'une façade dissimulant des modes variés de formation du droit⁹⁹¹ »*. Une question semble alors se poser : *« si [...] la qualification en termes de coutume rendait*

⁹⁸⁷ TJIBAOU JEAN-MARIE, « Entretien avec Jean-Marie Tjibaou », *Les temps modernes*, n° 464, mars 1985.

⁹⁸⁸ WEMA LUC, « Allocution du Président », *La Parole, Journal d'information du Sénat coutumier*, n° 18, août 2013.

⁹⁸⁹ LECA ANTOINE, *Introduction au droit civil coutumier kanak*, op. cit., p. 134.

⁹⁹⁰ MAPOU RAPHAËL, « Les valeurs de la citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie. La dimension kanak », dans *Citoyenneté et destin commun en Nouvelle-Calédonie*, PUAM, Aix-en-Provence, 2013, p. 63.

⁹⁹¹ COMBACAU JEAN, « Ouverture : De la régularité à la règle », *Droits*, n° 3, 1986, p. 8.

improprement compte de certains procédés dans lesquels n'apparaissent ni le temps ni la répétition, ni rien de ce qui la caractérise dans le langage commun ?⁹⁹² ».

B | La présence d'un droit kanak en Nouvelle-Calédonie

352 . La consécration des droits autochtones au niveau international ainsi que les événements politiques et juridiques en Nouvelle-Calédonie ont nécessité une reconsidération du concept de coutume.

Depuis la conquête de la Nouvelle-Calédonie, les Kanaks ont surtout été considérés comme des objets de droit, de politiques publiques décidées sans leur accord⁹⁹³. La subjectivisation des autochtones, notamment par le biais de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* est donc à ce jour encore difficilement assimilée par les États car elle revient à accepter la possibilité d'un « processus d'auto-transformation pris en charge par les personnes elles-mêmes⁹⁹⁴ ». Les autochtones devenant des sujets de droit, ils acquièrent la possibilité de se définir eux-mêmes et de produire leurs propres normes, échappant ainsi aux injonctions et au contrôle d'un État dominant⁹⁹⁵. La reconnaissance de l'autodétermination des peuples autochtones ne peut plus être associée à l'essentialisation de la coutume⁹⁹⁶ puisque ce principe cherche à permettre à un peuple de se diriger et de prendre des décisions pour lui-même⁹⁹⁷. À ce titre, les politiques élaborées par un peuple bénéficiant de l'autodétermination doivent posséder un caractère flexible permanent⁹⁹⁸.

⁹⁹² *Ibidem*.

⁹⁹³ BELLIER IRENE, « La performativité de la Déclaration des droits des peuples autochtones », En ligne : <<http://revues.mshparisnord.org/cultureskairos/index.php?id=960>>.

⁹⁹⁴ WIEVIORKA MICHEL, *Neuf leçons de sociologie*, Éditions Robert Laffont, Paris, 2008, p. 39.

⁹⁹⁵ CAPITAIN BRIEG et MARTIN THIBAUT, « La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones : Le dilemme canadien face à la reconnaissance du "sujet" autochtone », *Études canadiennes*, n° 69, 2010, *op. cit.*, p. 147.

⁹⁹⁶ La décision de la Cour de Cassation du 1^{er} décembre 2010, citée précédemment, démontre que la juridiction suprême elle-même estime que la coutume est susceptible d'évolution et qu'elle ne peut être mystérieusement préservée des atteintes du temps.

⁹⁹⁷ POL NEVEU LILY, *Le droit à l'autodétermination des peuples autochtones et la protection de l'environnement : un conflit normatif ?*, Mémoire de philosophie, Université Laval, Québec, 2008, *op. cit.*, p. 11.

⁹⁹⁸ MACLURE JOCELYN, « La reconnaissance engage-t-elle à l'essentialisme ? », *Philosophiques*, vol. 34, n° 1, 2007, *op. cit.*, p. 89.

353 . Si certains réflexions doctrinales et discours politiques kanaks mettent en exergue la capacité d'évolution de la coutume, il reste que ce terme renvoie dans l'imaginaire collectif, presque instinctivement à une idée d'authenticité et de traditionnalité. Entachée d'une certaine idéologie dont il est difficile de se séparer cette notion semble « *flétrie par trop d'usages et de représentations abusives*⁹⁹⁹ ».

Par ailleurs, Antoine Leca distingue une autre problématique concernant le terme coutume. Selon lui « *le coutume mélanésienne est un tout, difficile à cerner, qui n'est qu'en partie juridique, alors que le droit coutumier est une branche du droit*¹⁰⁰⁰ ». De manière plus explicite Gérard Orfila explique que la coutume « *désigne un ensemble complexe de règles d'organisation sociale, d'usage divers, de croyances, de règles de courtoisie, de bienséance [...]*¹⁰⁰¹ ».

354 . Etienne Le Roy a été l'un des premiers à utiliser le terme de « droit » en recourant à plusieurs distinctions qui permettent d'observer la dynamique à l'œuvre dans la société kanake¹⁰⁰². Il différencie ainsi le droit traditionnel, présent avant la colonisation, du droit coutumier, transformé par les codifications, du droit local d'inspiration étatique et enfin du droit populaire, initié par la société elle-même pour résoudre des problématiques contemporaines inexistantes dans la société traditionnelle. Si ces distinctions s'avèrent utiles pour observer la pratique juridique kanake et ses interactions avec le droit étatique, il serait également possible d'envisager une nomenclature plus englobante, celle d'un « droit autochtone kanak » aux multiples facettes. L'usage du terme « droit autochtone » désignerait une forme autonome de création du droit susceptible d'allier tout à la fois « *la reprise, la réinterprétation, la combinaison d'éléments anciens et nouveaux, [voire] leur élimination partielle ou totale*¹⁰⁰³ ».

355 . Ce choix peut faire l'objet de contestations, tant il est vrai que la coutume est une véritable « *doxa sociale*¹⁰⁰⁴ », ce même si l'on ne saurait oublier que

⁹⁹⁹ ROULAND NORBERT, « La coutume et le droit », *op. cit.*, p. 36.

¹⁰⁰⁰ LECA ANTOINE, *Introduction au droit civil coutumier kanak*, *op. cit.*, p. 32.

¹⁰⁰¹ ORFILA GERARD, *Régime législatif, réglementaire et coutumier de la Nouvelle-Calédonie*, L'Harmattan, coll. Collection Logiques juridiques, Paris, 2000, *op. cit.*, p. 123.

¹⁰⁰² LE ROY ÉTIENNE, « La constellation du nomos, contributions à une anthropologie du Droit en action », *Cahiers d'Anthropologie du Droit 2006, Le droit en action*, 2007, pp. 11 et s.

¹⁰⁰³ ROULAND NORBERT, « La coutume et le droit », *op. cit.*, p. 36.

¹⁰⁰⁴ GRAILLE CAROLINE, « Coutume et changement social en Nouvelle-Calédonie », *Le Journal de la Société des Océanistes*, vol. 109, n° 2, 1999, p. 100.

ce concept a été « *socialement et historiquement [construit]*¹⁰⁰⁵ ». Peut-être alors serait-il possible d'envisager un élargissement de la notion de coutume, ce pour y intégrer la notion de droit autochtone. Le droit kanak serait ainsi une partie de la coutume sans que, pour autant, il se confonde entièrement avec elle. En outre, l'utilisation spécifique du terme « droit autochtone » ou plus spécifiquement « droit kanak » permettrait de démontrer que la présence d'un État ne constitue pas nécessairement un critère absolu du juridique, et que « *rien, strictement rien n'interdit d'utiliser ce mot pour désigner d'autres règles que celles passées à la moulinette du contrôle étatique*¹⁰⁰⁶ ». Cette affirmation accrédite la théorie du pluralisme juridique qui postule que différents ordres juridiques peuvent coexister, sans qu'ils soient nécessairement étatiques.

§ 2 | ÉMERGENCE D'UNE NOUVELLE PERSPECTIVE PLURALISTE

356 . Comme toute théorie, cette dernière fait l'objet de plusieurs interprétations qu'il faudra appréhender (A) afin d'en percevoir une acception qui autorise également la prise en compte des relations susceptibles de s'établir entre ces différents systèmes, relations qui elles aussi revêtent divers aspects (B).

A | *les inflexions du pluralisme juridique*

357 . Le succès de la construction de l'État aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles a mené, selon John Griffiths, à l'idéologie du « centralisme juridique », selon laquelle seul existe le droit de l'État à l'exclusion de tout autre¹⁰⁰⁷. Pour les tenants du pluralisme juridique, il s'agit d'une idéologie car elle véhicule « *une vision du monde*

¹⁰⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁰⁶ DE BÉCHILLON DENYS, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Éditions Odile Jacob, Paris, 1997, *op. cit.*, p. 136.

¹⁰⁰⁷ GRIFFITHS JOHN, « What is Legal Pluralism ? », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 32, n° 24, 1986, p. 3.

*qui ne correspond pas à la réalité factuelle observable*¹⁰⁰⁸ ». Cette réalité a été principalement perçue par les anthropologues du droit dans le contexte particulier de la colonisation, au cours du XX^{ème} siècle lorsque les situations empiriques ont démontré l'application dans un même champ social de plusieurs systèmes normatifs étatique et non étatique.

358 . Paul Schiff Berman rappelle que cette coexistence constituait la norme bien avant l'avènement du système étatique moderne qui, loin de l'annihiler, l'a simplement rendu moins perceptible¹⁰⁰⁹. S'appuyant sur les écrits de l'historien Walter Ullman, il décrit par exemple la coexistence, au sein de l'Europe médiévale, de trois systèmes de droit qu'étaient le droit romain, le droit canonique et le droit germanique lombard¹⁰¹⁰. En d'autres termes, le postulat premier de la théorie du pluralisme juridique consiste à récuser le monopole étatique dans la production du droit. L'État n'est donc « *qu'une espèce du genre "droit"* » et toute supposition contraire serait « *incompatible avec le concept de droit, antécédent logique [...] de celui d'État* »¹⁰¹¹.

359 . Une fois admise l'approche sociologique consistant à appréhender le pluralisme comme « *la présence dans un champ social de plus d'un ordre juridique* »¹⁰¹², il importe d'analyser les relations entre ces différents ordres car si le droit étatique n'est pas la seule forme de réglementation sociale il reste le mode d'organisation politique principale et influe la vie politique et juridique. Jean-Guy Belley exprime bien cette factualité lorsqu'il indique que :

« la problématique du pluralisme juridique ne peut se limiter à mettre en évidence les manifestations non étatiques du droit. Elle doit plutôt se consacrer à l'étude systématique des effets du phénomène d'étatisation sur

¹⁰⁰⁸ EBERHARD CHRISTOPH, « L'impact méthodologique de l'analyse plurale dans l'étude anthropologique des cultures juridiques », dans OTIS GHISLAIN (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, Paris, 2012, p. 76.

¹⁰⁰⁹ SCHIFF BERMAN PAUL, « Le nouveau pluralisme juridique », *Revue internationale de droit économique*, n° 1, 2013, p. 232.

¹⁰¹⁰ ULLMAN WALTER, *The Medieval Idea of Law*, Barnes and Noble, New-York, 1969, p. 71, cité par : *ibid.*, p. 232.

¹⁰¹¹ ROMANO SANTI, *L'ordre juridique*, Dalloz, coll. Philosophie du droit, Paris, 2002, *op. cit.*, p. 81.

¹⁰¹² GRIFFITHS JOHN, « What is Legal Pluralism ? », *op. cit.*, p. 1.

*le partage de la régulation juridique entre l'État et les autres cadres sociaux*¹⁰¹³ ».

360 . Les premières études anthropologiques, focalisées sur la colonisation, ont permis de jeter les bases du pluralisme juridique moderne en portant une attention particulière à l'interaction dialectique entre les différents ordres juridiques¹⁰¹⁴. Dans un premier temps cependant, cette interaction n'était envisagée que comme une coexistence hiérarchique, subordonnant les autres ordres juridiques, notamment autochtone, au droit étatique. Pour Jacques Vanderlinden, cette situation ne peut être rattachée au pluralisme juridique. Une situation de pluralisme juridique ne saurait être avérée par le simple maintien en vigueur des droits dits "coutumiers" pendant la période coloniale¹⁰¹⁵. Selon lui,

*« la vocation du colonisateur est totalitaire et son objectif ultime l'élimination des systèmes endogènes à travers leur transformation et leur évolution vers la "civilisation" ; ils ne survivent que dans les limites de leur conformité aux principes prévalant dans les systèmes coloniaux*¹⁰¹⁶ ».

En ce sens, il s'agirait d'une pratique formellement moniste. Or pour Jacques Vanderlinden, le pluralisme juridique est *« la situation dans laquelle un individu peut, dans une situation identique, se voir appliquer des mécanismes juridiques relevant d'ordres juridiques différents*¹⁰¹⁷ ». En effet, si le modèle hiérarchique existe et traduit un procédé d'absorption du droit autochtone dans l'ordre étatique, l'analyse des interactions entre les ordres juridiques s'est quelque peu complexifiée dans les années 1990. S'il est toujours admis que les autres formes d'ordonnement sont parfois soumises au système juridique officiel, elles sont également à certains égards, distinctes et indépendantes¹⁰¹⁸. Cette approche a l'intérêt de permettre l'étude

¹⁰¹³ BELLEY JEAN-GUY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés*, vol. 18, n° 1, 1986, *op. cit.*, p. 28.

¹⁰¹⁴ SCHIFF BERMAN PAUL, « Le nouveau pluralisme juridique », *op. cit.*, p. 233.

¹⁰¹⁵ VANDERLINDEN JACQUES, *Les pluralismes juridiques*, Bruylant, coll. Penser le droit, Bruxelles, 2013, p. 35.

¹⁰¹⁶ VANDERLINDEN JACQUES, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *Revue de la Recherche juridique - Droit prospectif*, vol. 18, n° 2, 1993, p. 577.

¹⁰¹⁷ *Ibid.*, p. 583.

¹⁰¹⁸ ENGLE MERRY SALLY, « Legal Pluralism », *Law & Society Review*, vol. 22, n° 5, 1988, p. 873.

de l'internormativité entre les différents ordres juridique, conçue comme « *l'ensemble des phénomènes constitués par les rapports qui se nouent et se dénouent entre deux catégories, ordres ou systèmes de normes*¹⁰¹⁹ ». Elle s'avère réellement pertinente pour appréhender les situations coloniales, dont la situation néocalédonienne et étudier les interactions entre le droit étatique et le droit coutumier kanak.

B | La portée de l'internormativité dans l'appréhension du phénomène pluraliste

361 . En suivant la démarche de Kelsen¹⁰²⁰, les rapports entre systèmes juridiques ne peuvent être que de deux sortes, l'intégration, aboutissant à la dissolution de la dualité et menant au monisme, et l'indifférence absolue. L'analyse de l'internormativité montre qu'il existe une multiplicité d'autres relations possibles entre les systèmes juridiques. Cette prise en compte de l'« *interpénétration*¹⁰²¹ » des ordres juridiques offre l'occasion d'envisager une typologie des différents processus d'interactions ou d'absence d'interactions entre les différents ordres juridiques. Plusieurs manifestations peuvent ainsi être recensées¹⁰²² : le monisme juridique, le pluralisme de subordination et le pluralisme de coordination¹⁰²³. Cette gradation entraîne une évaluation des divers agissements de l'État, allant d'une pratique coloniale inspirée de l'ethnocentrisme à un droit respectueux des normes autochtones,

¹⁰¹⁹ CARBONNIER JEAN, « Internormativité », dans ARNAUD ANDRE-JEAN (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J, 2^{ème} éd., Paris, 1993, pp. 313-314.

¹⁰²⁰ OST FRANÇOIS et VAN DE KERCHOVE MICHEL, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, n° 94, Bruxelles, 2002, *op. cit.*, p. 197.

¹⁰²¹ PERRIN JEAN-FRANÇOIS, *Sociologie empirique du droit*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1997, p. 52.

¹⁰²² Certains auteurs proposent deux autres types d'interactions. Le premier est l'indépendance, illustré par exemple par les rapports entre États. Néanmoins, cette situation est un cas relativement exceptionnel. Le second est la dépendance, représenté par l'ordre juridique international à l'égard des États, car l'ordre inférieur est un présupposé de l'ordre supérieur, l'existence du premier conditionnant celle du second. Voir en ce sens : ROMANO SANTI, *L'ordre juridique*, *op. cit.*, pp. 114-119; OST FRANÇOIS et VAN DE KERCHOVE MICHEL, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, pp. 199-200.

¹⁰²³ OTIS GHISLAIN, « Cultures juridiques et gouvernance : cadre conceptuel », dans OTIS GHISLAIN, CISSÉ ABDOULLAH, DE DECKKER PAUL, MASTOR WANDA (dir.), *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone – Présentation générale d'une problématique*, Éditions des archives contemporaine - Agence universitaire de la Francophonie, coll. Savoirs francophones, Paris, 2010, *op. cit.*, pp. 17-26.

car reposant « *sur un dialogue des cultures juridiques [et] articulant des normativités plurielles d'une manière qui tend à être plus respectueuse des identités juridiques*¹⁰²⁴ ».

362 . En théorie, la plupart des États se retranchent dans le monisme, qui refuse toute interaction entre les différents ordres juridiques. Santi Romano qualifie cette ignorance – souvent réciproque – « d'irrelevance¹⁰²⁵ » des systèmes juridiques. L'irrelevance implique que « *le premier [ordre] n'est nullement pris en considération par le second, celui-ci le tient pour inexistant aussi bien comme fait juridique que comme ordre, ne considérant même aucun des rapports ou des faits qui se déroulent dans sa sphère*¹⁰²⁶ ». Cette situation exceptionnelle en pratique révélerait l'existence d'un système hermétique fonctionnant en « *se refermant sur lui-même et en n'admettant comme valables que les normes qu'il sécrète*¹⁰²⁷ ». Le monisme peut donc engendrer tantôt une indifférence pour les ordres juridiques non étatiques¹⁰²⁸, tantôt un rejet de ces systèmes juridiques qui entraînera leur appréhension en tant que simple fait, et éventuellement des « *faits les plus gravement antijuridiques, des infractions*¹⁰²⁹ ». Enfin, l'irrelevance peut également signifier une volonté, de la part de l'État, de supplanter ces autres ordres juridiques, voire de les assimiler au sein de son propre système juridique. Tel a été le cas lors de la colonisation qui a imposé le droit étatique sur les territoires nouvellement conquis. La méthode est par ailleurs reprise durant la période postcoloniale, puisque, sous couvert d'égalité, les États mettent parfois en place une politique d'assimilation et d'acculturation juridique. L'exemple de la réforme foncière en Nouvelle-Calédonie démontre cette tendance, d'ailleurs quelquefois inconsciente, à envisager des solutions inspirées uniquement du droit occidental.

363 . Bien souvent cependant, la pratique reflète davantage des mécanismes d'« *interpénétration*¹⁰³⁰ » systémique. Ils organisent l'articulation des rapports

¹⁰²⁴ *Ibid.*, p. 23.

¹⁰²⁵ ROMANO SANTI, *L'ordre juridique*, op. cit., p. 106.

¹⁰²⁶ *Ibid.*, p. 149.

¹⁰²⁷ VIRALLY MICHEL, *La pensée juridique*, L.G.D.J., coll. Les introuvables, Paris, 2010, p. 200.

¹⁰²⁸ OTIS GHISLAIN, « Cultures juridiques et gouvernance : cadre conceptuel », op. cit., p. 17.

¹⁰²⁹ ROMANO SANTI, *L'ordre juridique*, op. cit., p. 145.

¹⁰³⁰ VIRALLY MICHEL, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », dans *Mélanges offerts à Henri Rolin*, Pedone, Paris, 1964, p. 491.

juridiques entre systèmes et impliquent la reconnaissance de la validité des normes de droit externe du point de vue interne¹⁰³¹. Cette situation est qualifiée de « *relevance*¹⁰³² » par Santi Romano. Elle postule l'existence d'une pluralité de systèmes juridiques plus ou moins perméables les uns par rapport aux autres, mettant en exergue la diversité et la complexité des rapports susceptibles de se nouer entre ces derniers¹⁰³³. Le pluralisme de subordination et le pluralisme de coordination en sont les illustrations.

364 . Le premier, également qualifié de pluralisme hégémonique, révèle une maîtrise absolue de l'État sur les autres normes juridiques¹⁰³⁴. Si l'ordre juridique extra-étatique semble accepté, il est en réalité entièrement soumis et instrumentalisé par l'État. Plusieurs mécanismes, non exhaustifs, peuvent permettre de l'identifier¹⁰³⁵. Le pluralisme de subordination est ainsi vérifié lorsque l'État édicte le droit extra-étatique par voie législative ou lorsque son interprétation et son application sont confiés à des juges et des fonctionnaires étatiques. Il en est de même quand le droit étatique prime de manière systématique en cas de conflits de normes. Ces procédés sont, par exemple, particulièrement visibles en Nouvelle-Calédonie où le droit civil commun a la primauté en cas de conflits interpersonnels de normes¹⁰³⁶ et où la gestion des actes coutumiers est assurée par des fonctionnaires de Nouvelle-Calédonie¹⁰³⁷. L'application supplétive du droit étatique en cas de carence de la norme exogène est

¹⁰³¹ GÉRARD DAMIEN M. B., « Ordre juridique, autonomie et dépendance - Une introduction », *Les Cahiers du CeDIE*, n° 7, 2012, En ligne : <https://cdn.uclouvain.be/public/Exports%20reddot/ssh-cdie/documents/2012-7-D_Gerard.pdf>, p. 9.

¹⁰³² ROMANO SANTI, *L'ordre juridique*, op. cit., p. 106.

¹⁰³³ OST FRANÇOIS et VAN DE KERCHOVE MICHEL, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 200.

¹⁰³⁴ C'est ce dont parle Jacques Vanderlinden lorsqu'il explique qu'un système juridique non étatique reconnu et autorisé par l'État relève d'une approche moniste. C'est, selon lui, un procédé d'absorption du droit autochtone dans l'ordre étatique. Jacques Vanderlinden ne nie pas les possibilités d'interactions entre les ordres juridiques mais il estime que le pluralisme disparaît sitôt que ces dernières sont orchestrées par l'État. Cf. en ce sens : VANDERLINDEN JACQUES, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », op. cit., pp. 575-577 ; VANDERLINDEN JACQUES, *Les pluralismes juridiques*, op. cit.

¹⁰³⁵ OTIS GHISLAIN, « Cultures juridiques et gouvernance : cadre conceptuel », op. cit., p. 21.

¹⁰³⁶ LOI ORGANIQUE N° 99-209 DU 19 MARS 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F., n° 0068, 21 mars 1999, p. 4197, op. cit., art. 9, al. 1 : « Dans les rapports juridiques entre parties dont l'une est de statut civil de droit commun et l'autre de statut civil coutumier, le droit commun s'applique ».

¹⁰³⁷ LOI DU PAYS N° 2006-15 DU 15 JANVIER 2007 *relative aux actes coutumiers*, J.O.N.C., 30 janvier 2007, p. 647, op. cit., art. 19, al. 1 : « Les fonctions de l'officier public coutumier sont exercées par des agents de la Nouvelle-Calédonie appartenant au corps des officiers publics coutumiers créé par une délibération du congrès de Nouvelle-Calédonie ».

un marqueur supplémentaire du phénomène de subordination¹⁰³⁸. Enfin, le maintien de l'ordre public national peut devenir un instrument aux mains de l'État qui s'arroge alors le pouvoir d'imposer une modification du droit extra-étatique. Le droit d'origine extra-étatique est certes reconnu mais il se trouve entièrement instrumentalisé et contrôlé par la puissance étatique, traduisant la persistance d'une situation coloniale. Ainsi en Nouvelle-Calédonie, les tribunaux créés par l'État et présidés par un magistrat étatique ont pour mission de « dire » le droit coutumier et font primer les droits fondamentaux sur ce dernier¹⁰³⁹.

365 . *A contrario*, le pluralisme de coordination ou pluralisme coopératif révèle une interaction équilibrée entre les systèmes, reposant sur un véritable dialogue des cultures juridiques¹⁰⁴⁰. L'intensité de la coopération peut néanmoins varier, entraînant plusieurs catégories de pluralisme de coordination. Le mécanisme de distanciation est le plus mesuré. Il permet à chaque ordre juridique de disposer d'un champ de normativité autonome tout en autorisant une interaction spontanée entre ces divers ordres¹⁰⁴¹. La coordination peut également engendrer des co-ordres juridiques qui vont appréhender et lier les différentes normes juridiques existantes. L'intégration minimum, dénommée arbitrage normatif *ad hoc*, consiste à admettre l'existence de divers ordres juridiques et à opter pour l'un ou pour l'autre, selon les circonstances, dans le but de solutionner un litige. L'unification, co-ordre le plus abouti, revient à créer une nouvelle norme unique « *en combinant différents systèmes, donc en incorporant des éléments de la diversité juridique*¹⁰⁴² ». Mireille Delmas-Marty met toutefois en garde contre ce procédé, qui, en l'absence de réciprocité entre les systèmes juridiques, pourrait se transformer en unification « *par transplantation*

¹⁰³⁸ Tel n'est pas le cas en Nouvelle-Calédonie puisque la décision prétorienne de la Cour de Cassation en date du 1^{er} décembre 2010 a indiqué que : « *attendu qu'après avoir relevé que les parties étaient de statut civil coutumier kanak, [...] a décidé que les articles 270 et suivants du code civil ne s'appliquaient pas* » et ce même si aucune disposition similaire n'existe en droit coutumier. Cf. en ce sens : Cass. civ., 1^{er} décembre 2010, n° 08-20843, Bull. 2010, I, n° 251, *op. cit.*

¹⁰³⁹ Dans cette affaire, un petit chef avait confisqué les clés du logement d'un individu kanak qui refusait de respecter une décision d'expulsion à son encontre en raison de son adhésion à un mouvement sectaire. L'individu ayant saisi le tribunal de Lifou s'est vu restituer les clés sur la base de l'article 10 de la DDHC de 1789 qui indique que nul ne doit être inquiété en raison de ses convictions religieuses. Cf. en ce sens : TPI Sect. Lifou, 16 décembre 1998, *Kokone c/ Siwel Waehnya*, RG n° 122/98.

¹⁰⁴⁰ OTIS GHISLAIN, « Cultures juridiques et gouvernance : cadre conceptuel », *op. cit.*, pp. 22-23.

¹⁰⁴¹ *Ibidem*.

¹⁰⁴² DELMAS-MARTY MIREILLE, *Les forces imaginantes du droit : Le pluralisme ordonné*, Éditions du Seuil, t. II, coll. La couleur des idées, Paris, 2006, p. 102.

*unilatérale d'un système à l'autre*¹⁰⁴³ », entraînant une nouvelle forme de monisme hégémonique.

366 . Sans imposer l'unification, une solution intermédiaire, l'harmonisation, serait envisageable. Sans doute plus aisément acceptable par les États de tradition unitaire, elle a pour objectif de faire coexister différents ordres juridiques en instaurant des principes directeurs communs. Reprenant les propos de Platon, il est possible de faire une analogie avec l'harmonie musicale qui « *à partir d'éléments d'abord contraires, comme le grave et l'aigu, l'art de la musique en les faisant s'accorder ensemble, produit l'harmonie. Car bien sûr, si le grave et l'aigu maintenaient jusqu'à la fin leur différend, il n'y aurait pas d'harmonie du tout*¹⁰⁴⁴ ». L'art du droit pourrait alors permettre, dans l'absolu, de véritablement articuler « *des normativités différenciées d'une manière respectueuse des identités juridiques*¹⁰⁴⁵ », puisqu'elle permettrait le respect de règles communes mais la mise en œuvre de procédés distincts pour leur application. Cette position corrobore les dires de Jean Carbonnier selon lequel le véritable pluralisme trouverait sa juste place lorsque, « *cessant d'opposer les règles entre elles, on oppose, pour une même règle, des manières différentes de l'appliquer*¹⁰⁴⁶ ».

367 . Une telle hypothèse nécessiterait la poursuite de deux objectifs. L'État devrait reconnaître l'existence d'ordres juridiques non étatiques sur son territoire et, par ce biais, accepter de partager son champ juridique avec des systèmes souvent plus légitimes et effectifs que le sien pour les personnes concernées. Dans un second temps, l'objectif d'un pluralisme de coordination emporterait comme corollaire la négociation puis la gestion et la protection par l'État « *d'un noyau dur de règles communes à l'ensemble de la société nationale*¹⁰⁴⁷ ». Cette mise en ordre de la

¹⁰⁴³ *Ibid.*, p. 103.

¹⁰⁴⁴ PLATON, *Le Banquet*, trad. BOUTANG PIERRE, Hermann, Paris, 1972, p. 46, cité par : DELMAS-MARTY MIREILLE, *Les forces imaginantes du droit : Le pluralisme ordonné*, *op. cit.*, p. 70.

¹⁰⁴⁵ OTIS GHISLAIN, « Rencontre des cultures juridiques dans la toundra subarctique : vers une nouvelle gouvernance foncière au Nunatsiavut », *Télescope*, vol. 15, n° 3, automne 2009, *op. cit.*, p. 108.

¹⁰⁴⁶ CARBONNIER JEAN, *Sociologie juridique*, PUF, Paris, 1992, cité par : TERRÉ DOMINIQUE, « Le pluralisme et le droit », dans *Le Pluralisme*, Dalloz, coll. Archives de philosophie du droit, Paris, 2006, p. 81.

¹⁰⁴⁷ LAVOREL SABINE, *Des manifestations du pluralisme juridique en France. L'émergence d'un droit français des minorités nationales*, Thèse de droit public, Université Pierre Mendès France, Grenoble II, 2007, *op. cit.*, p. 578.

pluralité ne pourra émerger qu'à la condition d'une harmonisation consensuelle des cultures juridiques, impliquant une négociation et corrélativement un abandon par l'État d'une vision ethnocentriste poussant à trouver des compromis à travers le prisme du droit étatique occidental. Ainsi, « *une refondation [d'un] destin commun sur des assises plus égalitaires et plus justes*¹⁰⁴⁸ » présupposerait un dialogue des cultures juridiques et une volonté de mettre en relation deux systèmes de droit d'égale valeur dans une relation de réciprocité.

368 . Cette nouvelle doctrine impliquerait ainsi la coexistence de plusieurs ordres juridiques agissant en réseaux. Cette évolution est d'ores et déjà en train de s'effectuer, influençant en cela la pratique juridique. Il devient en effet difficile d'occulter les « *ambivalences d'un système juridique interne qui aménage subrepticement des recompositions afin d'adapter les règles de droit aux situations géographiques, culturelles et communautaires particulières*¹⁰⁴⁹ », témoignant d'un modèle français bien moins rigide que sa tradition juridique ne le laisserait supposer.

¹⁰⁴⁸ OTIS GHISLAIN, « Comparaisons. L'autochtonisme aux États-Unis et au Canada, les défis de la décolonisation du rapport aux peuples premiers », dans FABERON JEAN-YVES, FAYAUD VIVIANE, REGNAULT JEAN-MARC (dir.), *Destin des collectivités politiques d'Océanie : peuples, populations, nations, Etats, territoires, pays, patries, communautés, frontières*, PUAM, t. I, Aix-en-Provence, 2011, *op. cit.*, p. 285.

¹⁰⁴⁹ KOUBI GENEVIEVE, « Droit et minorités dans la République française », dans FENET ALAIN, KOUBI GENEVIEVE, SCHULTE-TENCKHOFF ISABELLE (dir.), *Le droit et les minorités*, Bruylant, 2^{ème} éd., Bruxelles, 2000, p. 354.

CONCLUSION DU TITRE II

369 . L'Accord de Nouméa apparaît comme une étape importante dans le processus de reconnaissance du peuple kanak. Pourtant, les institutions représentatives coutumières ne possèdent pas de réel pouvoir de décision susceptible d'influer sur les décisions du Gouvernement et du Congrès de Nouvelle-Calédonie et les autorités coutumières, si elles mettent en œuvre un droit exo-étatique capable dans les faits d'administrer la coutume, voit leur intention détournée par un droit français qui ne tient pas réellement compte de leurs décisions et nuit à leur potentiel de régulation et de contrôle de la société kanake.

En outre, si un régime dual a été instauré concernant les terres et le statut civil coutumier, l'acculturation reste de mise pour la restitution des terres coutumières et il est constaté une subordination du droit civil coutumier au droit civil de droit commun.

370 . La potentielle évolution des rapports existants entre l'État et le peuple kanak nécessite de se départir de certaines préconceptions, telle que l'essentialisation de la coutume, pour admettre que les autorités kanakes produisent un droit contemporain et évolutif. La reconnaissance par la France de la théorie du pluralisme juridique, accréditant la coexistence sur un même espace de plusieurs ordres juridiques étatiques et non étatiques, serait également une étape cruciale vers l'instauration d'une certaine égalité entre les différents droits présents en Nouvelle-Calédonie.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

371 . L'évolution des revendications kanakes en Nouvelle-Calédonie montre une nouvelle compréhension du phénomène de décolonisation¹⁰⁵⁰, appréhendé non plus en termes d'indépendance¹⁰⁵¹ mais de droits des peuples autochtones¹⁰⁵².

À cet égard, l'Accord de Nouméa ne satisfait pas aux critères d'autodétermination des peuples autochtones développé par le droit international. Une analyse attentive des dispositions relatives aux institutions et autorités coutumières et de leurs interrelations avec les institutions néocalédoniennes et étatique montre le maintien d'une certaine suprématie de l'ordre étatique et la persistance d'une vision unitaire de l'État français maintenant la théorie du monisme juridique.

372 . La coexistence respectueuse et égalitaire entre les deux ordres juridiques semble encore être difficilement accessible. Pour satisfaire à cet idéal, le pluralisme juridique « *qui existe car c'est une donnée de fait*¹⁰⁵³ » devrait être reconnu par l'État français. Cette décision suppose « *un lent désapprentissage des schémas de pensée unitaires et centralistes*¹⁰⁵⁴ » qui s'opposent naturellement à une reconnaissance des ordres juridiques autochtones.

¹⁰⁵⁰ TRÉPIED BENOIT, « Recherche et décolonisation en Nouvelle-Calédonie contemporaine : lectures croisées », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, n° 24, janvier 2011, *op. cit.*, p. 161.

¹⁰⁵¹ Cette conception de la décolonisation est symbolisée par la *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux* du 14 décembre 1960.

¹⁰⁵² En revanche, la nouvelle acception de la décolonisation trouve son origine dans la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* du 13 septembre 2007.

¹⁰⁵³ LAFARGUE REGIS, « La République, la coutume et le droit de l'outre-mer : statuts territoriaux à la carte et kaléidoscope des statuts civils personnels », dans GAGNÉ NATACHA, MARTIN THIBAUT et SALAÛN MARIE (dir.), *Autochtonies. Vues de France et de Québec*, Presses de l'Université Laval, coll. Mondes Autochtones, Québec, 2009, p. 180.

¹⁰⁵⁴ YOUNES CAROLE, « Le pluralisme juridique : penser l'homme pour penser le droit », dans *Les pluralismes juridiques*, Karthala – Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris, coll. Cahiers d'anthropologie du droit, 2004, p. 35.

PARTIE II :

**LES VOIES DE LA
RECONNAISSANCE DES DROITS
DU PEUPLE KANAK COMME CLEF
DE LA DÉCOLONISATION**

373 . L'État français ne reconnaît pas l'existence de peuples autochtones sur son territoire, ce malgré l'influence croissante des normes internationales dans ce domaine et son adhésion à la Déclaration de 2007. Le gouvernement français s'est toujours opposé aux clauses des conventions ou déclarations internationales octroyant des droits spécifiques à certains groupes en raison de leurs appartenances à des minorités ou à des peuples autochtones. Ainsi en est-il de l'article 27 du *Pacte international sur les droits civils et politiques* reconnaissant aux minorités le droit de mener leur propre vie culturelle. La France déclare à ce sujet que, en vertu de l'article 2 de sa Constitution¹⁰⁵⁵, « l'article 27 n'a pas lieu de s'appliquer en ce qui concerne la République ».

Cet exemple est loin d'être isolé tant les réserves de notre pays à ce sujet ont toujours été prégnantes¹⁰⁵⁶. Si la France ratifie le 28 juillet 1971 la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales*¹⁰⁵⁷, et se prête au jeu de la remise de rapports, elle écarte toujours les recommandations du Comité ayant trait aux minorités et aux peuples autochtones. En 2010, le Comité, s'inquiétant de l'absence de reconnaissance de droits collectifs pour les peuples autochtones¹⁰⁵⁸ « surtout au regard du droit de propriété¹⁰⁵⁹ » préconise la prise de mesures législatives « nécessaires en vue de ratifier la Convention n° 169 de l'Organisation internationale du Travail relative aux peuples indigènes et tribaux¹⁰⁶⁰ ». Lors de la restitution du rapport suivant, le gouvernement français a répondu à cette

¹⁰⁵⁵ Aujourd'hui article 1^{er} de la Constitution qui dispose que : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée [...] ».

¹⁰⁵⁶ Réserve faite au sujet de l'article 30 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 44/25, 61^{ème} séance plénière, 20 novembre 1989, *op. cit.* ; Avis négatif du Conseil d'État concernant la Convention cadre de la protection des minorités nationales élaborée par le Conseil de l'Europe. Cf. Avis n° 357 466 du 6 juillet 1995, Assemblée générale du Conseil d'Etat, Section des finances, EDCE, n° 47, *op. cit.*, p. 397.

¹⁰⁵⁷ *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, Résolution 2106 A (XX), adoptée le 21 décembre 1965, entrée en vigueur le 4 janvier 1969, *op. cit.*

¹⁰⁵⁸ Rappelant en cela l'article 5, alinéa d, v) qui précise le « [d]roit de toute personne, aussi bien seule qu'en association, à la propriété ».

¹⁰⁵⁹ COMITE POUR L'ELIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE, *Examen des rapports présentés par les États partis conformément à l'article 9 de la Convention. Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale. France*, 77^{ème} session, 2-27 août 2010, CERD/C/FRA/CO/17-19, *op. cit.*, p. 5.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*, p. 5, recommandation n° 18.

recommandation en rappelant que la Convention n° 169 « *confère à un groupe particulier des droits spécifiques par rapport au reste de la population* ». De ce fait, la France n'est pas en mesure de la ratifier :

« en raison de deux principes fondamentaux, constitutionnellement garantis que sont le principe d'égalité, qui implique la non-discrimination, et les principes d'unité et d'indivisibilité de la Nation, qui portent à la fois sur le territoire et la population¹⁰⁶¹ ».

En outre, le gouvernement rappelle également, à l'instar de ce qu'il avait annoncé lors de la signature de la DDPA en 2007 que, en vertu du principe d'égalité et :

« de celui de l'indivisibilité de la République, la mise en place d'un régime juridique distinct entre les citoyens qui créerait des catégories de population avec des droits différents est prohibée, et des droits collectifs ne peuvent prévaloir sur les droits individuels¹⁰⁶² ».

374 . Il est donc perceptible que le discours juridique français est formaté par les principes issus de la Révolution, considérés comme les piliers du droit public moderne sur lesquels reposent « *l'organisation politique et administrative mais aussi d'une certaine façon la conception française des droits fondamentaux qui réserve une place plus importante à l'égalité qu'à la liberté¹⁰⁶³* ». Ce principe d'égalité, prônant la non-discrimination, est vu comme un élément essentiel de l'héritage républicain¹⁰⁶⁴. Ce constat est d'ailleurs étayé par les décisions du Conseil constitutionnel qui réaffirme la prédominance des principes d'unité et d'égalité des

¹⁰⁶¹ COMITE POUR L'ELIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE, *Rapports présentés par les États parties en application de l'article 9 de la Convention*, Vingtième et vingt et unième rapports périodiques des États parties devant être remis en 2012, France, 23 mai 2013, CERD/C/FRA/20-21, *op. cit.*, p. 12.

¹⁰⁶² *Ibid.*, p. 20.

¹⁰⁶³ BOYER ALAIN, « Les autochtones français, populations, peuples ? Les données constitutionnelles », *Les autochtones de l'Outre-mer français, Droit et Cultures, Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire, l'Harmattan*, n° 37, janvier 1999, *op. cit.*, p. 118.

¹⁰⁶⁴ BELKACEMI NASSIRA, « Les peuples autochtones : populations ou peuples ? », *Les autochtones de l'outre-mer français, Droit et Cultures, Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire, l'Harmattan*, n° 37, janvier 1999, *op. cit.*, p. 39.

citoyens français¹⁰⁶⁵, entretenant ainsi le mythe de l'unicité de l'ordre juridique républicain.

375 . La posture de la France est donc singulière et contradictoire. Au niveau international, elle ratifie des conventions et déclarations susceptibles d'octroyer des droits aux minorités et peuples autochtones mais elle considère que, pour ce qui la concerne, il n'existe aucune de ces deux catégories sur son territoire métropolitain ou ultramarin. Pourtant, l'irréductibilité semblant séparer les principes républicains de la reconnaissance de l'autochtonie peut être relativisée au regard de la pratique juridique française. Des transitions s'opèrent au sein du droit français dévoilant un droit public en mutation (Titre I) susceptible de prendre en considération l'autodétermination interne du peuple kanak. Cette évolution du droit français peut alors autoriser une réflexion pour l'avenir institutionnel néocalédonien et kanak (Titre II).

¹⁰⁶⁵ Décision n° 82-146 DC, 18 novembre 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relatives à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*, J.O., 19 novembre 1982, p. 3475, Rec., p. 66 ; Décision n° 91-290 DC, 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, J.O., 14 mai 1991, p. 6350, Rec., p. 50., *op. cit.*; Décision n° 99-412 DC, 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, J.O., 18 juin 1999, p. 8964, Rec., p. 71.

Titre I :

L'adaptabilité constitutionnelle sous une apparente rigidité

376 . Ainsi que l'explique Norbert Élias,

« [l]a difficulté est tout simplement que dans la plupart des cas la compréhension intellectuelle qui permet de se rendre compte que des formes d'intégration plus étendues seraient adaptées à la réalité se heurte à la résistance obstinée de représentations fortement affectives qui font apparaître cette intégration comme un déclin, une perte dont on ne finira jamais de porter le deuil. Et dans les situations de ce type, on ne souhaite même pas que s'achève le deuil. Le problème central réside, comme on peut le constater, dans le caractère spécifique du passage d'un niveau d'intégration à l'autre¹⁰⁶⁶ ».

¹⁰⁶⁶ ELIAS NORBERT, « Les transformations de l'équilibre Nous-Je », dans *La société des individus*, Fayard, Paris, 1991, p. 292.

Si les manuels persistent encore à offrir une vision figée du droit constitutionnel¹⁰⁶⁷, une certaine partie de la doctrine juridique, plus critique, perçoit d'ores et déjà les évolutions et l'adaptabilité des principes républicains aux forces, aussi bien externes qu'internes, s'exerçant aujourd'hui sur eux (Chapitre I).

377 . Aujourd'hui, il semblerait nécessaire de se détacher d'une vision étroite des principes constitutionnels car c'est au nom de ces principes, notamment celui d'égalité que la France peine à prendre en compte les peuples autochtones¹⁰⁶⁸. Or, ces principes peuvent et doivent appréhender l'existence d'ordres juridiques extra-étatiques afin de permettre l'expression d'une véritable démocratie (Chapitre II).

¹⁰⁶⁷ TORCOL SYLVIE, « La théorie constitutionnelle face aux mutations contemporaines du droit public – ce qu' (e n)'en disent (pas ?) les manuels en général et la doctrine en particulier », dans *VIIème Congrès français de droit constitutionnel, Atelier n° 2*, MAVRIAS KOSTAS, MÉLIN-SOUCRAMANIEN FERDINAND (dir.), AFDC, Paris, 2008, p. 6.

¹⁰⁶⁸ COMITE POUR L'ELIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE, *Observations finales concernant le vingtième et vingt-et-unième rapports périodiques de la France*, 10 juin 2015, CERD/C/FRA/CO/20-21, *op. cit.*, para. 11.

CHAPITRE I :

LA FLEXIBILITÉ DES PRINCIPES

CONSTITUTIONNELS

378 . Le droit de l'État-nation qu'est la France est encore profondément imprégné d'une conception unitaire par laquelle l'unité du peuple français et l'égalité des citoyens forment le fondement d'un régime univoque des personnes¹⁰⁶⁹. Si elle a pour avantage non négligeable de comprendre les prémisses de la construction de notre République, la théorie constitutionnelle ne doit pas pour autant être sacralisée et réifiée sous peine de perdre de vue la réalité de notre société contemporaine. Comme le précise Jean-Marie Denquin, « *la Constitution est œuvre humaine. Une rhétorique qui prétend l'élever au rang de texte sacré ne peut qu'obscurcir le phénomène qu'elle est censé décrire*¹⁰⁷⁰ ».

379 . Ainsi en est-il du principe d'indivisibilité, consacré à l'article premier de la Constitution, notion plurielle qui concerne le territoire mais également la souveraineté et le peuple qui sont, par ailleurs, les trois éléments constitutifs de l'État¹⁰⁷¹. Or, il peut être constaté qu'aussi bien au niveau externe (Section I), qu'interne (Section II), l'indivisibilité, dans toutes ses dimensions, subit des revers

¹⁰⁶⁹ Sensiblement, cela signifie qu'il existerait un seul droit pour un seul peuple, ce droit étant issu d'une unique source normative, le Parlement.

¹⁰⁷⁰ DENQUIN JEAN-MARIE, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus politicum*, 2008, En ligne : <<http://juspoliticum.com/article/Situation-presente-du-constitutionnalisme-Quelques-reflexions-sur-l-idee-de-democratie-par-le-droit-25.html>>, p. 7.

¹⁰⁷¹ FAVOREU LOUIS, GAÏA PATRICK, GHEVONTIAN RICHARD, MESTRE JEAN-LOUIS, PFERSMANN OTTO, ROUX ANDRE et SCOFFONI GUY, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 18^{ème} éd., coll. Précis Dalloz Droit public / Science politique, Paris, 2015, p. 2.

importants démontrant le décalage existant « *entre les principes abstraits et les réalités pratiques*¹⁰⁷² ».

¹⁰⁷² CNCDH, *Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : La situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des amérindiens de Guyane*, J.O.R.F., n° 0061, 12 mars 2017, texte n° 33, *op. cit.*, p. 26.

SECTION I | L'AMOINDRISSEMENT DE LA SOVERAINETÉ ÉTATIQUE EXTERNE

380 . La conception classique de la souveraineté étatique, « *une, indivisible et inaliénable*¹⁰⁷³ » va peu à peu se trouver affectée par les évolutions du droit constitutionnel en raison de l'ouverture de la Constitution au droit international et européen. Si le droit international ne remet en cause que la conception absolue de la souveraineté en raison de l'articulation de ce dernier autour de la notion d'indépendance et de souveraineté des États (A), le droit de l'Union européenne semble en revanche beaucoup plus révélateur de l'affaiblissement de la souveraineté externe de la France (B).

§ 1 | LE DROIT INTERNATIONAL OU LA REMISE EN CAUSE DE LA CONCEPTION ABSOLUE DE LA SOVERAINETÉ ÉTATIQUE

381 . Dans sa conception la plus radicale, la souveraineté « *suppose que seules les règles déterminées à titre exclusif par l'État puissent recevoir une application*¹⁰⁷⁴ ». Le fondement de cette souveraineté est le texte constitutionnel qui traduit la volonté de la Nation. Il ne s'agit pas ici de traiter de l'article 55 de la Constitution¹⁰⁷⁵ et de la place du droit international dans la hiérarchie des normes, cette question étant traditionnellement tranchée en faveur d'une supériorité des normes internationales sur les normes infra-constitutionnelles. En revanche, l'arrêt

¹⁰⁷³ PINON STEPHANE, « Le "nouveau droit constitutionnel" à travers les âges », dans *VIIème Congrès français de droit constitutionnel*, MAVRIAS KOSTAS, MÉLIN-SOUCRAMANIEN FERDINAND (dir.), AFDC, Paris, 2008, p. 9.

¹⁰⁷⁴ MORTIER PAULINE, *Les métamorphoses de la souveraineté*, Thèse de droit public, Université d'Angers, 2011, *op. cit.*, p. 199.

¹⁰⁷⁵ CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958, J.O.R.F., 5 octobre 1958, p. 9151, *op. cit.*, art. 55 : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

Sarran¹⁰⁷⁶ rendu en 1998 affirme que « [...] la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle ». Cette disposition, reprise par les manuels de droit international public, semble présupposer que les États restent « souverains, c'est-à-dire qu'ils n'ont pas en droit de supérieur¹⁰⁷⁷ ». Il est vrai que, dans un premier temps, les normes internationales étaient principalement le fait de relations interétatiques, et les accords conclus ne possédaient de valeur contraignante qu'autant que les États décidaient de les appliquer. En outre, le principe de la souveraineté des États présentait ces derniers comme seuls créateurs des normes internationales, fondées de ce fait sur leurs intérêts propres.

382 . Cette vision pourrait annihiler toute velléité de questionnement sur la remise en cause de la souveraineté étatique par le droit international. Une réflexion à ce sujet ne semble pas, cependant, inopportune. En effet, il est constaté une extension du champ d'application du droit international qui ne se limite plus aux seules relations interétatiques et embrasse l'ensemble des sujets de droit¹⁰⁷⁸. Selon le professeur Karim Benyekhlef, cette évolution laisse :

« une place croissante à un droit matériel de plus en plus explicite ayant pour objet, au-delà des États, les individus et touchant des secteurs comme la santé, l'environnement, le développement durable, l'économie ou la criminalité internationale. [...] Il abandonne une vision purement égoïste des intérêts étatiques pour se saisir de nouvelles finalités, ce qui ne peut manquer de changer la portée du droit international public¹⁰⁷⁹ ».

¹⁰⁷⁶ CE Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, n° 200286-200287, AJDA, 1998, p. 1039, Rec. Lebon, p. 368 ; Cf. également, Cass., Ass. Plén., 2 juin 2000, *Fraisse*, n° 99-60274, Bulletin Ass. Plén., n° 4, p. 7.

¹⁰⁷⁷ COMBACAU JEAN et SUR SERGE, *Droit international public*, Montchrestien, coll. Domat droit public, Paris, 1995, p. 23.

¹⁰⁷⁸ BAL LIDER, *Le mythe de la Souveraineté en Droit International. La souveraineté des États à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international*, Thèse de droit international, Université de Strasbourg, 2012, pp. 524-525.

¹⁰⁷⁹ BENYEKHELF KARIM, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Les Éditions Thémis, Montréal, 2008, p. 569.

383 . Ce développement est visible notamment dans le domaine des droits de l'Homme¹⁰⁸⁰ qui s'affirment désormais comme des droits « *à vocation universelle, indépendants de tout ordre juridique déterminé et les concernant tous de façon égale*¹⁰⁸¹ ». Selon Jürgen Habermas, les droits de l'Homme :

« *ont par nature un caractère juridique. Ce qui leur confère une appartenance de droits moraux n'est pas leur contenu, ni, à plus forte raison, leur structure, mais le sens de leur validité, qui dépasse l'ordre juridique des États-nations*¹⁰⁸² ».

À ce titre, le droit des gens, concernant uniquement les sujets individuels, par delà leur appartenance à un pays spécifique, mettrait « *les frontières et la souveraineté des État entre parenthèses*¹⁰⁸³ ».

384 . Une atténuation peut être concédée par le biais de la possibilité qu'ont les États d'émettre des réserves concernant certains articles des Traités qu'ils entendent ratifier¹⁰⁸⁴ et par le fait que les déclarations n'emportent pas force contraignante pour les États¹⁰⁸⁵. Cependant, si la souveraineté étatique reste le principe fondateur du droit international, entraînant l'inopposabilité de sources du droit sans l'adhésion des États, certains auteurs n'ôtent pas pour autant toute valeur normative à ces documents. Le support formel des déclarations semble inciter à un engagement des États par le biais de l'*instrumentum*¹⁰⁸⁶. Conformément au droit régissant les relations internationales, l'engagement d'un État par son vote positif doit toujours être fondé sur la bonne foi, cet engagement devant être assorti d'actes

¹⁰⁸⁰ Selon Mireille Delmas-Marty, cette extension du droit international est particulièrement visible dans deux domaines principaux que sont les droits de l'Homme et le domaine économique. Cf. en ce sens : DELMAS-MARTY MIREILLE, *Trois défis pour un droit mondial*, Éditions du Seuil, coll. Seuil essais, Paris, 1998, p. 138.

¹⁰⁸¹ SUR SERGE, « Vers une Cour pénale internationale : la Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de sécurité », *RGDIP*, n° 1, 1999, p. 34.

¹⁰⁸² HABERMAS JÜRGEN, *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, Éditions du Cerf, coll. Humanités, Paris, 2005, p. 86.

¹⁰⁸³ MELKEVIK BJARNE, « Le droit cosmopolitique : la reformulation habermasienne », 1998, En ligne : <<http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/mel2.htm>>.

¹⁰⁸⁴ Voir en ce sens la réserve de la France concernant l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté le 16 décembre 1966.

¹⁰⁸⁵ Voir en ce sens notamment la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*.

prouvant son effectivité¹⁰⁸⁷. À cet effet, et en s'appuyant volontairement sur l'exemple de la DDPA, il est constaté que des mécanismes ont été mis en œuvre dans le cadre onusien afin d'accompagner les États, notamment par le truchement de l'article 42¹⁰⁸⁸. Ainsi, l'*Instance permanente sur les questions autochtones* ou encore le Rapporteur spécial sont chargés de la mise en œuvre de la Déclaration¹⁰⁸⁹ en nouant respectivement des relations avec les États pour déterminer les mesures à prendre concernant leurs peuples autochtones et en exerçant une certaine pression à travers des rapports publics.

385 . Le Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, James Anaya, s'est ainsi rendu en Nouvelle-Calédonie du 6 au 13 février 2011 puis à Paris du 22 au 24 juillet de la même année. Tout en notant les progrès réalisés grâce à la mise en place de l'Accord de Nouméa, il a également établi un certain nombre de recommandations pour que des dispositions de la Déclaration trouvent un écho plus conséquent en Nouvelle-Calédonie. Le gouvernement français est également contraint de démontrer les mesures mises en place pour atteindre les objectifs fixés par la Déclaration. Cette obligation limite « *la marge discrétionnaire* » de l'État et favorise « *l'émulation entre les États qui en règle générale préfèrent éviter la publicité sur leur manquement au droit international*¹⁰⁹⁰ ».

386 . De même, et au-delà de l'*instrumentum*, l'engagement des États relève également du *negotium*, soit le contenu de la Déclaration. Bien que cette dernière ne dispose pas d'un caractère contraignant, le fait qu'elle dépasse la simple déclaration

¹⁰⁸⁶ MARLIN BORIS, « L'engagement des États à travers la résolution 61/295 portant Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones », *Revue québécoise de droit international*, vol. 21, janvier 2008, *op. cit.*, p. 217.

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*, p. 218.

¹⁰⁸⁸ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Résolution 61/295 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, A/RES/61/295, 107^{ème} séance plénière, 13 septembre 2007, *op. cit.*, art. 42 : « *L'Organisation des Nations Unies, ses organes, en particulier l'Instance permanente sur les questions autochtones, les institutions spécialisées, notamment au niveau des pays, et les États favorisent le respect et la pleine application des dispositions de la présente Déclaration et veillent à en assurer l'efficacité* ».

¹⁰⁸⁹ GESLIN ALBANE, « La protection internationale des peuples autochtones : de la reconnaissance d'une identité transnationale autochtone et l'interculturalité normative », *Annuaire français de droit international*, 2010, *op. cit.*, p. 4.

¹⁰⁹⁰ MARLIN BORIS, « L'engagement des États à travers la résolution 61/295 portant Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones », *op. cit.*, p. 227.

de principe en établissant un certain nombre de droits et d'obligations permet de la situer hors de la qualification de *soft law* et lui offre une certaine intensité normative susceptible de lui octroyer, à terme, une valeur juridique¹⁰⁹¹. L'approche moniste du droit international, confirmé par le principe de la souveraineté étatique, n'interdit pas de reconnaître une juridicité à certains actes si est apportée la preuve de leur *opinio juris*¹⁰⁹². Actuellement, les déclarations explicatives des États accompagnant leurs votes positifs font échec à la présence d'une telle *opinio juris* collective¹⁰⁹³. Toutefois, il reste de l'ordre du possible que cet état de fait évolue et que la pratique finisse par transformer la Déclaration en normes coutumières¹⁰⁹⁴. Elle pourrait, à ce titre, être un puissant catalyseur dans la formation d'un véritable droit autochtone comme le fut la Déclaration relative à l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux dont la résolution a été « *précédée et suivie par une pratique abondante conforme aux règles qu'elle énonce*¹⁰⁹⁵ ». Tout cela reste de l'ordre de la conjecture car les normes internationales posent « *les jalons normatifs d'un processus en cours, dont l'issue ne sera pas perceptible avant longtemps*¹⁰⁹⁶ ». Il est néanmoins possible de constater que l'acception absolue de la souveraineté externe entendue au sens premier de Jean Bodin comme un pouvoir sans limite de l'État¹⁰⁹⁷ est grandement atténuée. Il paraît aujourd'hui difficile de concevoir qu'un État puisse s'affranchir en toute liberté des préceptes internationaux de la décolonisation.

387 . L'espace juridique européen reflète encore davantage cette évolution de l'universalité des droits de la personne¹⁰⁹⁸. En adhérant à la *Convention européenne*

¹⁰⁹¹ SERMET LAURENT, « Juridicité, normativité et pluralisme. De quelques enseignements tirés de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones », dans OTIS GHISLAIN (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, coll. 4 Vents, Paris, 2012, pp. 202-203.

¹⁰⁹² *Ibid.*, pp. 224-225.

¹⁰⁹³ MARLIN BORIS, « L'engagement des États à travers la résolution 61/295 portant Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones », *op. cit.*, p. 239.

¹⁰⁹⁴ NORODOM ANNE-THIDA, « L'Organisation des Nations Unies au service des peuples autochtones : quelle efficacité ? », dans PESSINA DASSONVILLE STEPHANE (dir.), *Le statut des peuples autochtones – A la croisée des savoirs*, Karthala – Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris – UMR de droit comparé, coll. Cahiers d'Anthropologie du droit, Paris, 2012, *op. cit.*, p. 62.

¹⁰⁹⁵ DAILLIER PATRICK, FORTEAU MATHIAS, PELLET ALAIN et NGUYEN QUOC-DINH, *Droit international public*, L.G.D.J., Lextenso, 8^{ème} éd., Paris, 2009, *op. cit.*, p. 357.

¹⁰⁹⁶ ROULAND NORBERT, PIERRÉ-CAPS STEPHANE et POUMARÈDE JACQUES, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, PUF, coll. Droit politique et théorique, Paris, 1996, *op. cit.*, p. 427.

¹⁰⁹⁷ MORTIER PAULINE, *Les métamorphoses de la souveraineté*, Thèse de droit public, Université d'Angers, 2011, *op. cit.*, p. 193.

¹⁰⁹⁸ DELMAS-MARTY MIREILLE, « Les processus de mondialisation du droit », dans MORAND CHARLES-ALBERT (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 66.

*des droits de l'Homme*¹⁰⁹⁹, qui « *internalise des principes hérités du droit des gens*¹¹⁰⁰ », la France s'est engagée à respecter l'ensemble des principes contenus dans cette dernière. Corrélativement, l'État se soumet à la compétence de la Cour européenne des droits de l'Homme dont l'objectif affiché est d'assurer la protection des droits fondamentaux, « *au-delà de ce qui est prévu par les droits nationaux*¹¹⁰¹ ». Néanmoins, les droits de l'Homme n'apparaissent pas comme le seul élément pertinent sur le terrain de la remise en cause de la souveraineté étatique où le droit de l'Union européenne est également d'importance.

§ 2 | LA SOUVERAINETÉ ÉTATIQUE À L'ÉPREUVE DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

388 . La souveraineté de l'État ne s'exerce plus de manière aussi complète que par le passé. Si au début du siècle dernier, le fait pour un État de limiter sa souveraineté n'impliquait pas de réelles conséquences¹¹⁰², il apparaît difficile aujourd'hui de penser que la ratification des traités européens et les modifications de la Constitution qui en découlent n'entraînent pas une perte de souveraineté (A). Corrélativement, le droit dérivé de l'union engendre également la mise en place en droit interne de législations auxquelles la France n'a pas toujours réellement consenties (B). Enfin, l'apparition des juridictions européennes implique que les juges étatiques ne sont plus les seuls à rendre la justice, réduisant en cela une autre des attributions souveraines symboliques de l'État (C).

¹⁰⁹⁹ Signée le 4 novembre 1950, la Convention a été ratifiée dans son intégralité par la France le 2 octobre 1981.

¹¹⁰⁰ FERRY JEAN-MARC, *Europe, la voie kantienne: essai sur l'identité postnationale*, Les Éditions du Cerf, coll. Humanités, Paris, 2006, p. 117.

¹¹⁰¹ MORTIER PAULINE, *Les métamorphoses de la souveraineté*, op. cit., p. 214.

¹¹⁰² La Cour Pénale Internationale de Justice « *se refuse à voir dans la conclusion d'un traité quelconque un abandon de souveraineté* ». Cf. en ce sens : CPJI, 17 août 1923, *Affaire du vapeur « Wimbledon »*, Série A, n° 1.

A | *L'obligation de conformité ou la supériorité latente du droit de l'Union*

389 . Au milieu des années 1970, la jurisprudence du Conseil constitutionnel tente de préserver l'apparente indivisibilité de la souveraineté étatique en distinguant transfert et limitations de souveraineté¹¹⁰³, seules les secondes étant autorisées. L'ambiguïté de cette formule est prégnante¹¹⁰⁴ tant il est vrai qu'il est difficile de concevoir une limitation de souveraineté sans transfert effectif de pouvoirs. Conscient de cette ambivalence et face à une intégration communautaire politiquement nécessaire, le Conseil constitutionnel est revenu sur cette décision en assouplissant son approche. À cet égard, le traité de Maastricht de 1992 « *a constitué un véritable point d'inflexion : désormais le dialogue entre l'évolution des traités européens et les constitutions est ouvert*¹¹⁰⁵ ». La Haute Instance admet la possibilité des transferts de compétences si ces derniers ne portent pas atteinte « *aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale*¹¹⁰⁶ ». Le cas échéant, une révision de la Constitution devra avoir lieu pour autoriser la ratification du traité en cause. Ce revirement entraîne deux constatations sur le principe de souveraineté. D'une part, et ainsi que le remarque Félicien Lemaire, le fait d'évoquer la présence de conditions essentielles à l'exercice de la souveraineté implique simultanément la présence de compétences secondaires, mettant dès lors fin à « *la conception rigoureusement indivisible de la souveraineté*¹¹⁰⁷ » chère à l'État jacobin. D'autre part, « *ce noyau dur de souveraineté*¹¹⁰⁸ » résiduel, encadré par la jurisprudence constitutionnelle, reste

¹¹⁰³ Décision n° 76-71 DC, 30 décembre 1976, *Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*, J.O., 31 décembre 1976, p. 7651, Rec. p. 15, cons. 2 et 5.

¹¹⁰⁴ LUCHAIRE FRANÇOIS, « Le Conseil constitutionnel et la souveraineté nationale », *RDP*, n° 6, 1991, p. 1504.

¹¹⁰⁵ MAUS DIDIER, « L'influence du droit international contemporain sur l'exercice du pouvoir constituant », dans *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Economica, Paris, 2001, p. 90.

¹¹⁰⁶ Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, J.O., 11 avril 1992, p. 5354, Rec., p. 55.

¹¹⁰⁷ LEMAIRE FELICIEN, *Le principe d'indivisibilité de la République. Mythe et réalité*, PUR, coll. L'Univers des Normes, Rennes, 2010, p. 168.

¹¹⁰⁸ MORTIER PAULINE, *Les métamorphoses de la souveraineté*, op. cit., p. 201.

volontairement imprécis, ce qui, à terme, pourrait mener à des limitations accrues de souveraineté¹¹⁰⁹.

390 . En tout état de cause, le traité de Maastricht a été considéré comme affectant la souveraineté intrinsèque de l'État et a nécessité une révision constitutionnelle, induisant l'idée que même les compétences essentielles peuvent être dévolues à partir de l'instant où cela relève du choix du constituant. Les articles 88-1, 88-2, 88-3 et 88-4 ont permis de fournir, entre autres, les bases constitutionnelles pour l'union économique et monétaire, une politique commune en matière de visas ou encore un droit de vote des citoyens européens aux élections. Le Traité d'Amsterdam a également engendré une révision de la Constitution. Félicien Lemaire explique :

« que pour rendre compatible droit communautaire et droit constitutionnel, le juge constitutionnel censure les clauses portant atteintes aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté et rappelle la nécessité qu'il y a de procéder à une révision de la Constitution ne change pas grand-chose, dès lors que les révisions autorisent effectivement les nouveaux transferts de compétences au profit de l'Union européenne, en allégeant toujours plus le contenu des compétences nationales¹¹¹⁰ ».

Le constituant fait toujours le choix de modifier le texte constitutionnel en cas de contradiction. En somme, la révision de la Constitution est une étape ultérieure et supplémentaire à la ratification des traités mais aboutit au même résultat, celui de réduire la souveraineté étatique. À ce titre, la prétendue supériorité de la Constitution sur les normes européennes se trouve réellement amoindrie tant il est vrai que le choix de la modification semble aujourd'hui être le seul envisagé. À l'inverse, une véritable protection de la souveraineté étatique impliquerait un refus de ratifier les

¹¹⁰⁹ Il est à noter toutefois que dans une décision du 22 mai 1985, le juge constitutionnel avait évoqué trois domaines de compétences qui entraient dans les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté soit « le devoir pour l'État d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la nation et la garantie des droits et de la liberté des citoyens ». Cf. en ce sens : Décision n° 85-188 DC, 22 mai 1985, relative au protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort, J.O., 23 mai 1985, p. 5795, Rec., p. 15.

¹¹¹⁰ LEMAIRE FELICIEN, *Le principe d'indivisibilité de la République. Mythe et réalité*, op. cit., p. 172.

dispositions des traités contraires à la Constitution. Cependant, le juge peut malaisément s'opposer de son propre chef à un processus d'intégration soutenu par les dirigeants politiques¹¹¹¹.

391 . Une dernière constatation peut être faite sur la fragilité de la protection de la souveraineté étatique. La particularité du contrôle de constitutionnalité implique que le juge n'est pas obligatoirement saisi sur la question de la conformité des traités à la Constitution. De ce fait, les risques de contradiction entre le droit de l'union et la Constitution ne peuvent être radicalement écartés¹¹¹². Les dispositions du traité trouveraient donc application en droit français alors même qu'elles seraient potentiellement contraires à la norme suprême. Le droit dérivé de l'union s'avère également un sujet sensible lorsqu'il s'agit de le confronter à l'existence de la souveraineté étatique.

B | les implications du droit dérivé de l'union sur la souveraineté étatique

392 . L'atteinte à la souveraineté étatique se trouve accentuée par le droit dérivé de l'union, dont l'adoption s'écarte de la règle d'unanimité traditionnellement utilisée dans les organisations internationales pour satisfaire le principe de la souveraineté politique qui suppose qu'à chaque État corresponde une voix. Or, dans le cadre européen, la mise en œuvre d'une prise de décision à la majorité simple ou qualifiée s'est progressivement développée.

¹¹¹¹ *Ibid.*, p. 169.

¹¹¹² Les contrôles sur l'acte unique européen ainsi que sur le Traité de Nice n'ont pas été réalisés en raison de l'absence de saisine du Conseil constitutionnel. L'article 54 de la Constitution du 4 octobre 1958 n'impose pas une obligation de saisine puisqu'il dispose que « [s]i le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution ».

Dans un premier temps, la règle de l'unanimité prédominait largement et particulièrement dans les domaines sensibles tels que la concurrence¹¹¹³, la politique économique et monétaire¹¹¹⁴, la libre circulation¹¹¹⁵, ou encore la coopération renforcée¹¹¹⁶. Ce principe a toutefois été remis en cause par le Traité de Lisbonne qui, sans renoncer entièrement à l'unanimité, privilégie le recours à la majorité qualifiée dans les domaines clefs cités précédemment. Cela implique que les États peuvent se voir imposer en droit interne des règles qui n'ont pas nécessairement reçu leur consentement.

393 . Selon la Cour de Justice de l'Union européenne, ce droit dérivé bénéficie d'une primauté en droit interne car « *le droit du traité ne peut [...], en raison de sa nature spécifique et originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mis en cause la base juridique de la communauté elle-même*¹¹¹⁷ ». Cette primauté s'applique y compris face à la norme suprême¹¹¹⁸. Cette interprétation suppose un abandon certain de la souveraineté étatique puisque, contraints d'intégrer des normes auxquelles ils n'ont pas consenties lors du vote, les États devront également appliquer des législations contraires à leur Constitution.

394 . Pour contrer cette situation, les juges de la rue Montpensier ont, dans une décision du 10 juin 2004, aménagé un contrôle partiel des lois de transposition des directives. Un contrôle peut ainsi être mis en place si le législateur outrepassé les dispositions de la directive et si ces dernières s'avèrent porter atteinte à une règle ou un principe inhérents à l'identité constitutionnelle de la France. Cette jurisprudence qui tente de concilier prévalence du droit de l'Union européenne – en limitant les contrôles – et protection de la Constitution, a été confirmée par une décision du

¹¹¹³ *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)*, J.O., n° C 326, 26/10/2012, p. 0001-0390, art. 108.

¹¹¹⁴ *Ibid.*, art. 122, 126, 127 et 129.

¹¹¹⁵ *Ibid.*, art. 48 et 64.

¹¹¹⁶ *Ibid.* art., 326 à 334.

¹¹¹⁷ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, Rec., p. 1141.

¹¹¹⁸ Principe énoncé clairement dans l'arrêt CJCE, 7 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, Rec., p. 1125, réitéré dans l'arrêt CJCE, 11 janvier 2000, *Tanja Kreil*, aff. 285/98, Rec., p. 69.

27 juillet 2006¹¹¹⁹. Cette dernière précise que le droit de l'Union doit s'incliner face à une disposition de droit constitutionnel contraire et justifie cette primauté par la nécessité de protéger l'identité constitutionnelle de la France.

395 . Cette décision semble mener à un renforcement de la souveraineté française. Il faut pourtant nuancer cette impression car ce contrôle ne peut être exercé que sur les textes dont le Conseil constitutionnel est expressément saisi, ce qui limite indéniablement la marge de manœuvre de ce dernier¹¹²⁰. De plus, à la différence des directives, les règlements européens sont immédiatement applicables en droit interne, sans intervention du Parlement, et ne subissent donc aucun contrôle de constitutionnalité.

En outre, en dehors des dispositions précitées, le Conseil constitutionnel s'estime incompétent pour contrôler « *la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international*¹¹²¹ ». Les juridictions ordinaires doivent dès lors contrôler des lois prises au regard du droit européen. Contraintes de vérifier la constitutionnalité de ces dernières, elles se trouvent face à la notion de « *protection de l'identité constitutionnelle de la France* » dégagée par la Haute Instance. Or, ainsi que l'explique Félicien Lemaire, « *à suivre la rhétorique du Conseil constitutionnel, il y aurait [...] une partie purement française de la Constitution et une partie constitutionnelle européenne. [...] Cette dualité difficile à expliquer en droit strict, ne peut que poser des problèmes d'interprétation et de mise en œuvre*¹¹²² ». Le Conseil d'État a montré sa confusion dans l'arrêt *Soc. Arcelor et Atlantique* du 8 février 2007 où il a préféré renoncer à contrôler la constitutionnalité d'un décret pris en application d'une directive européenne en matière d'environnement. À ce titre, il a sursis à statuer et a envoyé une question préjudicielle à la CJCE. Or, la position de la juridiction européenne sur la primauté du droit européen étant clairement affichée, ce

¹¹¹⁹ Décision n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, J.O., 3 août 2006, p. 11541, texte n° 2, Rec., p. 88.

¹¹²⁰ MORTIER PAULINE, *Les métamorphoses de la souveraineté*, op. cit., p. 211.

¹¹²¹ Décision n° 74-54 DC, 15 Janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, J.O., 16 janvier 1975, p. 671, Rec., p. 19.

¹¹²² LEMAIRE FELICIEN, *Le principe d'indivisibilité de la République. Mythe et réalité*, op. cit., p. 171.

dernier risque à terme de bénéficier d'une véritable « *immunité constitutionnelle*¹¹²³ », ce d'autant plus que l'influence des juges européens ne cessent de s'accroître.

C | La dialectique juridictionnelle : la suprématie des juges européens

396 . Le mécanisme de renvoi préjudiciel consiste, pour les juges nationaux, à saisir la Cour dès lors qu'un doute raisonnable apparaît sur l'interprétation du droit européen. Cette procédure, en constant développement, autorise la CJUE à imposer son interprétation du droit européen et permet, par la même, d'uniformiser l'application des normes européennes sur l'ensemble du territoire de l'Union. L'interprétation souvent extensive du droit européen faite par la CJUE est rendue possible par le caractère relativement imprécis des Traités et par le fait qu'en tant que juridiction suprême statuant en dernier ressort, aucune de ses décisions ne puissent être remise en cause. Son pouvoir est d'autant plus prégnant qu'elle peut, en vertu de l'article 241 TFUE, exercer des actions en manquement assortis de sanctions financières afin d'obliger un État à appliquer le droit européen¹¹²⁴. Son pouvoir de contrôle est également accru car les particuliers peuvent saisir la Cour s'il s'avère qu'ils subissent un préjudice en raison de la violation du droit européen par un État membre.

Soumis à des procédures judiciaires dont ils n'ont pas la maîtrise et dont les conséquences financières sont considérables, les États se voient contraints de régulariser leurs situations et d'appliquer des législations qu'ils n'avaient peut-être pas envisagées.

397 . La Cour EDH possède également une influence non négligeable sur le droit interne des États membres. Protégeant les droits de l'Homme au-delà de la

¹¹²³ « Conclusions », *RFDA*, 2007, p. 384.

¹¹²⁴ CJCE, 4 juillet 2000, *Commission c/ Grèce*, Aff. C 387/97, Rec., p. 5047. La Cour condamne pour la première fois un pays à payer une astreinte de 20 000 euros par jour s'il ne met pas en place une directive communautaire portant sur la gestion des déchets.

DDHC¹¹²⁵ de 1789, la Cour internationalise les droits fondamentaux des citoyens européens. Son intervention, au départ limitée, s'est accrue au fil du temps¹¹²⁶. Agissant à l'initiative des personnes privées, après épuisement des voies de recours internes, la Cour met en place un véritable contrôle supranational. Au même titre que la CJUE, ses condamnations s'accompagnent de sanctions financières lourdes, qui orientent indéniablement la pratique étatique.

La Cour EDH n'hésite également pas à contrôler les jurisprudences constitutionnelles et, conséquemment, les Constitutions nationales. La première décision en ce sens date de 1993. Par celle-ci, la Cour condamne l'État espagnol en sanctionnant, au regard de l'article 6-1 de la CEDH, le caractère inéquitable des procédures suivies devant le Tribunal constitutionnel espagnol et pourtant prévues par la norme suprême du pays¹¹²⁷.

398 . La Cour EDH n'hésite pas à remettre en cause, si nécessaire, les Constitutions nationales, et se garde la possibilité de :

« trouver [...] des indications relatives aux droits qu'il leur incombe de protéger dans d'autres sources du droit positif que la Convention européenne des droits de l'homme, telles que, par exemple, les "lois" et "conventions" auxquelles se réfère l'article 60¹¹²⁸ »¹¹²⁹.

Il n'est donc pas inenvisageable de penser qu'à terme la Cour prenne en considération les droits des peuples autochtones. Si cela n'est pas encore le cas, en raison notamment de l'irrecevabilité des demandes et de l'absence d'une argumentation fondée clairement sur le droit autochtones extra-étatique, l'ouverture d'esprit dont a déjà fait montre la CEDH en citant le droit international, et particulièrement le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies, laisse présager une possible prise en

¹¹²⁵ *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, 1789.

¹¹²⁶ En 1986, un seul arrêt concerne la France contre 94 en 2003, 96 en 2006 et 27 en 2015.

¹¹²⁷ CEDH, 26 juin 1993, *Ruiz Matéos*, 12952/87, série A, n° 262.

¹¹²⁸ CEDH, 18 décembre 1996, *Loizidou c/ Turquie*, 15318/89, para. 43.

¹¹²⁹ *Convention européenne des droits de l'homme*, nouvel article 53 (ancien article 60) : « Aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie ».

considération des droits autochtones¹¹³⁰. La Cour sera d'autant plus encouragée à le faire que d'une part, les États membres ont ratifié les traités européens et par conséquent l'article 53 de la CEDH, et que d'autre part, les États ont adopté la Déclaration de l'ONU sur les droits des peuples autochtones.

399 . Au début du siècle dernier, Raymond Carré de Malberg affirmait que la souveraineté de l'État « *est entière ou [...] cesse de se concevoir*¹¹³¹ ». Le développement des normes internationales et européennes montre que cette affirmation peut-être relativisée. D'autres concepts tels que l'unité de la nation ou l'égalité des citoyens subissent encore cet idéalisme constitutionnel issu du siècle des Lumières¹¹³². Or, au niveau interne, les trois éléments constitutifs de l'État que sont le territoire, le peuple et la souveraineté font, sans conteste, l'objet de multiples aménagements.

¹¹³⁰ OTIS GHISLAIN et LAURENT AURELIE, « Un exemple de dialogue transjudiciaire dans les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme : la question foncière autochtone », *Chroniques de la gouvernance*, 2012, pp. 270-271.

¹¹³¹ CARRÉ DE MALBERG RAYMOND, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Dalloz, T. I, Réed., Paris, 2004, p. 139.

¹¹³² TORCOL SYLVIE, « La théorie constitutionnelle face aux mutations contemporaines du droit public – ce qu' (e n)'en disent (pas ?) les manuels en général et la doctrine en particulier », dans *VIIème Congrès français de droit constitutionnel, Atelier n° 2*, MAVRIAS KOSTAS, MÉLIN-SOUCRAMANIEN FERDINAND (dir.), AFDC, Paris, 2008, *op. cit.*, p. 11.

SECTION II | LA REMISE EN CAUSE DE L'UNITÉ ET DE L'INDIVISIBILITÉ EN DROIT INTERNE

400 . Les principes d'unité et d'indivisibilité sont apparus concomitamment lors de la Révolution française¹¹³³. Intrinsèquement liées, ces notions n'ont cessé, jusqu'en 1958, d'être présentes dans tous les textes fondateurs¹¹³⁴. Le constituant de la V^{ème} République ne se réfère plus au caractère unitaire de la République et les avis sur ce choix partagent la doctrine. Ainsi selon Michel-Henry Fabre, et notamment face aux conséquences de la colonisation, il serait vain de forcer la réalité des choses en affirmant ce principe dans le droit positif¹¹³⁵. En revanche, pour Roland Debbasch,

« l'indivisibilité est l'essence même de l'unité, le signe de son effectivité et de sa durée. Le caractère indivisible de la République est la garantie du maintien et de la permanence de son unité, la projection de cette dernière dans l'avenir »¹¹³⁶.

En d'autres termes, *« l'unité serait la finalité et l'indivisibilité le moyen de l'atteindre »¹¹³⁷* et la défection de l'une de ces notions dans le texte constitutionnel n'entraînerait nullement son ineffectivité. Pourtant, une observation de la pratique juridique laisse percevoir le déclin du principe d'indivisibilité, bien au delà du cas particulier de la Nouvelle-Calédonie étudiée précédemment (§1) et, par là même, les deux principes étant liés selon Roland Debbasch, celui de l'unité (§2).

¹¹³³ CONSTITUTION DU 3 SEPTEMBRE 1791, titre II, art. 1.

¹¹³⁴ Cf. notamment : CONSTITUTION DU 27 OCTOBRE 1946, *op. cit.*, art. 85 : « La République française, une et indivisible, reconnaît l'existence des collectivités territoriales ».

¹¹³⁵ FABRE MICHEL-HENRY, « L'unité et l'indivisibilité de la République. Réalité ? Fiction ? », *RDP*, 1982, p. 603.

¹¹³⁶ DEBBASCH ROLAND, « L'indivisibilité de la République », dans MATHIEU BERTRAND, VERPEAUX MICHEL (dir.), *La République en droit français*, PUAM / Economica, coll. Droit Public, Aix-en-Provence, 1996, p. 75.

¹¹³⁷ GRÜNDLER TATIANA, « La République française, une et indivisible ? », *RDP*, n° 2, 2007, *op. cit.*, p. 445.

§ 1 | LES ENTORSES À L'INDIVISIBILITÉ TERRITORIALE : UN DISPOSITIF EFFICACE DE RÉOLUTION DES CONFLITS

401 . La jurisprudence du Conseil constitutionnel admet aujourd'hui que le principe de l'indivisibilité ne s'oppose pas à certaines dérogations aussi bien dans sa dimension matérielle¹¹³⁸ (A) que juridique¹¹³⁹. En effet, des aménagements législatifs et réglementaires ont permis la mise en œuvre de « *pratiques souples et originales [...] qui contrebalancent la rigidité de l'appareil juridique français structuré par les principes d'indivisibilité et d'égalité*¹¹⁴⁰ » (B).

A | *Les tempéraments ponctuels à l'intégrité territoriale : l'autodétermination comme mode de résolution des conflits*

402 . Si l'utopie de l'indivisibilité de l'État est de plus en plus perceptible depuis la consécration de la V^{ème} République, une brève analyse historique permet de déceler les ambiguïtés que recelaient déjà ce principe dès son avènement lors du triomphe des Jacobins. En effet, lorsque l'Assemblée Nationale Constituante établit son décret du 10 mars 1790, elle intègre les colonies au sein de l'Empire français, en précisant toutefois qu'« *elle n'a cependant jamais entendu les comprendre dans la Constitution qu'elle a décrétée pour le royaume, et les assujettir à des lois qui pourraient être incompatibles avec leurs convenances locales et particulières*¹¹⁴¹ ».

¹¹³⁸ Décision n° 75-59 DC du 30 décembre 1975, *Loi relative aux conséquences de l'autodétermination des Iles de Comores*, J.O., 3 janvier 1976, p. 182, Rec., p. 26.

¹¹³⁹ Décision n° 82-137 du 25 février 1982, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, J.O., 3 mars 1982, p. 759, Rec. p. 38 ; Décision n° 91-290 DC, 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, J.O., 14 mai 1991, p. 6350, Rec., p. 50., *op. cit.*

¹¹⁴⁰ CNCDH, *Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : La situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des amérindiens de Guyane*, J.O.R.F., n° 0061, 12 mars 2017, texte n° 33, *op. cit.*, p. 52.

¹¹⁴¹ DECRET DU 10 MARS 1790 DE L'ASSEMBLEE NATIONALE CONSTITUANTE *qui autorise les colonies à faire connaître leur vœu sur la constitution, la législation et l'administration qui leur conviennent*, cité par : DUVERGIER JEAN-BAPTISTE, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, Règlements, avis du Conseil d'Etat*, Chez A. Guyot et scribe, 2^{ème} éd., vol. 1, Paris, 1834, p. 113.

403 . Cette position opposée à la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789 est rapidement atténuée par la proclamation de la République, le 22 septembre 1792 et de son caractère unitaire et indivisible¹¹⁴². En 1795, l'article 6 de la Constitution du 5 fructidor an III ajoute que les colonies françaises font partie intégrante de la République et que, de ce fait, elles sont soumises à la même loi constitutionnelle¹¹⁴³. Cette assimilation théorique, souvent contrariée dans la pratique, apparaît davantage aujourd'hui comme une déclaration de principe.

404 . La France a toujours oscillé entre deux théories antagonistes, celle prônant la défense de particularismes mais présentant le risque de placer certains territoires à la marge de la République, et celle valorisant l'idée d'un État unitaire justifiant implicitement l'assimilationnisme et ne respectant pas les spécificités historiques et culturelles¹¹⁴⁴. Ces attermoissements sont perceptibles à travers les diverses législations françaises, de la loi du 19 mars 1946 de départementalisation de la Guadeloupe, de la Martinique, de la Réunion et de la Guyane, à l'inscription dans les Constitutions de IV^{ème} et V^{ème} Républiques, d'un statut particulier pour les TOM, « *tenant compte de leurs intérêts propres dans l'ensemble des intérêts de la République*¹¹⁴⁵ ».

405 . La permanence de l'opposition entre l'intangibilité des principes républicains et la nécessité d'effectuer des concessions face au processus de décolonisation est perceptible dans les débats juridiques et politiques dès la IV^{ème} République. L'alinéa 18 du préambule de la Constitution de 1946 indique que les territoires ultra-marins pourront « *s'administrer eux-mêmes et [...] gérer démocratiquement leurs propres affaires* ». L'article 75 de la Constitution prévoit une distinction entre la République et les territoires et départements d'outre-mer qui, tout en quittant la République, restent cependant dans l'Union française. Au fil du temps, certaines cessions sont mises en œuvre par le biais de l'article 27 de la Constitution

¹¹⁴² Précision apportée le 25 septembre 1792.

¹¹⁴³ LEMAIRE FELICIEN, « L'outre-mer, l'unité et l'indivisibilité de la République », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 35, février 2012, p. 96.

¹¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 97.

¹¹⁴⁵ CONSTITUTION DU 27 OCTOBRE 1946, *op. cit.*, art. 74 ; CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958, J.O.R.F., 5 octobre 1958, p. 9151, *op. cit.*, art. 74 : « *les collectivités d'outre-mer régies par le présent article ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République* ».

qui les autorise avec le consentement des populations concernées¹¹⁴⁶. L'intangibilité, en tant que pilier central de la République, se retrouve donc confrontée à l'épreuve des faits. René Capitant comprend cette nécessité en fustigeant la théorie assimilationniste qui « *est une chimère, [conduisant] à retirer d'une main ce qu'on donne de l'autre*¹¹⁴⁷ ». En revanche, Edouard Herriot dénonce ce mécanisme en affirmant qu'il fera de la France, « *la colonie de ses anciennes colonies*¹¹⁴⁸ ».

406 . C'est cependant véritablement sous la V^{ème} République que le principe d'indivisibilité du territoire connaît sa plus grande remise en cause. Lors de l'instauration de la V^{ème} République, une atteinte à l'intégrité territoriale est organisée constitutionnellement selon deux modalités distinctes. La première disposition, le référendum constituant du 28 septembre 1958, mène directement à l'indépendance. Il a, pour les seuls territoires d'outre-mer, la signification d'un référendum portant sur le maintien ou non de leur appartenance à la République. L'alinéa 2 du préambule de la Constitution prévoit en effet une alternative fondamentale s'appuyant sur le principe de libre détermination.

Si une réponse favorable au texte constitutionnel entraîne la confirmation de l'intégration du territoire à la République, le rejet du texte conduit automatiquement, *a contrario*, à l'indépendance du territoire interrogé¹¹⁴⁹. La seconde disposition, instituée par l'article 76 de la Constitution, organise une possibilité de sécession sans indépendance immédiate. Dans les quatre mois suivants la promulgation de la nouvelle Constitution, les assemblées territoriales des territoires d'outre-mer conservent la possibilité de sortir de la République et de devenir des États membres de la Communauté qui succède à l'Union française. À sa suite, l'article 86 de la Constitution permet aux États de sortir de la Communauté pour devenir indépendants¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁶ Il en fût ainsi par exemple pour les territoires d'Inde. Pour Chandernagor, traité de cession le 2 février 1951, ratifié le 9 juin 1952. Pour les établissements de Pondichéry, Karikal, Mahé et Yanaon, traité de cession le 28 mai 1956, ratifié le 16 août 1962.

¹¹⁴⁷ CAPITANT RENE, *Ecrits constitutionnels*, Editions du CNRS, Paris, 1982, p. 313.

¹¹⁴⁸ J.O., *Débats Assemblée nationale constituante*, 27 août 1946, p. 3334.

¹¹⁴⁹ Seule la Guinée rejeta massivement la nouvelle Constitution avec 95.2% de non et devint indépendante le 2 octobre 1958.

¹¹⁵⁰ Douze territoires sont ainsi devenus indépendants : Sénégal, Mauritanie, Soudan français, Côte d'Ivoire, Haute-Volta, Dahomey, Niger, Gabon, Moyen-Congo, l'Oubangui-Chari, Tchad, Madagascar.

407 . La dérogation au principe d'indivisibilité étant en théorie limitée, il reste possible d'arguer que cela ne constitue pas une véritable remise en cause du principe. Dès lors, le caractère temporaire de cette exception sécessionniste aurait dû engendrer une fois passé ce délai constitutionnel, l'instauration d'une République indivisiblement formée. Cependant, la pratique ainsi instaurée s'est perpétuée sans qu'aucun fondement constitutionnel ne la justifie, entraînant des sécessions jusqu'en 1977. De nombreux scrutins d'autodétermination ont ainsi eu lieu, entraînant l'indépendance de quinze autres départements et territoires d'outre-mer après l'approbation pourtant massive de la Constitution¹¹⁵¹. Là encore, la limitation temporelle juridiquement instaurée, considérée par Roland Debbasch « *comme une erreur d'appréciation ou comme un excès d'optimisme*¹¹⁵² », a rapidement cédé devant la force des faits.

408 . Un important courant doctrinal défendu par René Capitant a justifié cette pratique en établissant une lecture constructive du texte constitutionnel¹¹⁵³ et plus particulièrement de l'alinéa 3 de son article 53 qui dispose que « *nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées* ». En théorie, cet article ne s'applique que dans les cas de cession de territoires, c'est-à-dire lors de la transmission d'une fraction de territoire à un autre État¹¹⁵⁴. En revanche, selon la doctrine Capitant, le droit à l'autodétermination institué en 1958 peut continuer à s'exercer, le champ d'application de l'article 53 alinéa 3 comprenant également la sécession. Le Conseil constitutionnel reprend cette interprétation, la jugeant conforme à la Constitution, dans une décision du 30 décembre 1975 où il établit que :

« *les dispositions de cet article [article 53 alinéa 3] doivent être interprétées comme étant applicables, non seulement dans l'hypothèse où la France céderait à un État étranger ou bien acquerrait de celui-ci un territoire, mais*

¹¹⁵¹ Par exemple, ont ainsi choisi l'indépendance les départements d'Algérie et du Sahara, ainsi que trois îles du TOM des Comores

¹¹⁵² DEBBASCH ROLAND, « Unité et indivisibilité », dans FAVOREU LOUIS (dir.), *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, PUAM / Economica, Aix-en-Provence, 1990, p. 36.

¹¹⁵³ LEMAIRE FELICIEN, « L'outre-mer, l'unité et l'indivisibilité de la République », *op. cit.*, p. 100.

¹¹⁵⁴ MORTIER PAULINE, *Les métamorphoses de la souveraineté*, Thèse de droit public, Université d'Angers, 2011, *op. cit.*, p. 134.

aussi dans l'hypothèse où un territoire cesserait d'appartenir à la République pour constituer un État indépendant ou y être rattaché¹¹⁵⁵ ».

409 . Si cette interprétation est parfois contestée et constitue pour certains une véritable violation du principe d'indivisibilité¹¹⁵⁶, d'autres, à l'image de Pierre Pactet considèrent qu'il s'agit là d'une prise de position nécessaire pour « *se dégager d'une impasse politique* ». Par la suite, le Conseil constitutionnel développe davantage son argumentation en rattachant l'article 53 au principe « *de libre détermination des peuples et de libre manifestation de leur volonté* ¹¹⁵⁷ », spécifiquement prévu pour les territoires d'outre-mer (TOM) à l'alinéa 2 du préambule de la Constitution. Le Conseil constitutionnel finit même par élargir le champ des bénéficiaires¹¹⁵⁸ en l'étendant, au delà des TOM, à l'ensemble des collectivités ultramarines¹¹⁵⁹, à l'image des collectivités à statut particulier ou des départements d'outre-mer (DOM)¹¹⁶⁰.

410 . Les sécessions ne sont cependant qu'un des éléments qui traduisent l'absence de réelle homogénéité dans la République. Si elles ont engendré une certaine atteinte à la dimension matérielle de l'intégrité, démontrant « *la souplesse, l'élasticité de la Constitution de la V^{ème} République* ¹¹⁶¹ », les nombreux territoires d'outre-mer qui se sont maintenus dans la République nécessitent toujours la mise en œuvre d'une différenciation statutaire.

¹¹⁵⁵ Décision n° 75-59 DC du 30 décembre 1975, *Loi relative aux conséquences de l'autodétermination des Iles de Comores*, op. cit., cons. 2.

¹¹⁵⁶ MICHALON THIERRY, « La République française, une fédération qui s'ignore ? », *RDP*, 1982, op. cit., pp. 649 et s.

¹¹⁵⁷ Décision n° 87-226 DC du 2 juin 1987, *Loi organisant la consultation des populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie et dépendances prévue par l'alinéa premier de l'article 1er de la loi n° 86-844 du 17 juillet 1986 relative à la Nouvelle-Calédonie*, J.O., 4 juin 1987, p. 6058, Rec., p. 34, cons. 5.

¹¹⁵⁸ LEMAIRE FELICIEN, « La question de la libre détermination statutaire des populations d'outre-mer devant le Conseil constitutionnel », *RDP*, 2000, pp. 909-931.

¹¹⁵⁹ Décision n° 2000-428 DC du 4 mai 2000, *Loi organisant une consultation de la population de Mayotte*, J.O., 10 mai 2000, p. 6976, Rec., p. 70.

¹¹⁶⁰ Décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, *Loi d'orientation pour l'outre-mer*, J.O., 14 décembre 2000, p. 19830, Rec., p. 164.

¹¹⁶¹ BOYER ALAIN, « Les autochtones français, populations, peuples ? Les données constitutionnelles », *Les autochtones de l'Outre-mer français, Droit et Cultures, Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire, l'Harmattan*, n° 37, janvier 1999, op. cit., p. 115.

B | Les tempéraments juridiques a l'intégrité territoriale : la pérennisation des différences statutaires

411 . Le principe d'indivisibilité revêt une dimension juridique se traduisant par une uniformité du droit français. Or, dès 1946, un cadre juridique différencié est instauré en fonction de l'histoire propre de chaque colonie¹¹⁶² par le biais des articles 73 et 74 de la Constitution¹¹⁶³. L'indivisibilité de la République est cependant maintenue dans son principe puisque ces territoires n'appartiennent pas à la République mais à l'Union française.

La V^{ème} République, après l'échec de la Communauté, conserve les deux types de collectivités d'outre-mer existants précédemment répondant soit au principe d'identité législative soit au principe de spécialité législative.

412 . Ainsi, dans la Constitution de 1958, les collectivités ultramarines peuvent posséder le statut de département d'outre-mer défini à l'article 73 ou bien le statut de territoire d'outre-mer régi par l'article 74. Les collectivités appartenant à la première catégorie disposent d'un régime fondé sur le principe d'identité législative impliquant que toute loi promulguée en métropole trouve à s'appliquer dans les DOM sauf dispositions contraires. À l'inverse, le régime des TOM est fondé sur le principe de spécialité législative qui suppose que la loi métropolitaine ne s'applique pas sur leurs territoires sauf dispositions expresses contraires¹¹⁶⁴.

413 . Si ces règles paraissent cantonner la différenciation statutaire à deux statuts distincts, les possibilités offertes par le texte constitutionnel montrent qu'il n'en est rien. Ainsi, l'article 73 dispose que « *le régime législatif et l'organisation administrative des départements d'Outre-Mer peuvent faire l'objet de mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière* ». Cette formulation

¹¹⁶² TESOKA LAURENT, « L'évolution des collectivités françaises du Pacifique depuis 1946 », dans FABERON JEAN-YVES, FAYAUD VIVIANE, REGNAULT JEAN-MARC (dir.), *Destins des collectivités politiques d'Océanie. Peuples, populations, nations, États, territoires, pays, patries, communautés, frontières*, PUAM, 1 Théories et pratiques, coll. Droit d'Outre-mer, Aix-en-Provence, 2001, op. cit., p. 43.

¹¹⁶³ Les articles 73 et 74 de la Constitution distinguent les Départements d'outre-mer (DOM) assimilés aux départements métropolitains et soumis au principe d'identité législative, et les Territoires d'outre-mer (TOM) disposant d'un statut particulier tenant compte de leurs intérêts propres.

¹¹⁶⁴ Comme pour Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Barthélemy et Saint-Martin.

relativement vague aurait pu mener à une interprétation très souple de la notion de nécessité par le législateur¹¹⁶⁵. Néanmoins, les débats houleux ayant entouré la première phase de décentralisation en 1982 incitent le Conseil constitutionnel à encadrer les collectivités soumises au principe d'assimilation¹¹⁶⁶. Ainsi à cette époque, le juge constitutionnel refuse, au nom de l'identité institutionnelle, la mise en œuvre d'une loi créant une assemblée unique dans les départements et régions ultramarins¹¹⁶⁷. Aujourd'hui encore, il rappelle que les lois d'adaptation « *ne sauraient avoir pour effet de doter les départements d'outre-mer d'une "organisation particulière" au sens de l'article 74 de la Constitution, réservée aux seuls territoires d'outre-mer* »¹¹⁶⁸. En revanche, le législateur apparaît beaucoup plus libre pour fixer les règles applicables aux TOM et, très vite ce dernier crée des catégories sui generis de collectivités, développant une diversification statutaire de plus en plus importante¹¹⁶⁹. Selon Ferdinand Mélin-Soucramanien, ce développement exponentiel de la territorialisation du droit est dû à la croyance selon laquelle le droit doit désormais s'adapter aux faits¹¹⁷⁰.

Cette liberté d'appréciation du législateur est, par la suite, entérinée par le Conseil constitutionnel qui juge que le principe d'indivisibilité de la République n'implique pas une uniformité statutaire, autorisant ainsi le législateur à créer des types de collectivités territoriales à usage unique dotées d'un statut spécifique¹¹⁷¹.

414 . C'est dans ce contexte de dérogations statutaires multiples qu'a lieu la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003 qui modifie le régime de l'outre-mer, tout en montrant la capacité d'adaptation de la Constitution face à la réalité de son hétérogénéité. Cette réforme offre un fondement constitutionnel à l'organisation

¹¹⁶⁵ DOUENCE JEAN-CLAUDE, « Le statut constitutionnel des collectivités territoriales d'outre-mer », *RFDA*, n° 3, 1992, p. 466.

¹¹⁶⁶ LEMAIRE FELICIEN, « L'outre-mer, l'unité et l'indivisibilité de la République », *op. cit.*, p. 101.

¹¹⁶⁷ Décision n° 82-147 du 2 décembre 1982, *Loi portant adaptation de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions à la Guadeloupe, à la Guyane, à la Martinique et à la Réunion*, J.O., 4 décembre 1982, p. 3666, Rec., p. 70.

¹¹⁶⁸ Décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, *Loi d'orientation pour l'outre-mer*, *op. cit.*, cons. 9.

¹¹⁶⁹ MORTIER PAULINE, *Les métamorphoses de la souveraineté*, *op. cit.*, pp. 137-138.

¹¹⁷⁰ MÉLIN-SOUCRAMANIEN FERDINAND, « La différenciation du statut des départements d'outre-mer : menace ou promesse pour la République française? », dans *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, Paris, 2003, p. 748.

¹¹⁷¹ Décision n° 91-290 DC, 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, J.O., 14 mai 1991, p. 6350, Rec., p. 50., *op. cit.*, cons. 18.

décentralisée de la République en précisant dans l'article premier de la Constitution que si « *la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale [...], son organisation est décentralisée* ». Cette consécration permet de dépasser les limites constitutionnelles que pouvaient connaître la loi du 2 mars 1982, en développant la démocratie locale, en amplifiant l'autonomie administrative et financière des collectivités territoriales et, plus particulièrement, en prenant véritablement en compte la diversité des situations existantes dans l'outre-mer français¹¹⁷². Si certains auteurs, à l'image de Jean-Marie Pontier¹¹⁷³, considèrent que cette modification ne possède qu'une portée symbolique, il est cependant à noter que, désormais, juridiquement, la décentralisation revêt une portée égale à celle du principe d'indivisibilité. À l'issue d'une éventuelle saisine, le Conseil constitutionnel aura donc à arbitrer entre deux principes de valeur équivalente¹¹⁷⁴.

415 . Sur la forme, la République initie un nouveau rapport à l'outre-mer en intégrant dans la Constitution une énumération géographique et une identification concrète de l'ensemble de ses territoires ultramarins¹¹⁷⁵. Sur le fond, la révision procède à un assouplissement général du cadre institutionnel¹¹⁷⁶. Ainsi, le nouvel article 73 consacrant les DOM-ROM reprend le principe de l'identité législative, mais les éventuelles adaptations tenant « *aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités* » ne sont plus subordonnées à une exigence de nécessité. Cette reformulation correspond à « *un élargissement du champ matériel de l'adaptation*¹¹⁷⁷ » qui peut être instauré en fonction de critères plus souples telle l'opportunité.

416 . La diversité juridique se retrouve également dans l'instauration d'un régime législatif particulier des Collectivités d'outre-mer (COM) institué par le nouvel article 74 de la Constitution. Ce dernier offre un cadre constitutionnel ouvert

¹¹⁷² GOHIN OLIVIER, « La nouvelle décentralisation et la réforme de l'État en France », *AJDA*, n° 11, 2003, p. 522.

¹¹⁷³ PONTIER JEAN-MARIE, « La République décentralisée de J.-P RAFFARIN », *RA*, n° 332, 2003, p. 188.

¹¹⁷⁴ MORTIER PAULINE, *Les métamorphoses de la souveraineté*, *op. cit.*, pp. 128-129.

¹¹⁷⁵ GOHIN OLIVIER, « L'outre-mer dans la réforme constitutionnelle de la décentralisation », *RFDA*, n° 4, 2003, p. 678.

¹¹⁷⁶ LEMAIRE FELICIEN, « L'outre-mer, l'unité et l'indivisibilité de la République », *op. cit.*, p. 102.

¹¹⁷⁷ GRÜNDLER TATIANA, « La République française, une et indivisible ? », *RDP*, n° 2, 2007, *op. cit.*, p. 445.

permettant l'élaboration de statuts sur mesure. Les COM pourront ainsi être dotées de l'autonomie dans les conditions fixées par une loi organique. Même si cette autonomie reste inscrite dans un ordre juridique supérieur qui en détermine les limites, elle pourrait être plus large que ce qu'autorisait jusqu'à présent le principe de libre administration¹¹⁷⁸. De surcroît, l'introduction dans la Constitution du nouvel article 72-4 établissant les modalités de changement de régimes et permettant, sous certaines conditions, à un DOM de devenir TOM et inversement, confirme la volonté politique d'octroyer une liberté d'évolution institutionnelle à l'outre-mer français. Aujourd'hui les singularités territoriales apparaissent chose commune. S'appuyant sur l'article 72-4 susmentionné, les communes de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin ont, à la suite de consultations intervenues le 7 décembre 2003, quitté le DOM de la Guadeloupe et sont devenues des COM soumises au principe d'identité législative¹¹⁷⁹.

417 . Se basant sur ce même article, Mayotte va accomplir le chemin inverse. Détentrice du statut provisoire de collectivité territoriale de la République depuis la loi du 24 décembre 1976¹¹⁸⁰ qui prenait acte du désir de l'île de rester au sein de la nation française¹¹⁸¹, Mayotte devient une collectivité régie par l'article 74 de la Constitution lors de la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003.

Cependant, la population mahoraise souhaite que Mayotte devienne un département d'outre-mer. La loi organique du 21 février 2007 avait déjà grandement réformé le statut de Mayotte en ce sens, en soumettant notamment l'île au régime de l'identité législative dans certains domaines. Le 29 mars 2009, la consultation organisée emporte 95,2% des suffrages en faveur de la création d'une collectivité unique, le département de Mayotte, régi par l'article 73 de la Constitution et exerçant

¹¹⁷⁸ MARCOU GERARD, « L'autonomie dans la République : jusqu'ou ? », FABERON JEAN-YVES, FAYAUD VIVIANE, REGNAULT JEAN-MARC (dir.), *Destins des collectivités politiques d'Océanie. Peuples, populations, nations, États, territoires, pays, patries, communautés, frontières, op.cit.*, p. 56.

¹¹⁷⁹ LOI ORGANIQUE N° 2007-223 DU 21 FEVRIER 2007 *portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*, J.O.R.F., n° 45, 22 février 2007, p. 3121 ; LOI N° 2007-224 DU 21 FEVRIER 2007 *portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*, J.O.R.F., n° 45, 22 février 2007, p. 3220.

¹¹⁸⁰ LOI N° 76-1212 DU 24 DECEMBRE 1976 *relative à l'organisation de Mayotte*, J.O.R.F., 28 décembre 1976, p. 7493, abrogée par LOI N° 2001-616 DU 11 JUILLET 2001 *relative à Mayotte*, J.O.R.F., n° 0161, 13 juillet 2001, p. 11199. Cette loi dote Mayotte du statut de « collectivité départementale ».

¹¹⁸¹ Suite aux deux référendums sur l'indépendance des îles des Comores ayant eu lieu en décembre 1974 et le 8 février 1976. Dans le cadre du premier référendum, 63.8% des électeurs de Mayotte a souhaité rester au sein de la nation française. Cette volonté a été confirmée lors du second référendum qui totalisa 99.4% des voix en faveur du maintien dans la République française.

cumulativement les compétences d'un département et d'une région d'outre-mer. La loi organique du 3 août 2009¹¹⁸² qui en découle transforme donc à compter de mars 2011 et du renouvellement du conseil départemental, la collectivité départementale de Mayotte en Département de Mayotte.

418 . La Guyane et la Martinique quant à elles, bien qu'ayant bénéficié de la possibilité offerte par l'article 72-4 de la Constitution, ont refusé d'accéder à une autonomie plus conséquente en devenant des COM. Des consultations avaient été programmées à la suite d'importantes grèves en 2009 dans le secteur des Antilles mais le résultat des référendums du 10 janvier 2010 s'était soldé par une large victoire du « non ». En revanche, les deux DOM-ROM approuvent le 24 janvier suivant la mise en place d'une collectivité unique exerçant les compétences dévolues au département et à la région tout en restant régis par l'article 73 de la Constitution¹¹⁸³. Cette adhésion emporte la création de collectivités territoriales uniques remplaçant les départements et régions d'outre-mer et la mise en place d'une Assemblée exerçant les compétences auparavant dévolues au conseil général et au conseil régional¹¹⁸⁴.

Enfin, l'article 73 de la Constitution englobe également la Guadeloupe et la Réunion qui sont toutes deux des départements et des régions ultramarins ayant tenu à conserver leur conseil départemental et leur conseil régional.

419 . La diversité statutaire ne s'arrête pas aux DOM-ROM. Si, s'agissant de la nouvelle catégorie des COM, l'intention semble être une unification catégorielle¹¹⁸⁵, les statuts de ces territoires sont véritablement hétérogènes. Selon Laurent Tesoka, « *c'est en prévision du futur statut de la Polynésie française que l'article 74 nouveau*

¹¹⁸² LOI ORGANIQUE N° 2009-969 DU 3 AOUT 2009 *relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte*, J.O.R.F., n° 0180, 6 août 2009, p. 13095 ; La loi et la loi organique du 7 décembre 2010 viendront ensuite préciser l'organisation et le fonctionnement de la collectivité en fixant, par exemple, le passage au régime de l'identité législative pour l'ensemble du droit. Cf. en ce sens : LOI ORGANIQUE N° 2010-1486 DU 7 DECEMBRE 2010 *relative au Département de Mayotte*, J.O.R.F., n° 0284, 8 décembre 2010, p. 21458 ; LOI N° 2010-1487 DU 7 DECEMBRE 2010 *relative au Département de Mayotte*, J.O.R.F., n° 0284, 8 décembre 2010, p. 21459.

¹¹⁸³ LEMAIRE FELICIEN, « L'outre-mer, l'unité et l'indivisibilité de la République », *op. cit.*, p. 103.

¹¹⁸⁴ LOI ORGANIQUE N° 2011-883 DU 27 JUILLET 2011 *relative aux collectivités régies par l'article 73 de la Constitution*, J.O.R.F., n° 0173, 28 juillet 2011, p. 12818 ; LOI N° 2011-884 DU 27 JUILLET 2011 *relative aux collectivités territoriales de Guyane et de Martinique*, J.O.R.F., n° 0173, 28 juillet 2011, p. 12821.

¹¹⁸⁵ LEMAIRE FELICIEN, « L'outre-mer, l'unité et l'indivisibilité de la République », *op. cit.*, p. 102.

*a ainsi été rédigé*¹¹⁸⁶ ». Son autonomie ne cessait de s'accroître en vertu des divers statuts successifs qui lui avaient été accordés¹¹⁸⁷. Cependant, à cadre constitutionnel constant, les prétentions des élus locaux ne pouvaient être satisfaites. La réforme de 2003 a permis la mise en place de la loi organique du 27 février 2004¹¹⁸⁸ prévoyant, entre autres, la faculté de participer à des compétences présentant un caractère régalien sous le contrôle de l'État ou l'adoption de mesures préférentielles en matière d'emploi en faveur de la population de la Polynésie française. Les décisions du Conseil constitutionnel à cet égard montrent le potentiel d'adaptation que peut receler le droit français. Dans une décision du 26 mars 2003 portant sur la révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République, le Conseil estime qu'il n'est pas compétent pour statuer sur la conformité d'une loi constitutionnelle à la Constitution¹¹⁸⁹. Subséquemment, tenu de contrôler la conformité de la loi organique du 27 février 2004 à la Constitution, il déclare que « rien ne s'oppose [...] à ce que le pouvoir constituant introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans les cas qu'elles visent, dérogent à des règles ou principes de valeur constitutionnelle¹¹⁹⁰ ». Rien de commun cependant entre le régime dérogatoire de la Polynésie française, l'absence d'autonomie constatée pour Wallis-et-Futuna¹¹⁹¹ et le régime hybride de Saint-Pierre-et-Miquelon

¹¹⁸⁶ TESOKA LAURENT, « L'évolution des collectivités françaises du Pacifique depuis 1946 », dans FABERON JEAN-YVES, FAYAUD VIVIANE, REGNAULT JEAN-MARC (dir.), *Destins des collectivités politiques d'Océanie. Peuples, populations, nations, Etats, territoires, pays, patries, communautés, frontières*, op. cit., p. 51.

¹¹⁸⁷ Plusieurs statuts successifs confortent l'autonomie de la Polynésie française : LOI ORGANIQUE N° 96-312 DU 12 AVRIL 1966 *portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, J.O.R.F., n° 88, 13 avril 1996, p. 5695 Cette loi organique consacre la pleine reconnaissance de l'autonomie de la Polynésie française ; LOI N° 84-820 DU 6 SEPTEMBRE 1984 *portant statut du territoire de la Polynésie française*, J.O.R.F., 7 septembre 1984, p. 2831. Cette loi dote la Polynésie française de l'autonomie interne. ; LOI N° 77-772 DU 12 JUILLET 1977 *relative à l'organisation de la Polynésie française*, J.O.R.F., 13 juillet 1977, p. 3703. Elle octroie au territoire la personnalité juridique et l'autonomie administrative et financière.

¹¹⁸⁸ LOI ORGANIQUE N° 2004-192 DU 27 FEVRIER 2004 *portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, J.O.R.F., n° 52, 2 mars 2004, p. 4183.

¹¹⁸⁹ Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, J.O., 29 mars 2003, p. 5570, Rec., p. 293.

¹¹⁹⁰ Décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, J.O., 2 mars 2004, p. 4220, texte n° 3, Rec., p. 41.

¹¹⁹¹ LOI N° 61-814 DU 29 JUILLET 1961 *conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer*, J.O.R.F., 30 juillet 1961, p. 7019. Cette loi régit toujours actuellement le statut de Wallis-et-Futuna.

qui, tout en étant une collectivité d'outre-mer, est soumise au principe d'identité législative¹¹⁹².

420 . Se trouve dès lors conforté sur le plan institutionnel un processus d'individualisation statutaire en fonction des intérêts propres à chaque territoire. Il semble toutefois que les dérogations statutaires soient plus importantes lorsque des populations autochtones font valoir leurs revendications. Selon Alain Boyer, il paraît évident que l'article 74 de la Constitution affirme avant tout « *la spécificité de la population des territoires et à travers elle la spécificité de la population autochtone*¹¹⁹³ ».

La lecture des régimes statutaires confirme cette impression. Si la Polynésie française dispose aujourd'hui d'une si grande autonomie, cela est sans aucun doute dû à la proportion considérable d'autochtones sur le territoire. Le dernier recensement incluant des statistiques ethniques effectué en 1988 disposait que 83% de la population se rattachait à la catégorie polynésienne. L'Assemblée générale de l'ONU a d'ailleurs adopté le 17 mai 2013 une résolution plaçant la Polynésie française sur la liste des territoires à décoloniser. Cette situation pourrait inciter le territoire à demander une autonomie encore plus accrue, voire l'indépendance. La situation est quelque peu différente pour Wallis-et-Futuna qui se présente comme un archipel relativement préservé, ayant peu de relations avec l'extérieur et donc peu sujette à l'acculturation¹¹⁹⁴. Régis par un droit particulier¹¹⁹⁵, les insulaires dépendent civilement d'une chefferie organisée autour d'un roi. Dans les faits, ils gèrent l'ensemble des litiges, même ceux relevant du domaine pénal par le biais de la coutume¹¹⁹⁶. Une dérogation au principe de laïcité est également observée puisque

¹¹⁹² LOI ORGANIQUE N° 2007-223 DU 21 FEVRIER 2007 *portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*, op. cit. ; LOI N° 2007-224 DU 21 FEVRIER 2007 *portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*, op. cit.

¹¹⁹³ BOYER ALAIN, « Les autochtones français, populations, peuples ? Les données constitutionnelles », *Les autochtones de l'Outre-mer français, Droit et Cultures, Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire, l'Harmattan*, n° 37, janvier 1999, op. cit., p. 131.

¹¹⁹⁴ ANGLEVIEL FREDERIC, *Les missions à Wallis et Futuna au XIXe siècle*, Presses Universitaires de Bordeaux, Bordeaux, 1994, p. 220.

¹¹⁹⁵ LOI N° 61-814 DU 29 JUILLET 1961 *conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer*, op. cit., art. 3 : « *La République garantit aux populations du territoire des îles Wallis et Futuna le libre exercice de leur religion, ainsi que le respect de leurs croyances et de leurs coutumes [...]* ».

¹¹⁹⁶ CHAVE-DARTOEN SOPHIE, « Le paradoxe wallisien : une royauté dans la République », *Ethnologie française*, vol. 32, 2002, p. 637.

l'enseignement public primaire est concédé à une mission catholique¹¹⁹⁷ en raison de la prégnance que revêt cette confession pour la population autochtone¹¹⁹⁸. Selon Laurent Sermet, la coutume formerait dès lors un cas de pluralisme exo-étatique, pluralisme qui donne à son bénéficiaire « le *droit de déterminer et de juger son propre droit* » sans ingérence de la part de l'État. Toutefois, l'éloignement géographique et la faible densité de population expliquerait la faiblesse des revendications autochtones ainsi que la souplesse étatique à leur égard.

421 . Les DOM présentent également des populations autochtones, qu'il s'agisse de Mayotte ou de la Guyane. Si le cas de Mayotte est particulier puisque les Mahorais se sont volontairement soumis à l'article 73 de la Constitution, celui de la Guyane prête davantage à controverse. Selon le gouvernement français lui-même, la loi du 27 juillet 2011 faisant de la Guyane une collectivité unique permettrait de mieux prendre en compte « *les aspirations des populations autochtones si ces dernières en expriment le besoin*¹¹⁹⁹ ». Il est toutefois permis de douter d'un tel changement. Benoît Trépiéd souligne en effet que « *les amérindiens ont été historiquement les premiers acteurs à mobiliser le discours des droits autochtones dans le contexte français*¹²⁰⁰ ». Pour autant, les résultats de ces revendications restent très modestes, l'inertie de l'État s'expliquant sans doute par le fait que les autochtones ne représentent que 4 % de la population guyanaise.

422 . Le cas de la Nouvelle-Calédonie atteste particulièrement du fait que les populations autochtones jouent énormément dans le jeu institutionnel. Si la diversité territoriale montre une prise en compte des vœux des élus territoriaux, à travers les diverses concertations, et une volonté de reconnaître la singularité des territoires, il demeure que les dérogations ne vont jamais aussi loin que lorsque des revendications importantes se font entendre.

¹¹⁹⁷ LUCHAIRE FRANÇOIS, « La France d'outre-mer et la République », *RFAP*, n° 123, 2007, p. 403.

¹¹⁹⁸ ANGLEVIEL FREDERIC, *Les missions à Wallis et Futuna au XIXe siècle*, *op. cit.*, p. 216.

¹¹⁹⁹ MISSION PERMANENTE DE LA FRANCE A GENEVE, *Réponse de la France au questionnaire du Haut Commissariat aux Droits de l'Homme des Nations-Unies pour le suivi de la résolution 18/8 du Conseil des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 1.

¹²⁰⁰ TRÉPIED BENOÎT, « Une nouvelle question indigène outre-mer ? - La Vie des idées », En ligne : <<http://www.laviedesidees.fr/Une-nouvelle-question-indigene.html>>, *op. cit.*, p. 8.

423 . Pour Félicien Lemaire, cette diversité statutaire, si elle atteste de la souplesse du principe de l'indivisibilité territoriale, ne le remet toutefois pas en cause. Il y a « *adéquation entre "indivisibilité de la République" et singularités, dès lors qu'indivisibilité veut dire unité nationale et unité politique ou centralisation législative, sans s'opposer au pluralisme de législation*¹²⁰¹ ». Cependant l'unité nationale et la centralisation législative semblent également devoir être reconsidérées, en atteste notamment le régime statutaire de la Nouvelle-Calédonie. Cet essor des particularismes locaux s'avère être le corolaire d'un affaiblissement de la conception unitaire du peuple français et de la souveraineté interne.

§ 2 | L'UNITÉ : UN PRINCIPE STRUCTURANT AMENAGÉ

424 . Si le peuple est traditionnellement entendu comme la population vivant sur le territoire d'un État, il devient Nation lorsqu'il est associé à la citoyenneté. Cette volonté d'unité est issue de la conception absolue et érigée en dogme qui impose que le peuple, ensemble des citoyens, ne soit qu'une seule volonté au service de l'intérêt général. Cet idéal de souveraineté nationale, hérité de la Révolution, semble toutefois perdre de son acuité (A) et entraîne corrélativement un aménagement de la souveraineté nationale (B).

A | *La fissuration de l'unité nationale*

425 . Le Conseil constitutionnel s'est toujours montré enclin à préserver l'unité du peuple français afin de maintenir l'idéal de l'État-nation. Protégeant le concept juridique de « peuple français », il affirme en 1991 que la Constitution ne reconnaît que cette entité, « *composé[e] de tous les citoyens français, sans distinction*

¹²⁰¹ LEMAIRE FELICIEN, « L'outre-mer, l'unité et l'indivisibilité de la République », *op. cit.*, p. 104.

*d'origine, de race ou de religion*¹²⁰² » et confirme cette décision en 1999 en rappelant le « *principe d'unicité du peuple français*¹²⁰³ ».

426 . Fruit d'une concertation menée par le Conseil d'État à la veille de la promulgation de la v^{ème} République¹²⁰⁴, l'alinéa 2 du préambule reconnaissait l'existence de peuples ultramarins, tout en précisant qu'ils faisaient partie intégrante du peuple français. Liée au dispositif de la Communauté instaurée également en 1958, cette notion de « peuple d'outre-mer » avait pour unique objectif de permettre l'indépendance éventuelle de ces territoires avec l'accord des populations concernées. Étrangement, et malgré les affirmations contraires d'une certaine partie de la doctrine¹²⁰⁵, l'alinéa 2 est resté en vigueur après la disparition de la Communauté comme en atteste la référence faite par le Conseil constitutionnel dans sa décision sur le peuple corse. Plus révélatrice encore, la disparition de la notion de « *peuple d'outre-mer* » lors de la révision constitutionnelle du 4 août 1995, supprimant l'article 1^{er} original de la Constitution de 1958 et le titre XIII relatif à la Communauté, n'a pas empêché le Conseil constitutionnel d'y faire référence dans sa décision du 4 mai 2000 portant sur l'organisation d'une consultation de la population mahoraise. Saisi par soixante députés qui voyaient dans cette consultation réservée à une fraction de la population nationale, la violation du principe d'unicité du peuple français et la consécration d'un peuple mahorais, le Conseil a affirmé que :

*« la Constitution a distingué le peuple français des peuples des territoires d'outre-mer, auxquels est reconnu le droit à la libre détermination et à la libre expression de leur volonté ; qu'il suit de là que ces griefs doivent être rejetés comme inopérants*¹²⁰⁶ ».

¹²⁰² Décision n° 91-290 DC, 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, J.O., 14 mai 1991, p. 6350, Rec., p. 50., *op. cit.*

¹²⁰³ Décision n° 99-412 DC, 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, J.O., 18 juin 1999, p. 8964, Rec., p. 71, *op. cit.*

¹²⁰⁴ Discussions menées par le Conseil d'État le 27 août 1958, cité par : HAQUET ARNAUD, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, PUF, Paris, 2004, p. 100.

¹²⁰⁵ GOHIN OLIVIER, « L'adoption en terme identique du projet de réforme constitutionnelle de la décentralisation », *LPA*, n° 3, 3 janvier 2003, p. 7.

¹²⁰⁶ Décision n° 2000-428 DC du 4 mai 2000, *Loi organisant une consultation de la population de Mayotte*, J.O., 10 mai 2000, p. 6976, Rec., p. 70.

Si cette maladresse purement formelle a été corrigée dans une décision subséquente du 7 décembre 2010 où il n'est plus évoqué que le terme de « *populations d'outre-mer*¹²⁰⁷ », conformément à la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, elle montre toute l'ambiguïté inhérente au fait de vouloir préserver l'unité nationale tout en restant conscient de la particularité de l'outre-mer¹²⁰⁸. Particularité qui a d'ailleurs engendré l'instauration d'une citoyenneté néocalédonienne, vilipendée par certains comme étant liberticide¹²⁰⁹ mais considérée par d'autres¹²¹⁰ comme une étape nécessaire à la décolonisation.

427 . L'article 3 de la Constitution de 1958 établit clairement que « *sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques* ». L'exigence démocratique impose donc l'égalité devant le droit de suffrage. Attaché à ce lien entre nationalité et citoyenneté, le Conseil constitutionnel juge contraire au principe d'indivisibilité de la République tout dispositif qui ne concerne que « *certaines citoyens en fonction de leurs attaches avec une partie déterminée du territoire de la France*¹²¹¹ ». Se positionnant sur la loi organique portant sur le statut d'autonomie de la Polynésie française, il indique également que :

« ni le principe de libre administration des collectivités territoriales ni la prise en compte de l'organisation particulière des territoires d'Outre-mer ne sauraient conduire à ce que les conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques et par suite l'ensemble des garanties que celles-ci comportent, dépendent des décisions des collectivités territoriales et, ainsi,

¹²⁰⁷ Décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, *Loi d'orientation pour l'outre-mer*, J.O., 14 décembre 2000, p. 19830, Rec., p. 164.

¹²⁰⁸ LEMAIRE FELICIEN, « L'outre-mer, l'unité et l'indivisibilité de la République », *op. cit.*, p. 105.

¹²⁰⁹ Cf. notamment : LE POURHIET ANNE-MARIE, « Nouvelle-Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme », *RDP*, n° 4, 1999, pp. 1023-1025 ; GOHIN OLIVIER, « La citoyenneté dans l'outre-mer français », *RFAP*, n° 101, 2002, p. 78.

¹²¹⁰ Notamment par les cours internationales : COMITE DES DROITS DE L'HOMME, 75EME SESSION, 15 JUILLET 2002, *Mlle Marie-Hélène Gillot et al. c. France*, Communication n° 932/2000, U.N.Doc. CCPR/C/75/D/932/2000 (2002) ; CEDH, 11 janvier 2005, *Py c. France*, Req. n° 66289/01, Rec. des arrêts et décisions 2005-I.

¹²¹¹ Décision n° 84-177 DC du 30 août 1984, *Loi relative au statut du territoire de la Polynésie française, et notamment son article 10*, J.O., 4 septembre 1984, p. 2803, Rec., p. 66 ; Décision n° 84-178 DC du 30 août 1984, *Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, et notamment ses articles 12, 131 et 137*, J.O., 4 septembre 1984, p. 2804, Rec., p. 69.

*puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire de la République*¹²¹² ».

428 . Consciente que la restriction du corps électoral touche aux libertés publiques, et pour prévenir une censure du Conseil constitutionnel sur le cas de la Nouvelle-Calédonie, Elisabeth Guigou, alors Garde des sceaux, évoque devant le Sénat français la nécessité d'une révision constitutionnelle¹²¹³. Cette révision opérée par la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998¹²¹⁴ signe, selon Olivier Gohin, la fin du suffrage universel sur le territoire français¹²¹⁵. L'Accord de Nouméa met en place deux corps électoraux différents, l'un pour l'accession à la pleine souveraineté¹²¹⁶ et l'autre pour les élections provinciales¹²¹⁷. Les individus exclus de ces corps électoraux sont désignés comme résidents et ne peuvent s'exprimer que pour les élections présidentielles, législatives, européennes et municipales. Concernant l'accession du pays à la pleine souveraineté c'est avant tout le droit du sang et donc l'origine néocalédonienne qui est privilégiée¹²¹⁸. Pourront également participer à ce scrutin d'autodétermination les individus justifiant de vingt ans de domicile continu en Nouvelle-Calédonie à la date des consultations et au plus tard le 31 décembre 2014, ainsi que les enfants nés et vivant en Nouvelle-Calédonie et ayant atteint l'âge de la majorité. Pour Olivier Gohin, « *le discours lénifiant* », justifiant cette dérogation par le retour à la paix civile cache en réalité « *une rupture communautariste, doublée de la mise en œuvre d'une ségrégation en droits*¹²¹⁹ ».

429 . Si le corps électoral pour le scrutin d'autodétermination est gelé, celui dépendant des élections provinciales suit une logique différente. Sont également

¹²¹² Décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, J.O., 13 avril 1996, p. 5724, Rec., p. 43.

¹²¹³ SENAT, SEANCE DU 30 JUIN 1998, *Compte rendus des débats, Nouvelle-Calédonie - Adoption d'un projet de loi constitutionnelle*.

¹²¹⁴ LOI CONSTITUTIONNELLE N° 98-610 DU 20 JUILLET 1998 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, adoptée par le Congrès, J.O.R.F., n° 166, 21 juillet 1998, p. 11143.

¹²¹⁵ GOHIN OLIVIER, « Quand la République marche sur la tête », *AJDA*, n° 15, avril 2007, p. 800.

¹²¹⁶ LOI ORGANIQUE N° 99-209 DU 19 MARS 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F., n° 0068, 21 mars 1999, p. 4197, *op. cit.*, art. 218.

¹²¹⁷ LOI ORGANIQUE N° 99-209 DU 19 MARS 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, *op. cit.*, art. 188.

¹²¹⁸ CHAUCHAT MATHIAS, « La citoyenneté calédonienne », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, février 2008, En ligne : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-23/la-citoyennete-caledonienne.51809.html>>.

¹²¹⁹ GOHIN OLIVIER, « La citoyenneté dans l'outre-mer français », *op. cit.*, p. 78.

admis à voter les électeurs ayant dix ans de résidence continue à la date de l'élection au Congrès et aux assemblées de province. La date n'étant pas expressément fixée, il est donc entendu que ce corps électoral est glissant. La réserve d'interprétation initiale du Conseil constitutionnel va d'ailleurs en ce sens puisque ce dernier précise que :

« Doivent [...] participer [...] les personnes qui, à la date de l'élection, [...] sont domiciliées depuis dix ans en Nouvelle-Calédonie, quelle que soit la date de leur établissement en Nouvelle-Calédonie, même postérieure au 8 novembre 1998 ; qu'une telle définition du corps électoral restreint est au demeurant seule conforme à la volonté du pouvoir constituant¹²²⁰ ».

Selon le Conseil constitutionnel, cette condition permettait donc de ne pas nuire de manière déraisonnable au droit fondamental de vote des citoyens français.

430 . Cette restriction électorale paraissait également contrevenir à certains textes internationaux invocables en droit interne tels que le PIDCP ou plus particulièrement la *Convention européenne des droits de l'Homme*. Le Comité des droits de l'Homme a ainsi été saisi par des citoyens français résidant en Nouvelle-Calédonie, sur la base d'une violation des articles 25 et 26 du PIDCP qui établissent respectivement le droit et la possibilité pour tout citoyen de voter et d'être élu au suffrage universel, ainsi que l'égalité devant la loi. À cet égard, le Comité des droits de l'Homme a rappelé, s'appuyant sur sa jurisprudence antérieure, que le droit de vote mentionné n'est pas un droit absolu et que des dérogations peuvent y être apportées si celles-ci ne sont pas déraisonnables ou discriminatoires¹²²¹. Au regard de la situation néocalédonienne, il a donc estimé que :

« dans le cas d'espèce, il ne saurait être non raisonnable de limiter la participation aux consultations locales aux personnes intéressées à l'avenir de la Nouvelle-Calédonie et justifiant d'attaches suffisantes à ce territoire.

¹²²⁰ Décision n° 99-410 du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, J.O., 21 mars 1999, p. 4234, Rec., p. 51, op. cit.

¹²²¹ COMITE DES DROITS DE L'HOMME, 75EME SESSION, 15 JUILLET 2002, *Mlle Marie-Hélène Gillot et al. c. France*, Communication n° 932/2000, U.N.Doc. CCPR/C/75/D/932/2000 (2002), op. cit., pt. 12.2.

[...] dans un processus d'autodétermination, des limitations au corps électoral sont légitimées par la nécessité de s'assurer d'un ancrage identitaire suffisant¹²²² ».

431 . En 2005, la Cour européenne des droits de l'Homme a été saisie de la même revendication, sur la base de l'article 3 du protocole n° 1 de la *Convention européenne des droits de l'Homme* qui dispose que :

« les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ».

La Cour rappelle, à l'instar du Comité des droits de l'Homme, que selon sa jurisprudence antérieure¹²²³, l'article 3 du protocole n° 1 ne confère pas un droit absolu et que peuvent exister des « *limitations implicites*¹²²⁴ », notamment en vertu de l'article 56 paragraphe 3 de la Convention qui précise que « *les dispositions de la présente Convention seront appliquées en tenant compte des nécessités locales* ». La Cour confirme la solution rendue par le Comité des droits de l'Homme. Elle fonde sa décision sur le processus d'autodétermination en cours¹²²⁵ et considère que la mise en place de conditions de résidence a permis l'apaisement d'un conflit meurtrier et est la garante du maintien d'une « *situation politique apaisée*¹²²⁶ ». En ce sens, la poursuite en Nouvelle-Calédonie d'un « *développement politique, économique et social*¹²²⁷ » est regardée comme une nécessité locale « *de nature à permettre les restrictions apportées au droit de vote*¹²²⁸ ».

¹²²² *Ibid.*, pt. 13.16. Cf. également les pts. 13.17, 14.6 et 14.7.

¹²²³ CEDH, 6 avril 2000, *Labita c. Italie*, Req. n° 26772/95, Rec. des arrêts et décisions 2000-IV, para. 201.

¹²²⁴ CEDH, 11 janvier 2005, *Py c. France*, Req. n° 66289/01, *op. cit.*, pt. 45.

¹²²⁵ *Ibid.*, para. 61.

¹²²⁶ *Ibid.*, para. 62.

¹²²⁷ *Ibid.*, para. 62.

¹²²⁸ *Ibid.*, para. 64.

432 . Cette légitimation par les instances internationales, notamment la CEDH, est selon Olivier Gohin la cause directe de la révision constitutionnelle de 2007¹²²⁹ prévue mais enlisée depuis 1999¹²³⁰. Cette révision demandée par les indépendantistes pour lesquels la décolonisation implique un arrêt du peuplement, gèle le corps électoral provincial en contredisant formellement la réserve du Conseil constitutionnel¹²³¹. Opérée le 23 février 2007, cette révision est pour certains une :

« atteinte scandaleuse et aggravée, par l'État lui-même, à l'universalité du suffrage que la paix civile tente de justifier, que l'éloignement géographique permet de dissimuler et que la conjoncture électorale conduit à accepter¹²³² ».

433 . Anne-Marie Le Pourhiet précise que *« la souveraineté appartient au titulaire du pouvoir constituant et à lui seul et [que] ce qu'une révision constitutionnelle a fait peut toujours être défait par une nouvelle révision¹²³³ »*. D'autres juristes pensent, à l'inverse, que cette dérogation au principe d'unité du peuple français ne pourra que difficilement être remise en question. Le caractère temporaire du gel du corps électoral est, pour Mathias Chauchat, l'hypothèse la plus improbable¹²³⁴, Olivier Gohin considérant quant à lui que *« le rétablissement du lien ente citoyenneté et nationalité ne se conçoit désormais, en Nouvelle-Calédonie, que dans l'indépendance¹²³⁵ »*.

434 . Au-delà des clivages doctrinaux, cette mise en place d'une citoyenneté néocalédonienne montre une capacité d'adaptation de la Constitution aux évolutions sociales. Les nécessités contemporaines, les conflits politiques obligent à reconsidérer la conception traditionnelle des principes républicains. Plus encore, la pratique nous dévoile les arcanes complexes des procédures constitutionnelles. Faisant fi de la conception du principe d'unité du peuple consacré par le Conseil constitutionnel, le

¹²²⁹ GOHIN OLIVIER, « Quand la République marche sur la tête », *op. cit.*, pp. 804-805.

¹²³⁰ CHAUCHAT MATHIAS, « La citoyenneté calédonienne », *op. cit.*

¹²³¹ *Ibidem.*

¹²³² GOHIN OLIVIER, « Quand la République marche sur la tête », *op. cit.*, p. 800.

¹²³³ LE POURHIET ANNE-MARIE, « Nouvelle-Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme », *RDP*, n° 4, 1999, *op. cit.*, p. 1023.

¹²³⁴ CHAUCHAT MATHIAS, « La citoyenneté calédonienne », *op. cit.*

¹²³⁵ GOHIN OLIVIER, « La citoyenneté dans l'outre-mer français », *op. cit.*, pp. 80-81.

gouvernement français a mis en place une loi constitutionnelle dont il est établi qu'elle échappe à tout contrôle de constitutionnalité¹²³⁶. Sans entrer dans les débats partisans, il est possible de constater que la volonté politique est susceptible de faire évoluer la Constitution lorsque la préservation de l'équilibre étatique le nécessite.

435 . Cette attribution d'une citoyenneté néocalédonienne met en déroute la conception traditionnelle de la souveraineté nationale, en dissociant la nation et le peuple, mais également en octroyant au Congrès de Nouvelle-Calédonie un pouvoir législatif.

B| Les dérogations à la souveraineté nationale

436 . « *L'indivisibilité de la souveraineté ne pouvant [en principe] être fractionnée dans son titulaire – le peuple –, elle ne peut en principe dans l'État unitaire français l'être davantage dans son expression politique, à savoir la loi* »¹²³⁷. Cette volonté de garantir l'unité législative est posée par le Conseil constitutionnel dans une décision de 2002 relative à la Corse¹²³⁸. Ce principe est également de mise pour les DOM soumis au principe de l'identité législative. En revanche, la question peut être soulevée avec plus d'acuité pour les COM.

Dès 1965, le Conseil constitutionnel admet la possibilité de déroger aux articles 34 et 37 de la Constitution afin de permettre aux TOM d'intervenir dans le domaine

¹²³⁶ LE DIVELLEC ARMEL, LEVADE ANNE et PIMENTEL CARLOS MIGUEL, « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles - Avant propos », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27, 2010, p. 1.

¹²³⁷ LEMAIRE FELICIEN, « L'outre-mer, l'unité et l'indivisibilité de la République », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 35, février 2012, *op. cit.*, p. 106.

¹²³⁸ Décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse*, J.O., 23 janvier 2002, p. 1526, Rec., p. 70, cons. 20 et 21 : « *Considérant qu'aux termes de l'article 3 de la Constitution : "La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ne peut s'en attribuer l'exercice" ; qu'en vertu du premier alinéa de son article 34 : "La loi est votée par le Parlement ; qu'en dehors des cas prévus par la Constitution, il n'appartient qu'au Parlement de prendre des mesures relevant du domaine de la loi [...]" Considérant, en l'espèce, qu'en ouvrant au législateur, fût-ce à titre expérimental, dérogatoire et limité dans le temps, la possibilité d'autoriser la collectivité territoriale de Corse à prendre des mesures relevant du domaine de la loi, la loi déferée est intervenue dans un domaine qui ne relève que de la Constitution[...]* ».

législatif¹²³⁹. Aujourd'hui, les articles 74 et 74-1 de la Constitution prévoient pour ces territoires la mise en œuvre du principe de spécialité législative qui, selon Alain Boyer, met en exergue trois dispositions précises. Il s'agit successivement de la participation des collectivités à la fonction législative, de l'existence d'une répartition des compétences entre lois et règlements propre à chaque territoire et de la règle d'inapplicabilité de plein droit des lois¹²⁴⁰.

Pour l'ensemble de la doctrine, cette diversité de règles juridiques ne compromet pas réellement le principe d'indivisibilité qui puiserait sa source uniquement dans l'absence de toute forme de pouvoir législatif autonome autre que le Parlement¹²⁴¹. Or, l'immixtion des COM dans le domaine législatif est réalisée par la voie réglementaire. Le Conseil d'État précise en 1970 que les assemblées des TOM agissent en qualité d'assemblées administratives dont les délibérations peuvent être soumises au contrôle du juge administratif¹²⁴². Il rappelle en cela l'article 74 de la Constitution qui dispose que « *le Conseil d'État exerce un contrôle juridictionnel spécifique sur certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante intervenant au titre des compétences qu'elle exerce dans le domaine de la loi*¹²⁴³ ». Bertrand Faure explique en ce sens que « *l'indivisibilité républicaine est plus exactement traduite par le respect de l'unité de la source normative que par l'unité des normes générales*¹²⁴⁴ ». La préservation de l'unité normative assurerait dès lors la primauté du principe républicain de l'indivisibilité de la souveraineté. S'il est possible d'accréditer cette hypothèse, que dire alors du statut juridique de la Nouvelle-Calédonie qui engendre l'instauration d'une véritable dualité dans l'ordre juridique français ?

¹²³⁹ Décision n° 65-34 L du 2 juillet 1965, *Nature juridique des articles 1er, 5 et 6 de l'ordonnance n° 58-1383 du 31 décembre 1958 portant modification de certaines dispositions du régime de retraite des marins du commerce*, J.O., 23 août 1965, Rec., p. 75.

¹²⁴⁰ BOYER ALAIN, « Les autochtones français, populations, peuples ? Les données constitutionnelles », *Les autochtones de l'Outre-mer français, Droit et Cultures, Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire, l'Harmattan*, n° 37, janvier 1999, *op. cit.*, pp. 130-132.

¹²⁴¹ GRÜNDLER TATIANA, « La République française, une et indivisible ? », *RDP*, n° 2, 2007, *op. cit.*, p. 450.

¹²⁴² CE Ass., 27 février 1970, *Saïd Ali Tourqui*, Rec. Lebon, p. 138.

¹²⁴³ CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958, J.O.R.F., 5 octobre 1958, p. 9151, *op. cit.*, art. 74 al. 8.

¹²⁴⁴ FAURE BERTRAND, « Les relations paradoxales de l'expérimentation et du principe d'égalité. À propos de la décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004, Loi relative aux libertés et responsabilités locales », *RFDA*, 2004, p. 1154.

437 . L'Accord de Nouméa fait de la Nouvelle-Calédonie une collectivité *sui generis* de large autonomie. La loi organique du 19 mars 1999 qui en découle met à l'épreuve le principe de souveraineté puisque le chapitre II du titre III est consacré aux lois du pays. Comme en Polynésie française, la collectivité est donc habilitée à élaborer des lois du pays. Cependant, la similitude s'arrête ici car dans les domaines définis à l'article 99 de la loi organique, les lois du pays votées en Nouvelle-Calédonie ont force de loi. Implicitement reconnu par l'article 77 alinéa 3 de la Constitution¹²⁴⁵ conférant au Conseil constitutionnel le pouvoir de contrôler ces actes, le pouvoir législatif octroyé au Congrès néocalédonien est confirmé par l'article 107 de la loi organique du 19 mars 1999¹²⁴⁶. La capacité confiée au Congrès d'édicter des lois applicables sur le territoire de l'archipel acte donc une rupture avec *« la tradition multiséculaire de la loi comme principale marque de souveraineté »*¹²⁴⁷. Selon Jeanne Page :

*«[l'] attribution d'un véritable pouvoir législatif à la Nouvelle-Calédonie est en contradiction avec des principes aussi fondamentaux que celui d'indivisibilité de la République énoncé à l'article 1^{er} de la Constitution et d'indivisibilité de la souveraineté qui découle de son article 3 »*¹²⁴⁸.

438 . Cette remise en cause de l'unité normative entraîne l'avènement d'un nouveau concept – celui de « souveraineté partagée » – qui se retrouve d'ailleurs dans le préambule de l'Accord de Nouméa¹²⁴⁹. Ce concept est utilisé pour *« décrire les formes étatiques où le pouvoir de décision est fragmenté entre le pouvoir central et*

¹²⁴⁵ CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958, *op. cit.*, art. 77 al. 3 : *« les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la Nouvelle-Calédonie et notamment les conditions dans lesquelles certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie pourront être soumises avant publication au contrôle du Conseil constitutionnel »*.

¹²⁴⁶ LOI ORGANIQUE N° 99-209 DU 19 MARS 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F., n° 0068, 21 mars 1999, p. 4197, *op. cit.*, art. 107 al. 1 : *« Les lois du pays ont force de loi dans le domaine défini à l'article 99. Elles ne sont susceptibles d'aucun recours après leur promulgation »*.

¹²⁴⁷ LEMAIRE FELICIEN, « L'outre-mer, l'unité et l'indivisibilité de la République », *op. cit.*, p. 108.

¹²⁴⁸ PAGE JEANNE, *Du partage des compétences au partage de la souveraineté : des territoires d'outre-mer aux « pays d'outre-mer »*, PUAM, coll. collectivités locales, Aix-en-Provence, 2001, p. 364.

¹²⁴⁹ ACCORD SUR LA NOUVELLE-CALEDONIE SIGNE A NOUMEA LE 5 MAI 1998, J.O.R.F., n° 121, 27 mai 1998, p. 8039, *op. cit.*, préambule, pt. 5 al. 9 : *« Le partage des compétences entre l'Etat et la Nouvelle-Calédonie signifiera la souveraineté partagée »*.

les collectivités publiques infra-étatiques¹²⁵⁰ » et soulève de nombreuses controverses. Une partie de la doctrine considère ainsi que le principe de souveraineté a perdu de sa rigidité et appréhende ce nouveau partage comme étant la capacité d'exercer des compétences de gestion collective¹²⁵¹. Ce partage comprendrait d'une part, la capacité pour les collectivités publiques infra-étatiques d'exercer des compétences dans les domaines le plus souvent dévolus aux organes centraux et, d'autre part, de disposer de pouvoirs juridiques et, plus spécifiquement, d'une capacité législative¹²⁵². La compétence d'auto-organisation des collectivités infra-étatiques serait également un élément de la souveraineté partagée car ces personnes morales détiendraient « la compétence de leur compétence¹²⁵³ » et participeraient de manière plus ou moins importante à leur propre organisation institutionnelle. Le statut de la Nouvelle-Calédonie paraît réunir l'ensemble de ces caractéristiques.

Ainsi, l'Accord de Nouméa prévoit le transfert progressif de toutes les compétences à la Nouvelle-Calédonie, hormis les compétences régaliennes qui resteront sous la responsabilité de l'État¹²⁵⁴. Le Congrès néocalédonien dispose également d'une capacité législative¹²⁵⁵ et d'un pouvoir d'auto-organisation mentionné dans le préambule de l'Accord de Nouméa¹²⁵⁶. Jean-Yves Faberon considère que le modèle

¹²⁵⁰ MOYRAND ALAIN, « Théorie de la souveraineté partagée », dans FABERON JEAN-YVES, AGNIEL GUY (dir.), *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, La documentation française, coll. notes et études documentaires, Paris, 2000, *op. cit.*, p. 29.

¹²⁵¹ WEBERT FRANCINE, « L'ordre juridique français : de la centralisation à la souveraineté partagée », dans FABERON JEAN-YVES, AGNIEL GUY (dir.), *La souveraineté en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, La documentation française, coll. notes et études documentaires, n° 5113-14, Paris, 2000, *op. cit.*, p. 26.

¹²⁵² MOYRAND ALAIN, « Théorie de la souveraineté partagée », *op. cit.*, p. 32.

¹²⁵³ MICHALON THIERRY, « Pour la Nouvelle-Calédonie, l'hypothèse fédérale », dans FABERON JEAN-YVES (dir.), *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie. L'évolution des liens de la France avec ces collectivités périphériques*, La documentation française, coll. notes et études documentaires, Paris, 1997, *op. cit.*, p. 232.

¹²⁵⁴ Les compétences régaliennes étant la défense, la monnaie, la justice, l'ordre public et les relations extérieures.

¹²⁵⁵ La Cour EDH a reconnu la qualité de « corps législatif » au Congrès de Nouvelle-Calédonie dans l'arrêt PY c/ France du 11 janvier 2005.

¹²⁵⁶ ACCORD SUR LA NOUVELLE-CALÉDONIE SIGNÉ À NOUMÉA LE 5 MAI 1998, *op. cit.*, préambule, pt.5, al. 9 : « Des compétences seront transférées dès la mise en oeuvre de la nouvelle organisation. D'autres le seront selon un calendrier défini, modulable par le Congrès, selon le principe d'auto-organisation ».

de souveraineté partagée est également caractérisé en Nouvelle-Calédonie par l'introduction de la citoyenneté néocalédonienne¹²⁵⁷.

439 . En outre, ce statut semble avoir ouvert la voie à une immixtion de plus en plus conséquente des collectivités territoriales dans le champ du pouvoir législatif. Ainsi en est-il de la Polynésie française à la suite de la loi organique du 27 février 2004 précitée puis, dans une moindre mesure, de la possibilité conférée aux DOM-ROM de fixer eux-mêmes les règles applicables sur leur territoire dans certains domaines relevant habituellement de l'État¹²⁵⁸. Enfin, la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 autorise l'ensemble des collectivités territoriales et leurs groupements à pratiquer l'expérimentation¹²⁵⁹. Si cette dernière reste très encadrée, elle permet néanmoins à une collectivité territoriale de déroger aux dispositions législatives ou réglementaires relatives à l'exercice de leurs compétences. Ces dispositions corroborent l'idée selon laquelle l'État central n'est plus le seul producteur de droit et, par la même, l'infléchissement de la souveraineté.

440 . Certains auteurs soutiennent à cet égard que la pratique constitutionnelle française tendant vers cette « souveraineté partagée » revient à conférer à l'État les critères, toutefois asymétriques et partiels, d'un certain fédéralisme. Ainsi, Thierry Michalon, reprenant les critères du fédéralisme exposés par Guy Héraud¹²⁶⁰, observe que certaines techniques qualifiées de fédérales sont réellement analogues à ce que notre droit public désigne sous le vocable de décentralisation¹²⁶¹. Relevant l'autonomie des entités membres, il reprend en cela les exemples précédemment cités tels que le pouvoir d'auto-organisation ou le bénéfice de la décentralisation législative. Il relève également la présence dans les collectivités d'outre-mer d'une pratique qu'il nomme la « *subsidiarité des compétences des organes fédéraux*¹²⁶² ». En effet, dans la majeure partie des États fédéraux, les organes fédéraux possèdent une liste de compétences nominativement énumérées et des compétences de principes

¹²⁵⁷ FABERON JEAN-YVES, « La nouvelle donne institutionnelle en Nouvelle-Calédonie », *RFDC*, n° 38, 1999, p. 361.

¹²⁵⁸ CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958, *op. cit.*, art. 73 al. 3.

¹²⁵⁹ *Ibid.*, art. 72 al. 4.

¹²⁶⁰ HÉRAUD GUY, *Les principes du fédéralisme et la fédération européenne*, Presses d'Europe, Paris, 1968, cité par : MICHALON THIERRY, *Pour la Nouvelle-Calédonie, l'hypothèse fédérale*, *op. cit.*, pp. 231 et s.

¹²⁶¹ *Ibidem*.

non délimitées sont accordées aux États membres. Cette « subsidiarité » se distingue de la technique de décentralisation chère à l'État français et reposant sur une répartition des compétences inverses entre l'État et les collectivités territoriales.

441 . Le statut néocalédonien a grandement contribué à évoquer cette idée de fédéralisme et de souveraineté partagée, ce d'autant plus que l'article 77 de la Constitution prévoit l'irréversibilité du transfert de compétences de l'État vers la Nouvelle-Calédonie. Théoriquement, cela signifie qu'aucune loi organique postérieure ne sera autorisée à revenir sur ces compétences¹²⁶³. Cependant, l'État français reste fondé sur l'unicité de l'ordonnancement constitutionnel et « *si le législateur ne peut revenir sur ce qui a été fait, rien n'empêche en revanche le pouvoir constituant de réduire les compétences concédées*¹²⁶⁴ ». Cette organisation peut donc être remise en cause par une nouvelle révision constitutionnelle. À cet égard, Anne-Marie Le Pourhiet qualifie le caractère « irréversible » des transferts de « *pure affirmation politique* », de « *promesses morales, sur [lesquelles] rien n'empêche le pouvoir constituant souverain de revenir*¹²⁶⁵ ». Cette affirmation, en théorie incontestable, semble pour certains « *difficilement concevable en raison de l'accord politique dont elle est l'expression*¹²⁶⁶ ».

442 . Pour Anne-Marie Le Pourhiet, le concept même de souveraineté partagée est un non-sens car dans un État unitaire tel que la France, la souveraineté appartient uniquement au titulaire du pouvoir constituant¹²⁶⁷. La situation est différente dans un État fédéral où le pouvoir constituant est divisé et opère dès lors un véritable partage de souveraineté au sein de la structure étatique.

¹²⁶² *Ibidem*.

¹²⁶³ CHAUCHAT MATHIAS, « Le Principe d'irréversibilité constitutionnelle de l'organisation politique de la Nouvelle-Calédonie », *Politéia*, n° 20, 2011.

¹²⁶⁴ LEMAIRE FELICIEN, « Propos sur la notion de "souveraineté partagée" ou sur l'apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté », *RFDC*, n° 92, 2012, p. 843.

¹²⁶⁵ LE POURHIET ANNE-MARIE, « Nouvelle-Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme », *RDP*, n° 4, 1999, *op. cit.*, p. 1023.

¹²⁶⁶ MARCOU GERARD, « L'autonomie dans la République : jusqu'où? », dans FABERON JEAN-YVES, FAYAUD VIVIANE, REGNAULT JEAN-MARC (dir.), *Destins des collectivités politiques d'Océanie. Peuples, populations, nations, Etats, territoires, pays, patries, communautés, frontières*, PUAM, I Théories et pratiques, coll. Droit d'Outre-Mer, Aix-en-Provence, 2011, *op. cit.*, p. 61.

¹²⁶⁷ LE POURHIET ANNE-MARIE, « Nouvelle-Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme », *op. cit.*, p. 1022.

Selon Félicien Lemaire, le crédit croissant donné au principe d'un partage de souveraineté est compréhensible. Toutefois, s'appuyant sur les réflexions de Raymond Carré de Malberg, il pense qu'est ici opérée une confusion entre la souveraineté nationale et ses simples attributs¹²⁶⁸. Lorsque Raymond Carré de Malberg évoque la notion d'État mi-souverain, il explique que cette théorie a « *le tort de reposer sur une confusion de la souveraineté et de la puissance étatique*¹²⁶⁹ », dépendante des attributs de la souveraineté. En ce sens, la souveraineté partagée s'entendrait uniquement du point de vue de l'exercice de la souveraineté et non de son essence dans son expression la plus haute, le pouvoir constituant¹²⁷⁰.

Entendu en ce sens, la France n'aurait nul besoin de s'orienter vers le fédéralisme mais resterait un État unitaire, partageant non point sa souveraineté mais les attributs de cette dernière. Cette pratique de plus en plus fréquente, participerait en cela au renouvellement du regard sur la dévolution des pouvoirs dans un État qui, bien qu'unitaire ne saurait plus être considéré comme auparavant omnicompétent.

443 . En cela et sans doute plus justement, Alain Moyrand considère que le modèle néocalédonien s'apparente actuellement au régime des États autonomistes, forme hybride empruntant à la fois des éléments constitutifs des États unitaires et des États fédéraux¹²⁷¹. En effet, la France ne dispose que d'une Constitution, à l'instar des États autonomiques qui demeurent donc dans le principe des États unitaires. En outre, le statut de la Nouvelle-Calédonie est défini par une loi organique au même titre que les entités autonomes disposant pareillement d'un pouvoir législatif soumis au contrôle de constitutionnalité.

Si les compétences des collectivités françaises infra-étatiques n'ont jamais été inscrites dans la Constitution, le mécanisme retenu par l'article 77 pour la Nouvelle Calédonie institue un nouveau point commun avec les collectivités

¹²⁶⁸ LEMAIRE FELICIEN, « Propos sur la notion de "souveraineté partagée" ou sur l'apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté », *op. cit.*, p. 842.

¹²⁶⁹ CARRÉ DE MALBERG RAYMOND, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Dalloz, T. I, Réed., Paris, 2004, *op. cit.*, p. 141.

¹²⁷⁰ LEMAIRE FELICIEN, « Propos sur la notion de "souveraineté partagée" ou sur l'apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté », *op. cit.*, p. 846.

¹²⁷¹ MOYRAND ALAIN, « Théorie de la souveraineté partagée », *op. cit.*, p. 37.

autonomiques. Alain Moyrand modère toutefois son propos en précisant que « *les pays d'outre-mer ne peuvent pas contrairement à ce que prévoient les autres États autonomiques, déférer au juge constitutionnel une loi de l'État qui viendrait empiéter sur leur domaine de compétence exclusive*¹²⁷² ». Or, la révision constitutionnelle du 28 mars 2004 mentionne désormais au sein de l'article 74 que « *l'assemblée délibérante peut modifier une loi promulguée postérieurement à l'entrée en vigueur du statut de la collectivité, lorsque le Conseil constitutionnel, saisi notamment par les autorités de la collectivité, a constaté que la loi était intervenue dans le domaine de compétence de cette collectivité* ».

444 . Ainsi, et sans nier que la littérature du siècle des Lumières soit nécessaire à la compréhension de l'histoire de l'État, il paraît nécessaire de l'actualiser. Dans le cas contraire, continueraient à être véhiculés des concepts idéalisés mais déconnectés de l'histoire nationale immédiate¹²⁷³.

¹²⁷² *Ibid.*, p. 38.

¹²⁷³ TORCOL SYLVIE, « La théorie constitutionnelle face aux mutations contemporaines du droit public – ce qu' (e n)'en disent (pas ?) les manuels en général et la doctrine en particulier », dans *VIIème Congrès français de droit constitutionnel, Atelier n° 2*, MAVRIAS KOSTAS, MÉLIN-SOUCRAMANIEN FERDINAND (dir.), AFDC, Paris, 2008, *op. cit.*, p. 9.

CHAPITRE II :

LA RELECTURE DU MONISME JURIDIQUE ET DE L'ÉGALITÉ POUR UNE NOUVELLE DÉMOCRATIE

445 . Dans l'objectif de consolider l'État-nation unitaire français, le principe d'égalité est, depuis 1789 et les théories de Jean-Jacques Rousseau, le terreau de la citoyenneté française. L'idéal de Rousseau a pour dessein d'instaurer une véritable démocratie par le biais de la souveraineté populaire, conséquence logique du principe d'égalité. Cependant, « *les dangers inhérents à la phase de réalisation de la démocratie*¹²⁷⁴ » conduisent à adopter une approche plus indirecte, celle de la souveraineté nationale qui a engendré au sein de l'État une unité et une identité nationales prohibant toutes distinctions. Or, « *depuis le début des années 1960, la diversité culturelle des sociétés civiles occidentales est devenue un objet de controverses publiques*¹²⁷⁵ » engendrant une demande d'égalité réelle. La démocratie ardemment défendue par les auteurs révolutionnaires ne peut plus aujourd'hui être assurée par une égalité formelle entre les citoyens. Dès les années 1980, le « *caractère fictionnel de l'égalité*¹²⁷⁶ » est dénoncé comme muselant les orientations culturelles des minorités et devient, à ce titre, la source même des discriminations ethniques, raciales ou religieuses (Section I).

¹²⁷⁴ LEVADE ANNE, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, n° 111, 2004, p. 58.

¹²⁷⁵ HELLY DENISE, « Minorités ethniques et nationales : les débats sur le pluralisme culturel », *L'Année sociologique*, vol. 52, 2002, p. 147.

¹²⁷⁶ *Ibid.*, p. 151.

446 . Ce phénomène est perceptible dans le combat des Kanaks contre la colonisation et pour la reconnaissance de leur autodétermination. Ces derniers, soutenus et confortés par les dispositions des normes internationales, souhaitent désormais s'administrer eux-mêmes et ne plus être contraints par un droit étatique qui leur a été imposé (Section II).

SECTION I | UNE RECONCEPTUALISATION DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ

447 . Issue du *Contrat social* de Jean-Jacques Rousseau, l'égalité est l'unique principe révolutionnaire à n'avoir jamais été contesté depuis la Révolution française¹²⁷⁷. À l'origine, l'égalité était conceptualisée de façon formelle interdisant toutes discriminations fondées sur l'origine, la religion ou encore la race. Elle s'entendait et s'entend encore parfois comme une égalité stricte dans la jouissance et l'exercice des droits (§1). Cependant, amalgamer égalité et uniformité et « *en appeler à l'universalité pour refuser la diversité serait aller à l'encontre même des principes d'égalité et de non discrimination*¹²⁷⁸ ». Certains prônent aujourd'hui une égalité substantielle dite aussi « *"justice de groupe" [...qui] se centre sur les caractéristiques et (dés)avantages du groupe*¹²⁷⁹ ». Partant de ce postulat et, pour ne pas perdre leur légitimité, les piliers républicains que sont entre autres la démocratie et l'État de droit devraient être reconceptualisés (§2).

§ 1 | L'UTOPIE ÉGALITAIRE : L'ORIGINE DE L'ÉGALITE FORMELLE

448 . Selon Jürgen Habermas, les démocraties modernes suivent un schéma qui agence avec plus ou moins d'importance trois éléments essentiels que sont une « *autonomie publique des citoyens en tant que membres de l'État, [une] autonomie privée des citoyens en tant que membres de la société, et l'indépendance de la sphère*

¹²⁷⁷ LEVADE ANNE, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *op. cit.*, p. 56.

¹²⁷⁸ CNCDH, *Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : La situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des amérindiens de Guyane*, J.O.R.F., n° 0061, 12 mars 2017, texte n° 33, *op. cit.*, p. 33.

¹²⁷⁹ DE VOS MARC, *Au-delà de légalité formelle. L'action positive au titre des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE*, Commission européenne, Luxembourg, 2008, p. 10.

*publique qui fonctionne comme l'intermédiaire entre l'État et la société*¹²⁸⁰ ». La tradition républicaine d'inspiration française (B) se focalise sur le premier élément, tandis que l'autonomie privée est privilégiée par le libéralisme anglo-saxon (A). Ces deux théories sont à l'origine du développement du principe de l'égalité formelle, selon lequel l'égalité est absolue, même si elles en ont toutes deux une acception différente.

A | La théorie libérale : l'égalité dans la liberté

449 . Favorable à l'hétérogénéité culturelle, la théorie libérale cantonne néanmoins cette dernière à la sphère privée, la sphère publique se devant nécessairement de rester neutre¹²⁸¹. À cet égard, l'État ne saurait intervenir dans la définition de valeurs morales ou culturelles mais sa « *structure [...serait] établie dans l'idée de permettre à chaque individu de conduire sa propre vie de manière autonome*¹²⁸² ». En d'autres termes, pour les libéraux, l'État a pour unique vocation de protéger les droits des individus et d'assurer leur coexistence. À ce titre, il se doit d'assurer la priorité du juste sur le bien. Ainsi entendu, cela signifie que l'État coordonne la société par le biais de principes qui ne supposent pas l'adoption d'une conception du bien particulière. Les principes de justice qui permettent de maintenir la société en ordre sont prétendument établis de manière impartiale sans influence d'une conception particulière du bien¹²⁸³. Une fois ces principes mis en œuvre, aucune action ne sera tenue pour acceptable si elle vient contredire les principes de justice. Or, dans la conception libérale, le principe essentiel qu'il convient de protéger est celui qui garantit une liberté égale pour tous. Pour John Rawls, il serait

¹²⁸⁰ HABERMAS JÜRGEN, « Au-delà du libéralisme et du républicanisme, la démocratie délibérative », *Raison publique*, n° 1, trad. CHAVEL SOLANGE, 2003, pp. 42-43.

¹²⁸¹ HELLY DENISE, « Minorités ethniques et nationales : les débats sur le pluralisme culturel », *op. cit.*, pp. 147-148.

¹²⁸² HABERMAS JÜRGEN, « Au-delà du libéralisme et du républicanisme, la démocratie délibérative », *op.cit.*, p. 45.

¹²⁸³ SPITZ JEAN-FABIEN, « Le républicanisme, une troisième voie entre libéralisme et communautarisme », 1995, En ligne : <<http://www.revue-lebanquet.com/le-republicanisme-une-troisieme-voie-entre-liberalisme-et-communautarisme/>>.

même « le principe » car, selon lui, la liberté est nécessairement un bien dans n'importe quelle conception de la vie bonne¹²⁸⁴.

La tradition libérale prône et protège donc la « Liberté des Modernes » « *qui trouve son expression la plus ramassée dans la liste des droits de l'homme*¹²⁸⁵ ». En définitive, pour un libéral, la liberté des hommes passe nécessairement par le respect de « *l'égalité de leurs droits aux mêmes libertés fondamentales (opinion, conscience, culte, choix des buts de vie [...])*¹²⁸⁶ ».

450 . Un État n'est alors véritablement démocratique que s'il assume de limiter son pouvoir dans le but affiché de garantir l'autonomie de la société en protégeant les droits individuels et ceux des groupes d'individus qui la composent¹²⁸⁷. La finalité principale de la communauté politique est alors de protéger ces libertés¹²⁸⁸, le processus démocratique devant uniquement faire le lien entre « *les mesures politiques du gouvernement et les intérêts éclairés des citoyens privés*¹²⁸⁹ ».

451 . L'idéal d'égalité tel que conçu par les libéraux en tant que « *droit primordial et égal à la liberté*¹²⁹⁰ » entraîne cependant deux écueils.

Cette minimisation de l'intervention politique engendre une rupture de l'égalité socio-économique occasionnant la formation d'inégalités manifestes. Or, si cette conséquence est jugée, par la théorie libérale, moins préoccupante que le risque de despotisme que pourrait déclencher une implication plus poussée de l'État, il n'en reste pas moins que les disparités sociales ainsi créées, notamment la pauvreté, remettent grandement en cause la jouissance du droit à la liberté¹²⁹¹.

¹²⁸⁴ RAWLS JOHN, *Libéralisme politique*, PUF, Catherine Audard, Paris, 1995, 401 p.

¹²⁸⁵ HABERMAS JÜRGEN, « Au-delà du libéralisme et du républicanisme, la démocratie délibérative », *op. cit.*, p. 44.

¹²⁸⁶ RENAUT ALAIN, « Républicanisme ou libéralisme », 2006, En ligne : <http://philosophie.ac-amiens.fr/sites/philosophie.ac-amiens.fr/IMG/pdf/Renaut_republicanisme_2006.pdf>.

¹²⁸⁷ LEBOYER OLIVIA, « Républicanisme et libéralisme - Points de rencontre », *Le Philosophoire*, n° 39, 2013, p. 72.

¹²⁸⁸ VIROLI MAURIZIO, « Républicanisme, libéralisme et communautarisme », *Klesis - Revue philosophique*, 2011, En ligne : <<http://www.revue-klesis.org/pdf/Varia01ViroliRepublicanisme.pdf>>.

¹²⁸⁹ HABERMAS JÜRGEN, « Au-delà du libéralisme et du républicanisme, la démocratie délibérative », *op. cit.*, p. 45.

¹²⁹⁰ HELLY DENISE, « Minorités ethniques et nationales : les débats sur le pluralisme culturel », *op. cit.*, p. 150.

¹²⁹¹ *Ibidem*.

En outre, la valorisation du « *pathos de la réalisation de soi de la personne individuelle qui poursuit son projet de vie privée avec le moins d'entraves possibles*¹²⁹² » est susceptible d'entraîner une désertion de l'espace public. Bien que fervent défenseur de la démocratie américaine, Alexis de Tocqueville s'est inquiété le premier de cette extrême valorisation de la liberté individuelle risquant de générer un repli identitaire dans la sphère privée.

« Libéral, Tocqueville reconnaît la supériorité d'une société fondée sur la liberté individuelle. Mais il exprime également un souci de la vertu civique et de la participation politique qui pourrait l'apparenter à la tradition républicaine¹²⁹³ ».

452 . Dans la théorie libérale classique, la citoyenneté est en effet davantage perçue comme « *inclusion égalitaire mettant l'accent sur l'autonomie et la sécurité de tout individu face à tout pouvoir et, sur la défense des libertés fondamentales*¹²⁹⁴ ». Se focalisant sur les libertés individuelles, voyant dans l'égalité un accès identique à ces mêmes libertés, cette philosophie politique entraînerait pour certains le développement des intérêts particuliers au détriment de l'intérêt général dont les citoyens se détourneraient, provoquant de ce fait, « *l'anéantissement de la chose publique*¹²⁹⁵ ». C'est ce contre quoi luttent les tenants du républicanisme pour qui la citoyenneté implique avant tout une participation politique active.

B| Le républicanisme : l'égalité citoyenne

453 . Tant pour les libéraux que pour les républicains, le pouvoir suprême doit être limité mais, si pour les libéraux l'absolutisme étatique est synonyme de menace

¹²⁹² HABERMAS JÜRGEN, « Au-delà du libéralisme et du républicanisme, la démocratie délibérative », *op. cit.*, p. 45.

¹²⁹³ LEBOYER OLIVIA, « Républicanisme et libéralisme - Points de rencontre », *Le Philosophoire*, n° 39, 2013, p. 73.

¹²⁹⁴ HELLY DENISE, « Minorités ethniques et nationales : les débats sur le pluralisme culturel », *op. cit.*, p. 149.

¹²⁹⁵ DEBRAY REGIS, « Etes-vous démocrate ou républicain? », *Le Nouvel Observateur*, 1995.

pour les libertés citoyennes, pour les républicains en revanche, il inquiète davantage par le risque qu'il fait courir à l'autonomie et à la participation politique¹²⁹⁶.

À la différence du libéralisme, la théorie républicaine considère que la démocratie nécessite une citoyenneté active afin de défendre et de protéger les acquis de la société. Opposée à la « Liberté des Modernes », elle promeut la « Liberté des Anciens » issue des conceptions athéniennes de la démocratie et donne « *aux citoyens la possibilité d'exercer en commun leur autonomie*¹²⁹⁷ ». En d'autres termes, l'autonomie privée ne saurait suffire à garantir la démocratie, le risque de despotisme étant avéré dès lors que les citoyens se détournent de la chose publique pour se satisfaire de petits bonheurs privés¹²⁹⁸. Participer à la souveraineté et contrôler l'autorité politique est une responsabilité que tous les citoyens se doivent de partager de manière égale.

454 . L'égalité républicaine ne se contente pas seulement d'invoquer l'égalité des droits politiques et civiques mais, afin de permettre leur pleine effectivité, elle affirme également la garantie pour tout citoyen d'accéder aux mêmes « *conditions sociales, économiques et culturelles*¹²⁹⁹ ». Ainsi seul le mérite autoriserait les citoyens à accéder aux honneurs des éventuelles carrières publiques et les hautes sphères du pouvoir ne seraient plus uniquement réservées à la catégorie des citoyens riches et puissants qui auparavant monopolisaient le pouvoir¹³⁰⁰. L'égalité républicaine se distingue en cela de l'égalité libérale.

455 . Pourtant, si selon Denise Helly, le principe de fraternité permet de compenser certaines inégalités socio-économiques en faisant le lien entre liberté et égalité¹³⁰¹, d'autres écueils peuvent toutefois être recensés. En théorisant l'égalité citoyenne comme un engagement à défendre des valeurs communes afin d'assurer le bon fonctionnement du régime garanti par la Constitution, le républicanisme formule un prérequis qui n'a cependant rien d'irrécusable. Il insiste :

¹²⁹⁶ HABERMAS JÜRGEN, « Au-delà du libéralisme et du républicanisme, la démocratie délibérative », *op. cit.*, p. 44.

¹²⁹⁷ *Ibidem.*

¹²⁹⁸ RENAUT ALAIN, « Républicanisme ou libéralisme », *op. cit.*

¹²⁹⁹ VIROLI MAURIZIO, « Républicanisme, libéralisme et communautarisme », *op. cit.*

¹³⁰⁰ *Ibidem.*

« sur l'appartenance à une communauté historique. En effet, ce qui permet à la vertu civique de s'exprimer, c'est l'identification des citoyens à des valeurs qui sont celles d'une culture particulière et non exclusivement des valeurs universalistes¹³⁰² ».

Ce que certains chercheurs qualifient de principe d'égalité à la « française » a effectivement pour principal objectif la volonté de renforcer l'État républicain unitaire en prohibant toute différenciation citoyenne¹³⁰³. À cet égard, la France a toujours proscrit la mise en œuvre de mesures de discriminations positives susceptibles de remettre en cause l'idéal de l'unité nationale. Les programmes de discriminations positives s'entendent en effet comme *« un programme obligatoire de distribution préférentielle d'un bien ou d'une prestation aux membres d'une minorité ou d'un groupe social défavorisé en vue de compenser l'inégalité sociale¹³⁰⁴ »*. Or, les politiques publiques françaises se sont toujours refusées à avoir comme destinataires des individus identifiés en fonction de leurs origines ou de leurs caractéristiques ethno-raciales¹³⁰⁵. Renvoyant *« l'individu à un statut, le rabat[ant] à une appartenance qu'il n'a pas choisie (son sexe, sa couleur de peau, son handicap)¹³⁰⁶ »*, ces mesures seraient le ferment d'une division nationale apparemment radicalement incompatible avec l'égalité « à la française »¹³⁰⁷.

456 . Cette conception ne prône cependant pas l'égalitarisme absolu mais privilégie plutôt un traitement équivalent face à des situations semblables¹³⁰⁸. Le modèle républicain semble instituer des inégalités compensatrices sur la base des

¹³⁰¹ HELLY DENISE, « Minorités ethniques et nationales : les débats sur le pluralisme culturel », *op. cit.*, p. 150.

¹³⁰² POLICAR ALAIN, « Citoyenneté libérale et citoyenneté républicaine : une tentative de conciliation », En ligne : <<http://institut.fsu.fr/Citoyennete-liberale-et.html>>.

¹³⁰³ LEVADE ANNE, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, n° 111, 2004, *op. cit.*, p. 58.

¹³⁰⁴ CALVÈS GWENAËLE, *Les politiques de discrimination positive*, La documentation française, coll. Problèmes politiques et sociaux, n° 822, Paris, 1999, p. 2.

¹³⁰⁵ CALVÈS GWENAËLE, « Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », *Pouvoirs*, n° 111, 2004, p. 30.

¹³⁰⁶ JOUANJAN OLIVIER, « Égalité », dans ALLAND DENIS, RIALS STEPHANE (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF-Lamy, Paris, 2003, pp. 585-589.

¹³⁰⁷ LEVADE ANNE, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *op. cit.*, p. 59.

¹³⁰⁸ *Ibid.*, p. 60.

seules caractéristiques socio-économiques¹³⁰⁹. Pourtant, lorsque Gwénaële Calvès étudie les pratiques françaises, elle constate que sous couvert de résorption des inégalités sociales, les politiques publiques privilégient implicitement les minorités ou les populations autochtones. Réalisant un parallèle avec les États-Unis, elle estime que la pratique française s'apparente à « *l'équivalent fonctionnel d'une politique préférentiel centrée sur des groupes d'appartenance*¹³¹⁰ ». Si ces politiques restent avant tout sociales, il reste qu'objectivement elles se trouvent appliquées à certains groupes, ce malgré ce que le professeur Calvès qualifie de « *tabou républicain de l'origine*¹³¹¹ ».

457 . Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale estime en ce qui le concerne que le refus de reconnaissance des peuples autochtones fait échec à la mise en place d'une véritable égalité de tous les citoyens devant la loi. Craignant que : « *cette situation soit de nature à empêcher l'État partie d'adopter les mesures les plus adéquates et les plus ciblées répondant aux préoccupations et besoins spécifiques, notamment des peuples autochtones*¹³¹² », il incite le gouvernement français à « *conduire des politiques mieux ciblées [...] afin d'assurer une égalité de traitement entre les différentes composantes de sa population*¹³¹³ ».

458 . La fiction de l'unité citoyenne, celle du rattachement à des idéaux communs, néglige sans doute le fait que les sociétés modernes sont :

« *complexes et hautement différenciées, où la politique fait face à la concurrence – en temps et en attention – de la classe sociale, de l'ethnicité,*

¹³⁰⁹ CALVÈS GWENAËLE, « Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », *op. cit.*, pp. 30-31.

¹³¹⁰ CALVÈS GWENAËLE, « Affirmative Action in French Law », *La Revue Tocqueville*, vol. XIX, n° 2, 1998, pp. 167-177.

¹³¹¹ CALVÈS GWENAËLE, « Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », *op. cit.*, p. 32.

¹³¹² COMITE POUR L'ELIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE, *Observations finales concernant le vingtième et vingt-et-unième rapports périodiques de la France*, 10 juin 2015, CERD/C/FRA/CO/20-21, *op. cit.*, para.11.

¹³¹³ *Ibidem*.

de la religion et de la famille, et où ces quatre composantes ne rassemblent pas les gens mais les séparent plutôt, les divisent¹³¹⁴ ».

Pour le professeur de philosophie Jean-Jacques Sarfati, l'égalité est le produit d'une opération d'égalisation qui confère « à un ensemble composé de singularités disparates et dispersées, la forme et l'apparence d'un tout ordonné¹³¹⁵ ». Il précise toutefois que l'égalité absolue ne saurait exister et que la finalité de l'égalisation ne peut raisonnablement être de rendre identique ce qui est différent mais bien plutôt de faire en sorte que « le dissemblable, malgré sa différence, ne se [disjoigne] plus de ce qui pourrait s'opposer à lui [...], arrivant à] ce moment où les différences finissent par se tolérer mutuellement¹³¹⁶ ». Cet idéal ne paraît envisageable que si une autre acception de la démocratie est proposée. Selon Alain Renaut, professeur de philosophie politique :

« À nous convaincre que l'alchimie républicaine, telle du moins que nous la pratiquons en France, constitue une formule magique qui nous prémunit contre toutes les difficultés, nous restons trop prudemment, trop frileusement, trop paresseusement fixés sur une certaine représentation de la démocratie, dont nous attendons que les recettes déjà anciennes apportent aux problèmes de l'heure les solutions qu'ils appellent¹³¹⁷ ».

§ 2 | VERS UNE DÉMOCRATIE RENOUVELÉE

459 . Les deux théories libérale et républicaine, telles que conçues originellement, s'avèrent posséder une conception de l'égalité et de la liberté qui laisse à la marge une partie non négligeable de la population. L'inventaire des inégalités de faits persistantes « contraint [...] les États démocratiques, les

¹³¹⁴ WALZER MICHAEL, « Communauté, citoyenneté et jouissance de droits », *Esprit*, n° 3-4, 1997, p. 130.

¹³¹⁵ SARFATI JEAN-JACQUES, « Égalité, demi-leurre et éthique en acte de la gouvernance », *Le Philosophoire*, n° 37, 2012, p. 57.

¹³¹⁶ *Ibid.*, p. 58.

¹³¹⁷ RENAUT ALAIN, « Républicanisme ou libéralisme », *op. cit.*

*institutions publiques à réviser leur appréhension du principe de l'égalité*¹³¹⁸ » (A). En outre, ces théories ne paraissent pas antagonistes avec une reconnaissance des peuples autochtones et de leurs droits (B).

A | Le développement de l'égalité substantielle

460 . Les postulats libéraux et républicains font l'objet d'un certain nombre de contestations. Le libéralisme anglo-saxon guidé par la règle de non-ingérence prône sans doute une tolérance pour la diversité mais néglige, selon certains auteurs, un principe primordial, celui de l'égalité substantielle. Or, ce principe ne saurait être assuré que par le démantèlement d'une idée préconçue, celle de la neutralité culturelle d'un État (1). Cette reconceptualisation de la théorie libérale, débarrassée de certaines préconceptions, entraîne l'avènement de l'homme concret et corrélativement la fin d'une « *humanité assez abstraite pour que les volontés fussent interchangeables, les besoins équivalents et semblables les possibilités*¹³¹⁹ » (2).

1 / LA REMISE EN CAUSE DE LA NEUTRALITÉ CULTURELLE

461 . Certains philosophes, dont Charles Taylor, rejettent le libéralisme classique en ce qu'il assoit la cohésion sociale sur une vision uniforme de la citoyenneté, insensible aux appartenances communautaires¹³²⁰. Will Kymlicka rejoint cette pensée tout en précisant que l'universalisme juridique prônant la « neutralité bienveillante » de l'État et de ses institutions s'avère largement utopique¹³²¹. Un État ne saurait effectivement être neutre, ses actions étant nécessairement influencées par une culture nationale majoritaire. Selon Raymond Williams, cette culture dominante

¹³¹⁸ KOUBI GENEVIEVE et GUGLIELMI GILLES J., « Introduction », dans *L'égalité des chances*, La Découverte, coll. Recherches, Paris, 2000, p. 8.

¹³¹⁹ BURDEAU GEORGES, *Traité de science politique, t. VII, La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique*, L.G.D.J., 2^{ème} éd., Paris, 1973, p. 43.

¹³²⁰ TAYLOR CHARLES, *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Aubier, Paris, 1994, pp. 61 et s.

est « *l'ensemble des interprétations, rarement expliquées et plutôt prises pour acquises, qui régissent les relations quotidiennes entre les personnes dans les principaux aspects de leur vie sociale*¹³²² ». Will Kymlicka précise davantage ce concept de culture nationale majoritaire en expliquant que :

« *les décisions d'un gouvernement touchant la langue d'usage, les frontières administratives, les jours fériés et les symboles de l'État impliquent nécessairement que celui-ci reconnaisse et favorise les intérêts et l'identité de groupes ethniques ou nationaux particuliers. Inévitablement, l'État fait la promotion de certaines identités culturelles qui, par la même, portent préjudices aux autres*¹³²³ ».

462 . De cette analyse, découle également le fait que la distinction rigide entre sphère publique et sphère privée doit être relativisée. Selon Denise Helly, il s'agit là d'une création politique¹³²⁴. Les frontières entre les sphères sont en réalité poreuses et de nombreux domaines théoriquement cantonnés dans l'espace privé, tels que les rapports entre parents et enfants, sont en réalité majoritairement régis par l'État¹³²⁵. Finalement, sous couvert de neutralité politique, se dévoile progressivement une pratique assimilationniste qui tend à imposer comme universels des concepts et principes issus d'une culture particulière. D'après Will Kymlicka, « *l'idéal de "neutralité bienveillante" n'est pas, en fait, bienveillant. Il ne tient pas compte du fait que les membres d'une minorité nationale subissent un préjudice auquel ne sont pas exposés les membres de la majorité*¹³²⁶ ».

¹³²¹ KYMLICKA WILL, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit de minorités*, La Découverte, coll. Textes à l'appui / Politique et société, Paris, 2001, op. cit., p. 13.

¹³²² WILLIAMS RAYMOND, *Problems in Materialism and Culture : Selected Essays*, Verso, Londres, 1980, 277 p., cité par : HELLY DENISE, « Minorités ethniques et nationales : les débats sur le pluralisme culturel », *L'Année sociologique*, vol. 52, 2002, op. cit., p. 153.

¹³²³ KYMLICKA WILL, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit de minorités*, op. cit., p. 158.

¹³²⁴ HELLY DENISE, « Minorités ethniques et nationales : les débats sur le pluralisme culturel », op. cit., p. 152.

¹³²⁵ *Ibidem*.

¹³²⁶ KYMLICKA WILL, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit de minorités*, op. cit., p. 162.

463 . L'impact du colonialisme, sur les populations autochtones notamment, ne pourra être résorbé que si le désavantage systémique de l'imposition d'une culture majoritaire favorisée par le système actuel est combattu. L'idéal d'égalité citoyenne a longtemps été un instrument destiné à instaurer, consolider et maintenir l'État unitaire républicain¹³²⁷. Toutes revendications fissurant l'ordre ainsi établi étaient considérées comme menaçantes et, à cet égard « *n'étaient pas l'expression d'une volonté politiquement respectable. [...] C'est au progrès de l'idée démocratique qu'elles ont dû d'être tenues pour valables*¹³²⁸ ». Progrès qui a peu à peu engendré la prise en compte d'une réalité sociologique jusque là ignorée.

2/ L'AVÈNEMENT DE L'HOMME SITUÉ

464 . Dans son traité de science politique, Georges Burdeau relate l'évolution du concept de peuple. Au départ considéré comme entité abstraite et docile, son objectif était avant tout de justifier l'instauration d'un régime démocratique et non d'y participer¹³²⁹. Georges Burdeau observe un changement significatif lors du dernier tiers du XIX^{ème} siècle où commence à apparaître ce qu'il qualifie de « *peuple réel, [...] avec ses multiples visages de chair dans sa réalité concrète, moins belle, certes, que la figure qu'en proposaient les philosophes, mais vivante, mobile exigeante*¹³³⁰ ». La progressive constitution de ce peuple réel entraîne corrélativement l'apparition d'hommes concrets, que l'auteur évoque également sous le terme « d'homme situé » identifié :

« non par son essence ou par son appartenance à un type abstrait, mais par les particularités qu'il doit à la situation contingente dans laquelle il se trouve placé. [...] c'est l'homme conditionné par son milieu, [...] un milieu dans lequel il s'enracine, dont il tient une nature sociale plus certaine que

¹³²⁷ LEVADE ANNE, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *op. cit.*, p. 58.

¹³²⁸ BURDEAU GEORGES, *Traité de science politique*, t. VII, *La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique*, *op. cit.*, p. 31.

¹³²⁹ *Ibid.*, p. 32.

¹³³⁰ *Ibidem.*

l'hypothétique nature humaine et qui constitue, en définitive, l'environnement nécessaire à l'épanouissement de sa personnalité¹³³¹ »

465 . Un parallèle peut-être réalisé avec le concept de culture sociétale développée par Will Kymlicka. Selon lui, chaque individu est ancré dans une « culture sociétale » désignant pour les membres de cette culture « *des modes de vie, porteurs de sens, qui modulent l'ensemble des activités humaines, au niveau de la société, de l'éducation, de la religion, des loisirs et de la vie économique, dans les sphères publique et privée¹³³²* ». Chacun se trouve donc situé en fonction de différentes appartenances, que celles-ci soient religieuses, ethniques, familiales ou sociales.

466 . Pour Georges Burdeau, la présence sur la scène nationale des hommes situés contraint à abandonner la construction politico-juridique de la démocratie classique fondée sur la philosophie libérale qui, séparant l'État de la société, justifiait de tenir à l'écart les contingences sociales¹³³³. S'il fut considéré comme acquis pendant longtemps que « *la politique ne concernait qu'une collectivité dont les membres n'avaient de consistance concrète que celle qu'ils devaient à leur titre de nationaux, les fins de la vie politique [étant] presque exclusivement déterminées par l'intérêt de l'État¹³³⁴* », l'émancipation des individus face à ce carcan idéologique incite ce dernier à tenir progressivement compte de cette évolution. S'il y a encore des résistances, le concept d'État-nation étant fortement ancré en France, la pratique juridique démontre néanmoins que, contrainte « *à défendre, contre le peuple lui-même, une image du peuple¹³³⁵* », la théorie républicaine se doit d'évoluer pour ne pas se l'aliéner.

467 . Ainsi, les peuples autochtones refusent cette approche basée sur l'imposition d'une culture occidentale jugée universelle. La reconnaissance des

¹³³¹ *Ibid.*, p. 40.

¹³³² KYMLICKA WILL, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit de minorités*, op. cit., p. 115.

¹³³³ BURDEAU GEORGES, *Traité de science politique*, t. VII, *La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique*, op. cit., pp. 119-120.

¹³³⁴ *Ibid.*, p. 44.

¹³³⁵ BURDEAU GEORGES, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, vol. 9, n° 1-2, 1939, p. 32.

méfais de la colonisation¹³³⁶ et le développement des droits autochtones imposent que de nouvelles propositions soient avancées pour répondre adéquatement aux besoins de ces groupes.

Pour garantir l'avènement d'une démocratie réellement représentative, la « culture sociétale » des individus, « *[soit leurs] manières de vivre significatives dans toutes les sphères de leurs activités*¹³³⁷ » doit être protégée et détenir les institutions politiques permettant sa reproduction¹³³⁸. En effet, pour qu'une véritable égalité soit mise en œuvre, dans une structure étatique influencée par une culture majoritaire et rendant donc des décisions avantageuses pour cette dernière, les autochtones devraient se voir accorder une protection de leurs institutions. Ces deux souverainetés pourraient dès lors coexister dans la structure étatique existante. Certains auteurs vont ainsi reprendre les bases du libéralisme et, en réinterprétant certaines notions, démontrer que la théorie libérale peut être conciliée avec les droits autochtones instaurant ainsi une véritable démocratie.

B | Conciliation entre la théorie libérale et les droits des peuples autochtones

468 . L'égalité formelle telle que conçue par les républicanistes a créé « *un empire de l'uniformité imposé par le langage prétendument neutre de la majorité et du système juridique*¹³³⁹ » qu'elle a instauré. Pour Will Kymlicka, la reconnaissance

¹³³⁶ Selon Georges Burdeau, l'avènement du peuple réel explique également la mauvaise conscience des colonisateurs car, « *dès lors que la volonté des masses est tenue pour légitime, on ne peut opposer à leurs revendications des liens qu'elles réprouvent* ». Cf en ce sens : BURDEAU GEORGES, *Traité de science politique*, t. VII, *La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique*, op. cit., p. 33.

¹³³⁷ KYMLICKA WILL, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit de minorités*, op. cit., p. 76.

¹³³⁸ *Ibid.*, p. 80.

¹³³⁹ TULLY JAMES, « Défi constitutionnel et art de la résistance. La question des peuples autochtones au Canada », dans SCHULTE-TENCKHOFF ISABELLE (dir.), *Altérité et droit. Contributions à l'étude du rapport entre droit et culture*, Bruylant, Bruxelles, 2002, cité par : POL NEVEU LILY, *Le droit à l'autodétermination des peuples autochtones et la protection de l'environnement : un conflit normatif ?*, Mémoire de philosophie, Université Laval, Québec, 2008, op. cit., p. 19.

d'un droit à l'autodétermination¹³⁴⁰ assurerait une égalité effective et serait absolument nécessaire pour garantir le respect des principes démocratiques¹³⁴¹. Selon lui, l'égalité entre les individus défendus par le libéralisme imposerait donc la création de droits de groupes et plus particulièrement le droit à l'autodétermination.

Jocelyn Maclure reprend un autre précepte du libéralisme pour tenter de démontrer qu'une reconceptualisation de cette théorie pourrait justifier l'autodétermination des peuples autochtones. Rappelant que la théorie libérale fait prévaloir le juste sur le bien, il estime que l'autodétermination pourrait être intégrée à la notion de justice au même titre que la liberté et serait nécessairement juste car « (1) *l'exigence d'assimilation est illégitime et (2) la norme de neutralité des normes publiques par rapport aux différences culturelles est dans les faits inapplicable et, conséquemment, inéquitable à l'endroit des minorités*¹³⁴² ».

469 . L'avènement des hommes situés incite donc à repenser certains concepts qui étaient considérés comme légitimes et acquis. Cette nouvelle réflexion démontre que l'effritement de la notion de peuple, au sens libéral du terme, n'entrave aucunement la possibilité d'une coexistence paisible des diverses communautés au sein des régimes juridiques existants. Cependant, il paraît nécessaire pour cela de changer de perspectives et d'appréhender différemment la réalité. L'idéalisme constitutionnel des Lumières s'assignant la mission d'instaurer l'égalité citoyenne entre les hommes, qui serait seule garante de la préservation de la démocratie, doit désormais être désacralisé.

470 . Selon James Tully, l'instauration d'une véritable démocratie ne peut désormais être garantie que par une reconnaissance mutuelle. Cela implique que les groupes en dialogue s'admettent comme égaux, comme s'autogouvernant et vivant en

¹³⁴⁰ Will Kymlicka distingue cependant les minorités ethniques issues de l'immigration des minorités nationales ayant été intégrées involontairement dans un État, catégorie dans laquelle entre les peuples autochtones. L'intensité des droits reconnus varie d'un groupe à l'autre, allant de la protection des formes d'expressions culturelles au droit à l'autodétermination incluant autonomie gouvernemental et assise territoriale. Cf. en ce sens : KYMLICKA WILL, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit de minorités*, op. cit., pp. 44 et s.

¹³⁴¹ *Ibid.*, p. 78.

¹³⁴² MACLURE JOCELYN, « Une défense du multiculturalisme comme morale politique », dans JEZEQUEL MYRIAM (dir.), *La justice à l'épreuve de la diversité culturelle*, Editions Yvon Blais, Cowansville, 2007, p. 73.

coexistence¹³⁴³. Phillip Pettit, théoricien politique, développe une nouvelle conception de la liberté républicaine. Pour lui, la liberté politique est, plus que la non-interférence envisagée par le libéralisme, une situation effective de non-domination¹³⁴⁴. Les institutions républicaines doivent avant tout servir de remparts à cette domination¹³⁴⁵ pouvant se manifester par le biais de l'autorité politique, de la hiérarchie communautaire ou encore de la légitimation culturelle¹³⁴⁶. Une démocratie effective n'est donc pas obligatoirement assurée par une représentation électorale universelle puisque la majorité, censée pourtant détenir la légitimité démocratique, peut fort bien défendre des intérêts qui ne seront pas ceux de la minorité sans que cela soit, par ailleurs, nécessairement volontaire¹³⁴⁷.

471 . L'autodétermination répondrait à cet objectif de non-domination en permettant aux autochtones d'être enfin en contact avec l'espace décisionnel¹³⁴⁸. Le droit des peuples autochtones à disposer d'eux-mêmes semble aujourd'hui s'imposer comme une norme démocratique fondamentale renforçant la légitimité de leur demande d'autodétermination¹³⁴⁹. Les autochtones souhaitent désormais se détacher de l'ascendant d'une autorité qu'ils tiennent pour étrangère afin de pouvoir exercer une autonomie en accord avec leur coutume¹³⁵⁰. Tel est le cas en Nouvelle-Calédonie où une analyse de la situation montre que l'État a de plus en plus de difficultés à régir l'intégralité de sa population, le droit étatique se trouvant face à des réalités socio-culturelles qu'il échoue à encadrer.

¹³⁴³ TULLY JAMES, « Aboriginal Peoples : Negotiating Reconciliation », dans BICKERTON JAMES, GAGNON ALAIN-G. (dir.), *Canadian Politics*, Broadview Press, Peterborough, 1999, pp. 419-420.

¹³⁴⁴ Cf. notamment : PETTIT PHILIP, *Republicanism - A Theory of Freedom and Government*, Oxford University Press, 2ème éd., Oxford, 1999, pp. 52-55 ; LE GOFF ALICE, « Entretien avec Philip Pettit », *Raisons politiques*, n° 43, 2011, pp. 178-179.

¹³⁴⁵ ANCTIL DAVE, « Petites nations et républicanisme », *Horizons philosophiques*, n° 132, 2003, p. 103.

¹³⁴⁶ PETTIT PHILIP, *Republicanism - A Theory of Freedom and Government*, op. cit., pp. 57-59.

¹³⁴⁷ PETTIT PHILIP, « Minority Claims Under Two Conceptions of Democracy », dans IVISON DUNCAN, PATTON PAUL, SANDERS WILL (dir.), *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, Cambridge University Press, Londres, 2000, p. 205.

¹³⁴⁸ XANTHAKI ALEXANDRA, *Indigenous rights and United Nations standards: self-determination, culture and land*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, op. cit., p. 131.

¹³⁴⁹ MACLURE JOCELYN, « Une défense du multiculturalisme comme morale politique », op. cit., p. 75.

¹³⁵⁰ TULLY JAMES, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, pp. 4-5.

SECTION II | UNE RECONSIDÉRATION DE LA THÉORIE DU MONISME JURIDIQUE

472 . Les prérequis accréditant la validité d'une loi, entendue au sens de norme juridique, n'ont pas toujours été les mêmes au cours de l'histoire. Ainsi, dans le Traité de la République de Cicéron, la loi était « *la droite raison conforme à la nature, immuable et éternelle qui appelle l'homme au devoir par ses commandements et le détourne du mal par ses défenses [...] Dieu tout-puissant [ayant] conçu et médité cette loi*¹³⁵¹ ». La Raison divine, unique garante de la validité de la loi de l'État, fut ensuite associée puis supplantée par la Raison naturelle, « *les lois [étant] les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses* ». Ces justifications offrant l'image d'une loi incontestable parce que fondamentalement juste sont aujourd'hui tombées en désuétude. De même, la pensée utopique, selon laquelle les citoyens obéiraient à une loi simplement parce qu'elle émane de l'État souverain, montre aujourd'hui ses limites (§ 1). La pratique étatique actuelle, sensible au constat d'échec qu'entraînaient ces prises de décision autoritaires, démontre une implication progressive des acteurs sociaux dans la vie juridique et par la même un affaiblissement du modèle hiérarchique (§ 2).

§ 1 | ORIGINE ET ÉVOLUTION DE LA VALIDITÉ DES NORMES JURIDIQUES

473 . Le pluralisme juridique est aujourd'hui de plus en plus prégnant dans les réflexions juridiques. Il devient impossible de nier le fait que le droit étatique se trouve impuissant à réglementer l'ensemble des conflits sociaux, et « *la loi perd la possibilité de s'identifier à la raison éternelle, surplombant abstraitement les besoins*

¹³⁵¹ CICÉRON, *De Republica*, Gallimard, Paris, 1994, l. III, para. 22.

*contingents des sociétés*¹³⁵² » (A). Il semble désormais que la validité d'une norme soit sujette à de multiples conditionnalités (B), ce qui est fort bien illustré par la nécessaire instauration de l'Accord de Nouméa (C).

A | *La déchéance de la Raison*

474 . Il paraît nécessaire d'envisager, si ce n'est admettre, que le modèle de la modernité et sa conception française montre des signes avant-coureurs de défaillance.

Ainsi la raison, censée être constitutive de la norme juridique étatique voit son lien avec la loi être remis en question. Si pour Montesquieu, « *la loi [était] la raison humaine en tant qu'elle [gouvernait] les peuples de la terre*¹³⁵³ », postulant ainsi une rationalité intrinsèque au droit, Pierre Issalys constate que les liens entre la Loi et la Raison se sont aujourd'hui délités, « *la rationalité du législateur [n'étant] de ce fait qu'une rationalité préfabriquée*¹³⁵⁴ ».

475 . Georges Burdeau constate dès 1939 que l'autorité de la loi ne dépend plus de celle de la raison mais, de manière plus pragmatique, du suffrage représentatif majoritaire¹³⁵⁵. La loi puisant sa légitimité dans le suffrage majoritaire, elle doit alors naturellement, pour assurer le maintien de cette dernière, endiguer les conflits sociaux. Or, cette logique nouvelle induit un traitement par transaction et compromis afin de conserver la cohésion du corps social¹³⁵⁶. Cet abandon de l'identification de la loi à la raison éternelle, qui impliquait un commandement autoritaire et souverain, démontre le vacillement de la conception pyramidale de la structure du système juridique. Pour François Ost et Michel Van de Kerchove, cette nouvelle adhésion à

¹³⁵² ISSALYS PIERRE, « La loi dans le droit : tradition, critique et transformation », *Les Cahiers du droit*, vol. 33, n° 3, 1992, p. 686.

¹³⁵³ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Garnier, Paris, 1977, t. I, L.I, chap. III.

¹³⁵⁴ ISSALYS PIERRE, « La loi dans le droit : tradition, critique et transformation », *op. cit.*, p. 693.

¹³⁵⁵ BURDEAU GEORGES, *Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français*, *op. cit.*, pp. 44-55.

¹³⁵⁶ EWALD FRANÇOIS, *L'Etat-Providence*, Grasset, Paris, 1986, pp. 466-467.

une recherche d'équilibre et de négociation a engendré le passage de la réglementation à la régulation¹³⁵⁷.

476 . Il paraît opportun d'évacuer tout d'abord quelques truismes afin de mieux appréhender la question de la régulation. Entendue de manière traditionnelle, la réglementation par voie du droit étatique est longtemps passée pour le mode par excellence de régulation sociale. L'État était considéré comme « *souverain, maître, diseur et dispensateur du droit, régulateur des conduites et contrôleur de la mise en œuvre des normes juridiques et des règles qui en découlent* »¹³⁵⁸.

En tout état de cause, la régulation abordée par François Ost et Michel Van de Kerchove est une nouvelle forme de régulation politique, observée par nombre d'auteurs¹³⁵⁹, qui ne dépend plus uniquement de l'État mais d'un processus dialectique associant tant la régulation étatique que d'autres formes de régulation étrangères à l'intervention du droit de l'État.

477 . Désormais, la régulation évoque « *une conception nouvelle du rôle de l'État et des conditions de maintien de la cohésion sociale* »¹³⁶⁰. Mettant fin à une conception étatocentrique de mise en œuvre de l'action publique qui échoue à remplir ses objectifs, le concept de régulation va esquisser l'émergence d'un nouvel État :

« ne se posant pas en acteur mais en arbitre du jeu social ; un État renonçant à imposer ses vues mais négociant en permanence avec les partenaires sociaux pour construire les compromis nécessaires ; un État enfin ne cherchant plus à concevoir et à impulser le changement mais

¹³⁵⁷ OST FRANÇOIS et VAN DE KERCHOVE MICHEL, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, n° 94, Bruxelles, 2002, *op. cit.*, p. 26.

¹³⁵⁸ ARNAUD ANDRE-JEAN, « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques », *Droit et Société*, n° 35, 1997, p. 13.

¹³⁵⁹ Cf. notamment : CLAM JEAN et MARTIN GILLES, *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J, coll. Droit et société. Recherches et travaux, Paris, 1998, 454 p. ; COMMAILLE JACQUES et JOBERT BRUNO, *Les métamorphoses de la régulation juridique*, L.G.D.J, Paris, 1998, 386 p.

¹³⁶⁰ CHEVALLIER JACQUES, « De quelques usages du concept de régulation », dans MIAILLE Michel (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, Paris, 1995, pp. 71 et s. ; Cf. également, THOENIG JEAN-CLAUDE, « L'usage analytique du concept de régulation », dans COMMAILLE JACQUES, JOBERT BRUNO (dir.), *Les métamorphoses de la régulation juridique*, L.G.D.J, Paris, 1998, pp. 35-54.

*intervenant avant tout pour amortir les tensions, régler les conflits assurer le maintien d'un équilibre d'ensemble*¹³⁶¹ ».

Un exemple particulièrement probant est le développement intensif en France des autorités administratives indépendantes (AAI). Elles sont présentes notamment dans les domaines délicats de l'exercice des libertés publiques et en matière de régulation de certains secteurs *« qu'on ne se résout pas à laisser aux seules forces du marché, tout en ne pouvant plus les maintenir sous la coupe exclusive des pouvoirs publics*¹³⁶² ». L'État traditionnel soupçonné de partialité et mis en cause quant à son inefficacité, se retire au profit d'une autorité dotée d'une complète autonomie fonctionnelle. Cette dernière, disposant d'une incontestable expertise technique légitimant son action au détriment de celle de l'État, va créer une relation de concertation avec les opérateurs concernés. Délaissant le

*« langage unilatéral de la réglementation, évitant le commandement, le régulateur s'emploie à la concertation, à la persuasion, à la pédagogie, à l'exemplarité, parfois à l'avertissement ou aux "préconisations". Tout cela n'est pas le langage ordinaire du droit ; la régulation s'identifie par cet emploi de formes singulières, ignorées en tant que telles de la normativité classique*¹³⁶³ ».

478 . Dire le droit, attribut de la souveraineté étatique selon la conception moderne du droit et de l'État, ne suffit donc plus et il faut admettre que d'autres voies, autres que la législation et la réglementation, sont susceptibles d'être employées¹³⁶⁴. André-Jean Arnaud en déduit que la remise en cause de la

¹³⁶¹ CHEVALLIER JACQUES, « La régulation juridique en question », *Droit et Société*, n° 49, 2001, p. 829.

¹³⁶² OST FRANÇOIS et VAN DE KERCHOVE MICHEL, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 27.

¹³⁶³ GAUDEMET YVES, « Introduction », *Revue française d'administration publique*, n° 109, 2004, p. 15.

¹³⁶⁴ ARBOS XAVIER, « Notes sur la crise de la régulation étatique », 1991, En ligne : <www.icps.cat/archivos/WorkingPapers/WP_I_39.pdf?noga=1>.

réglementation par le droit implique un questionnement concomitant impliquant un soupçon sur sa légitimité, son effectivité et son efficacité même¹³⁶⁵.

B | Une validité tridimensionnelle : abandon du dogmatisme positiviste

479 . Les avis divergent sur les conditions de validité d'une norme juridique. Pour les théoriciens positivistes, la validité formelle suffit à fonder la norme étatique. Dès lors, l'adéquation d'une norme à celles qui lui sont supérieures dans la hiérarchie suffirait à assurer sa validité¹³⁶⁶. Pourtant, un constat empirique nous démontre que si la légalité est susceptible d'entraîner une présomption de validité, celle-ci est loin d'être irréfragable (1). Ainsi l'effectivité (2) et la légitimité (3) s'ils sont indéniablement présents dans l'ordre juridique kanak, deviennent réellement primordiaux pour le système juridique étatique.

1 | LE CRITÈRE DE LÉGALITÉ : INSUFFISANCE DE LA VALIDITÉ FORMELLE

480 . Une norme juridique est une norme juridiquement valide¹³⁶⁷. Autrement dit, la validité s'entendrait comme « *la qualité qui s'attache à la norme dont on a reconnu qu'elle satisfait aux conditions requises pour produire les effets juridiques que ses auteurs lui attribuent*¹³⁶⁸ ». Les juristes positivistes, à l'image de Hans Kelsen, conditionnent la validité d'une norme au regard de sa légalité. Pour le professeur Virally, les sources formelles :

¹³⁶⁵ ARNAUD ANDRE-JEAN, « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques », *op. cit.*, p. 14.

¹³⁶⁶ KELSEN HANS, *Théorie pure du droit*, L.G.D.J, 2^{ème} éd., coll. La pensée juridique, Paris, 1999, pp. 201-206.

¹³⁶⁷ MILLARD ÉRIC, « Qu'est-ce qu'une norme juridique? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2007, p. 4.

¹³⁶⁸ OST FRANÇOIS et VAN DE KERCHOVE MICHEL, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 314.

« ne sont pas seulement des moyens d'élaborer les normes juridiques, de les rédiger, de leur donner une forme, mais avant tout des moyens de leur conférer une force spécifiquement juridique, de leur attribuer une validité¹³⁶⁹ ».

La France, État de droit classique pyramidal, symbolisait parfaitement cette conception. La multiplication des contrôles de conformité par le biais des contrôles de légalité, de constitutionnalité et de conventionalité, ont constitué pendant longtemps les seuls tests de validité des règles de droit. Ainsi pour les tenants de la théorie juridique classique, la validité de la règle ne dépendait que de la régularité de ses formes d'édiction.

481 . Une analyse empirique de la pratique juridique nous permet cependant de douter de l'omnipotence de la légalité dans l'appréhension de la validité d'une règle de droit. En effet, si l'ensemble des normes édictées valablement font partie du système juridique, qu'en est-il des interprétations qui s'y rattachent ? Le mythe de la loi immédiatement compréhensible et ne suscitant aucune controverse, celui de l'application mécanique d'une norme, sont depuis longtemps tombés en désuétude. Les jugements de valeur dans l'appréciation de la légalité de la règle, au demeurant parfaitement légitime¹³⁷⁰, démontre que les organes d'application se trouvent amenés à déterminer partiellement la signification d'une norme, *« voire à créer une norme qui ne trouverait pas son fondement en elle¹³⁷¹ »*. Il en est de même pour les revirements jurisprudentiels qui, selon les théories positivistes, ne sauraient alors se produire qu'en cas d'erreur de droit manifeste. Or, selon Albert Meeus, conseiller à la Cour de Cassation de Belgique, trois causes sont pourtant en mesure d'occasionner des revirements de jurisprudence correspondant à trois critères de validité qui interagissent nécessairement : *« l'erreur de droit manifeste, critère de légalité ; la*

¹³⁶⁹ VIRALLY MICHEL, *La pensée juridique*, L.G.D.J, coll. Les introuvables, Paris, 2010, *op. cit.*, p. 144.

¹³⁷⁰ OST FRANÇOIS et VAN DE KERCHOVE MICHEL, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 349.

¹³⁷¹ OST FRANÇOIS et VAN DE KERCHOVE MICHEL, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, coll. Travaux et Recherches, n° 9, Bruxelles, 1987, pp. 189-191.

*paix judiciaire n'est pas réalisée, critère d'effectivité ; les circonstances ont changé, critère de légitimité*¹³⁷² ».

482 . Hier, la règle du fait même de son édicton bénéficiait d'une présomption d'effectivité et de légitimité. Ces certitudes sont aujourd'hui remises en cause et cette vision tridimensionnelle de la validité, applicable à l'ensemble du droit, a pour avantage d'analyser et de comprendre les « échecs du droit étatique » tout en montrant l'intérêt d'une lecture pluraliste du droit.

2 | LE CRITÈRE D'EFFECTIVITÉ : LA NÉCESSITÉ D'UNE VALIDITÉ CONCRÈTE

483 . De prime abord, l'effectivité ne semble pas appartenir au langage du droit. Si cette notion est parfois utilisée, en droit international notamment, c'est avant tout pour déterminer le caractère d'une situation factuelle. Ainsi, l'occupation « effective » d'un territoire sans maître induit-elle l'attribution d'un titre juridique¹³⁷³. Cependant cette effectivité ne concerne pas la norme juridique elle-même mais désigne une situation de fait que la règle prendra en compte¹³⁷⁴.

De même si les positivistes emploient le terme effectivité, elle ne revêt pour eux qu'un intérêt secondaire, une simple question de survie de la règle de droit. Si l'ineffectivité persistance de la règle peut éventuellement entraîner sa désuétude, ils ne définissent aucun seuil au-delà duquel la validité de la norme pourrait être remise en cause¹³⁷⁵.

484 . Pourtant, l'effectivité est « *un objet d'indispensable inquiétude pour les juristes soucieux de convaincre qu'ils ne s'enferment pas dans "l'univers abstrait des*

¹³⁷² MEEUS ALBERT, « Le problème de la validité des normes dans la jurisprudence de la Cour de cassation », dans RIGAUX FRANÇOIS, HAARSCHER GUY (dir.), *Droit et pouvoir. t. I, La validité*, E. Story-Scientia, Bruxelles, 1987, pp. 177 et s.

¹³⁷³ DISTEFANO GIOVANNI, *L'ordre international entre légalité et effectivité. Le titre juridique dans le contentieux territorial*, Pedone, Paris, 2002, p. 257.

¹³⁷⁴ LEROY YANN, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, n° 79, 2011, p. 716.

¹³⁷⁵ LASCOUMES PIERRE et SERVERIN EVELYNE, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et société*, vol. 2, n° 1, 1986, pp. 106-107.

« règles » et sont attentifs à l'inscription de celles-ci dans les pratiques sociales¹³⁷⁶ ». Elle est primordiale pour comprendre la dialectique qui s'opère entre le droit et la société civile. Depuis une vingtaine d'années, les pays occidentaux focalisent leurs recherches sur la validité concrète de ces normes, qui s'apprécie désormais à l'aune de l'effectivité¹³⁷⁷. Cette évolution s'explique par la transformation des États devenus États gestionnaires et corrélativement par une évolution de la législation appréhendée en terme de politiques publiques, entraînant enquêtes et expertises afin de s'assurer de sa performance.

485 . Avant d'appréhender l'importance du critère d'effectivité dans la validité d'une règle de droit (b), il paraît opportun d'en esquisser une définition, tant il est vrai que les avis divergent en la matière (a).

a | Définition de l'effectivité

486 . Classiquement, l'effectivité d'une norme s'entend de son application par les individus destinataires ou du prononcé d'une sanction par les autorités compétentes en cas de non-respect ou de violation dont cette dernière aurait fait l'objet. Synthétisé par les dictionnaires juridiques, ce critère est défini comme « *le caractère d'une règle de droit qui est appliqué réellement*¹³⁷⁸ ». En somme, application et inapplication renverraient immédiatement aux critères d'effectivité et d'ineffectivité. Cette définition qui ne conçoit l'effectivité qu'en termes de respect d'une règle de conduite obligatoire paraît trop restrictive. L'idée persistante selon laquelle une loi est uniquement faite pour « *prescrire, interdire, sanctionner* », si elle n'est pas fausse, s'avère néanmoins incomplète¹³⁷⁹.

487 . À côté des règles impératives, ils subsistent des mécanismes institutionnels, des définitions, des procédures, des mesures alternatives et des règles

¹³⁷⁶ JEAMMAUD ANTOINE, « Le concept d'effectivité du droit », dans AUVERGNON PHILIPPE (dir.), *L'effectivité du droit du travail : à quelles conditions ?*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2^{ème} éd., Bordeaux, 2008, p. 36.

¹³⁷⁷ PERRIN JEAN-FRANÇOIS, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Droz, Genève, 1979, pp. 91-94.

¹³⁷⁸ CORNU GERARD, CORNU MARIE, GORÉ MARIE, LEQUETTE YVES, LEROYER ANNE-MARIE, GHOZI ALAIN et MALINVAUD PHILIPPE, *Vocabulaire juridique*, PUF, 11^{ème} éd., Paris, 2016, p. 339.

supplétives qui demandent à être suivies mais dont l'utilisation n'est pas obligatoire¹³⁸⁰.

Ainsi, les règles supplétives « *ne s'appliquent que dans la mesure où les sujets de droit n'ont pas exprimé de volonté particulière pour l'organisation de leur situation*¹³⁸¹ ». De même, les procédures alternatives reposent tant sur l'opportunité de leur utilisation par l'autorité que sur le consentement de l'individu à cette mesure. En droit pénal, le Procureur de la République pourra décider de les mettre en œuvre « *s'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits*¹³⁸² ».

488 . La potentialité de l'utilisation de ces normes juridiques prouve que leur inapplication n'entraîne pas nécessairement leur ineffectivité. Ce n'est alors pas tant le respect ou l'application de la norme qui entre en jeu mais plutôt « *la circonstance qu'elle puisse être utilisée, mobilisée par les sujets de droit ou les autorités étatiques d'application*¹³⁸³ ».

En se basant sur les travaux de sociologie du droit, François Rangeon propose une nouvelle réflexion sur l'effectivité du droit qui entraîne une conception extensive de cette notion. S'intéressant aux relations droit-société, il estime que l'effectivité se mesure également au regard de l'acceptation de la règle de droit par ses destinataires, par opposition à l'ineffectivité traduisant un désintérêt ou un refus de la règle de droit¹³⁸⁴.

¹³⁷⁹ CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2006 - Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation française, coll. Études et documents, Paris, 2006, p. 282.

¹³⁸⁰ MINCKE CHRISTOPHE, « Effets, effectivité, efficience et efficacité en droit : le pôle réaliste de la validité », *RIEJ*, n° 40, 1998, pp. 115 et s.

¹³⁸¹ AUBERT JEAN-LUC, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Armand Colin, 2^{ème} éd., coll. U, Paris, 1984, p. 22.

¹³⁸² Code de procédure pénale, art. 41-1.

¹³⁸³ LEROY YANN, « La notion d'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 725.

¹³⁸⁴ RANGEON FRANÇOIS, « Réflexions sur l'effectivité du droit », dans LOCHAK DANIELE (dir.), *Les usages sociaux du droit*, PUF- CURAPP, Paris, 1989, p. 126.

En revanche, si une appréhension plus large de ce concept est réellement pertinente pour comprendre l'évolution du droit étatique et ses interactions avec la société civile, notamment la société kanake, fusionner la notion d'effectivité et celle des effets du droit risque d'engendrer une dissolution du critère même d'effectivité. François Rangeon précise en ce sens que ce dernier ne saurait être étendu « à l'ensemble des effets du droit¹³⁸⁵ ». Cette précision est d'importance car certains auteurs, notamment québécois¹³⁸⁶, proposent de lier la notion d'effectivité à l'ensemble des effets susceptibles d'être produits par une règle de droit. Cette proposition permettrait « une véritable évaluation des effets sociaux susceptibles d'être engendrés par une règle de droit¹³⁸⁷ ».

Cependant, si cette définition est acceptée, elle revient à prendre en compte l'ensemble des effets produits par une norme juridique : les effets voulus par le rédacteur de la norme, ceux non envisagés mais positifs et enfin les effets non prévus et indésirables portant de ce fait préjudice à la finalité de la règle.

Si l'intérêt d'étudier l'ensemble des effets engendrés par la mise en œuvre d'une règle n'est pas à dénier, il semble toutefois que tous ne trouvent pas leur place dans l'étude de l'effectivité. Ce choix rendrait abscons l'idée même d'ineffectivité car tous les effets, même parasites ou radicalement incompatibles avec la norme rendraient cette dernière effective.

Il est vrai que l'adjectif effectif est défini comme ce « qui produit un effet¹³⁸⁸ ». La notion d'« effets » semble cependant plus large que celle d'effectivité. En ce sens, il paraît opportun de la rapprocher davantage de la notion d'efficacité qui lui est souvent associée dans la langue française. Ainsi le *Larousse* définit-il l'effectivité comme le « caractère de ce qui est efficace ; [une] action utile ». En ce sens

¹³⁸⁵ *Ibid.*, p. 128.

¹³⁸⁶ Cf. notamment : DEMERS VALÉRIE, *Contrôle des fumeurs : une étude d'effectivité du droit*, Les Éditions Thémis, Montréal, 1996, 207 p. ; ROCHER GUY, « L'effectivité du droit », dans LAJOIE ANDRÉE, MACDONALD RODERICK A., JANDA RICHARD, ROCHER GUY (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Thémis - Bruylant, Montréal, Bruxelles, 1998, p. 133-150.

¹³⁸⁷ DEMERS VALÉRIE, *Contrôle des fumeurs : une étude d'effectivité du droit*, op. cit., p. 3.

¹³⁸⁸ BLOCH OSCAR et VON WARTBURG WALTHER, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, PUF, Paris, 2004, p. 213.

l'effectivité embrasserait uniquement les effets voulus ainsi que ceux non intentionnels mais en accord avec la finalité de la norme.

489 . Cette acception de l'effectivité et corrélativement de l'ineffectivité des règles de droit, reposant sur une base sociologique, autoriserait l'analyse des normes juridiques « *en décryptant les choix qu'elles consacrent et en détaillant les différentes façons dont elles peuvent être prises en compte par leurs destinataires*¹³⁸⁹ ». Cette analyse de l'effectivité et par conséquent de la validité des règles juridiques s'avère réellement pertinente lorsqu'il s'agit de décrypter la potentielle mise en application de règles édictées par l'État au profit du peuple kanak.

b | Illustration d'une ineffectivité

490 . Il en est ainsi du droit pénal étatique mais aussi plus particulièrement de la médiation pénale coutumière. Il a en effet été précisé par l'Accord de Nouméa, dans sa partie intitulée document d'orientation que « *le rôle des autorités coutumières dans la prévention sociale et la médiation pénale sera reconnu. Ce dernier rôle sera prévu dans les textes applicables en Nouvelle-Calédonie en matière de procédure pénale*¹³⁹⁰ ».

La médiation pénale coutumière figure parmi les domaines pour lesquels le Congrès de Nouvelle-Calédonie a mandat pour délibérer et adopter une loi du pays. L'expérimentation de la médiation pénale en lien avec les autorités coutumières a déjà été tentée, notamment en 2003¹³⁹¹ et en 2010¹³⁹², sans qu'elle n'ait toutefois fait l'objet de développements précis en concertation avec le Sénat coutumier.

491 . Le dispositif expérimental de 2003 a été mis en œuvre par le Procureur de la République de Nouméa et a reproduit le schéma initié par le code de procédure

¹³⁸⁹ LEROY YANN, « La notion d'effectivité du droit », *op. cit.*, p. 725.

¹³⁹⁰ ACCORD SUR LA NOUVELLE-CALEDONIE SIGNE A NOUMEA LE 5 MAI 1998, J.O.R.F. n° 121, 27 mai 1998, p. 8039, *op. cit.*, document d'orientation, pt. 1.2.4.

¹³⁹¹ FREZET PIERRE, « Chronique d'un jugement qui ne sera jamais rendu », *Droit et Cultures. Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire*, vol. 51, 2006, pp. 233-234.

¹³⁹² CIRCULAIRE DU 18 MARS 2013 de politique pénale pour la Nouvelle-Calédonie, B.O.M.J., n° 2013-03, 29 mars 2013, p. 2.

pénale. Si cette pratique est pérennisée et continue, par voie de mimétisme¹³⁹³, à ne constituer qu'une extension de la médiation pénale française, se posera alors vraisemblablement des problèmes pratiques qui remettront en cause son effectivité. L'exemple d'une femme victime potentielle d'un viol sera ici révélateur. La médiation, entendue au sens du droit français suppose nécessairement l'accord de la victime. Or, la société kanake ne reconnaît pas de statut à la victime qui se trouve généralement sanctionnée en même temps que l'auteur des faits¹³⁹⁴. Pour les Kanaks, *« si l'atteinte aux intérêts du groupe n'est pas avérée, l'agression subie par la victime n'appelle aucune réprobation sociale au niveau de la société traditionnelle »*¹³⁹⁵. Dès lors, il est à craindre que la nécessité d'une telle procédure ne soit pas perçue comme légitime par les autorités kanakes et plus particulièrement par le médiateur coutumier en charge de l'affaire.

492 . De même, ainsi que l'explique Régis Lafargue, la mise en place de ce dispositif nécessite au préalable que la victime ait porté plainte auprès du Procureur de la République¹³⁹⁶. Ce comportement traduit indubitablement une volonté d'échapper à la justice kanake. Or, le mécanisme de médiation, ainsi conçu, renverrait la plaignante devant les autorités qu'elle cherchait à contourner.

Il y a alors fort à parier que la victime refusera la mise en place d'une médiation pénale, insusceptible de mener à un accord qui lui serait favorable. La mise en place de cette procédure engendrerait des effets non prévus et non désirables, menant à l'ineffectivité de la règle de droit, ce qui remettrait en cause sa validité.

¹³⁹³ Le flou volontaire laissé autour de la notion de « médiation pénale coutumière » par ses concepteurs risque fort de mener à une transposition pure et simple de la médiation pénale française. Il y aura sans doute la tentation d'appliquer à un même concept des procédures et mécanismes similaires, ce en méconnaissance du fonctionnement de la société kanake.

¹³⁹⁴ L'affaire Meite est une illustration parfaite de la conception du viol dans la société kanake. TC Lifou, 8 avril 1999, *MP c/ Meite*, n° 35/99 ; Une jeune femme ayant été violée par son ancien ami a reçu, au même titre que lui, un châtement coutumier consistant à recevoir cinq coups de baguette sur le dos. Elle a en outre été la seule à être bannie de la tribu. L'oncle de la victime, qui a procédé à l'exécution de la peine prévue, a expliqué cette pratique : *« J'ai donné cinq coups de baguette à chaque jeune. Ces choses ont été faites pour les punir coutumièrement et pour qu'ils comprennent qu'ils n'avaient plus à se rencontrer »*, cité par : LAFARGUE REGIS, *La coutume face à son destin : réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, L.G.D.J, coll. Droit et société. Recherches et travaux, n° 22, Paris, 2010, op. cit., p. 172.

¹³⁹⁵ LAFARGUE REGIS, *La coutume face à son destin: réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, op. cit., p. 178.

¹³⁹⁶ *Ibid.*, p. 179.

493 . L'ineffectivité d'une règle de droit découle d'une inadéquation de la norme aux valeurs de la société qu'elle entend régir et elle dépend donc de l'absence de légitimité qu'elle suscite dans une société où elle se trouverait imposée.

3 | LE CRITÈRE DE LÉGITIMITÉ : L'APPORT D'UNE VALIDITÉ AXIOLOGIQUE

494. La conception étroitement juridique de la légitimité ne la dissocie pas de la légalité. Pour les tenants de cette acception, l'autorité légitime est celle qui a assuré une continuité constitutionnelle, en application des textes et procédures en vigueur¹³⁹⁷. Ainsi, la règle du fait même de son édicton bénéficiait d'une présomption de légitimité. Ces certitudes sont aujourd'hui ébranlées. Pour Jean Rivero, au contraire, « *la légitimité est la pierre philosophale qui transforme en or pur le plomb vil du pouvoir de fait*¹³⁹⁸ ». Elle est un critère nécessaire qui fonde le pouvoir sur un autre soubassement que la raison du plus fort, et dépeint ici une problématique essentielle pour tout État civilisé¹³⁹⁹. Cette prise en compte de la légitimité est perceptible au regard des réformes administratives ayant lieu dans l'État français. Ainsi, les référendums locaux, longtemps de nature purement consultative, ont possiblement, depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, caractère décisionnel¹⁴⁰⁰. La consultation des électeurs est également une pratique en développement puisque la loi du 13 août 2004 généralise la possibilité de consulter les électeurs à toutes les collectivités territoriales. Ces réformes sont mises en place pour tenter d'obtenir un consensus, un accord de principe des citoyens à qui la norme est adressée.

495 . Cette légitimité objective, accréditée par le consensus du quotidien¹⁴⁰¹ s'accompagne d'une légitimité supérieure liée au respect, par le pouvoir en place, des valeurs qui le transcendent. Le critère de légitimité entend donc approuver la validité

¹³⁹⁷ OST FRANÇOIS et VAN DE KERCHOVE MICHEL, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, n° 94, Bruxelles, 2002, *op. cit.*, p. 338.

¹³⁹⁸ RIVERO JEAN, « Consensus et légitimité », *Pouvoirs*, n° 5, 1978, p. 58.

¹³⁹⁹ *Ibid.*, p. 57.

¹⁴⁰⁰ CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958, J.O.R.F., 5 octobre 1958, p. 9151, *op. cit.*, art. 72-1 al. 2.

¹⁴⁰¹ RIVERO JEAN, « Consensus et légitimité », *op. cit.*, p. 63.

des actes juridiques à l'aune de valeurs méta-positives¹⁴⁰². La valorisation de ce critère est perceptible au travers de l'adoption de nombreuses conventions internationales déclaratives de droit. Le fait que ces dernières n'appartiennent pas au droit positif à proprement parler ne constitue en rien un frein à leur effectivité, « *[leur] exigence pratique [rayonnant] bien au-delà d'un ordre de contrainte positif*¹⁴⁰³ ». La DDPA¹⁴⁰⁴ ne dispose certes pas d'une force contraignante, mais les principes qu'elle promeut, tels que la dignité, l'équité, la libre détermination, vont contribuer à légitimer ou délégitimer certaines pratiques.

496 . Les Kanaks vont s'appuyer sur le rayonnement de ces valeurs méta-juridiques pour contester l'organisation étatique qui leur a été imposée par la colonisation et qui fait aujourd'hui l'objet de nombreuses critiques. Les deux pendants de la légitimité qui ont été analysés expliquent l'évolution du droit français. Le refus originaire de l'État d'accéder aux revendications kanakes et le non-respect des valeurs défendues par la société internationale ont contribué à rendre illégitime le droit étatique dans la société kanake.

C | Corrélation entre les trois critères de validité

497 . Les interactions ou absence d'interaction entre ces trois pôles de validité que sont la légalité, l'effectivité et la légitimité permettent d'appréhender les variations de l'histoire et de comprendre les mutations du droit français. Il est remarquable de constater que l'absence de certains critères est associée à des périodes historiques précises. Ainsi, la présence d'une norme légale et effective, car assurée par la force, mais dépourvue de légitimité, illustre parfaitement la colonisation. Le droit étatique, édicté selon des procédures formelles se trouve appliqué de force au

¹⁴⁰² OST FRANÇOIS et VAN DE KERCHOVE MICHEL, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 337.

¹⁴⁰³ *Ibidem*.

¹⁴⁰⁴ Il est ici évoqué spécifiquement la DDPA car cette déclaration constitue le document le plus abouti concernant les peuples autochtones. Toutefois, il faut être conscient que la diffusion de ces valeurs méta-juridiques a commencé dès la fin de la Seconde Guerre Mondiale. *La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme* ou la *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques* en sont des exemples probants.

moment de la colonisation de la Nouvelle-Calédonie et impose notamment le régime de l'indigénat au peuple autochtone alors présent sur le territoire. À l'inverse, le droit kanak qui lui est légitime, se retrouve menacé, car dépourvu d'une grande part de son effectivité face à une puissance étatique qui impose sa volonté¹⁴⁰⁵. L'interaction des trois pôles et la prédominance de certains critères permettent également de comprendre les situations historiques qu'a traversées la France. En période de paix sociale et de stabilisation des rapports sociaux, l'approche en termes de légalité prévaut. En revanche, au cours des périodes historiques « chaudes », où des bouleversements surviennent tels que la montée du mouvement de décolonisation, la légitimité et l'effectivité prennent une place prépondérante¹⁴⁰⁶.

498 . Cette affirmation trouve sa démonstration dans l'observation de l'évolution de la politique française relative à la Nouvelle-Calédonie depuis le milieu du XX^{ème} siècle. Dès 1946, la Nouvelle-Calédonie connaît une extraordinaire profusion de statuts juridiques lui octroyant plus ou moins d'autonomie selon les gouvernements en place, sans que toutefois ne soit jamais prise en compte dans ces diverses réformes la composante kanake de la population. En 1984, l'archipel reçoit le statut le plus autonomiste de son histoire. Accordé au territoire par la loi n° 84-821 du 6 décembre 1984, le « statut Lemoine », instaure un système de type parlementaire et un véritable exécutif local, mais la persistance de la volonté nationale à s'en tenir au fait majoritaire en ignorant les spécificités kanakes, induit une montée de la violence et une inapplication de la loi¹⁴⁰⁷. Cette situation mène à une quasi-guerre civile qui atteint son summum lors de la prise d'otage d'Ouvéa au printemps 1988. Ainsi que la traduit fort bien la députée de l'époque Catherine Tasca :

« [l]es gouvernements métropolitains [semblent] démunis face à une revendication indépendantiste et un mouvement loyaliste qui se radicalisent. Il faut dire que la réalité néocalédonienne est complexe. Le poids du passé, les structures démographiques et les rapports de force entre les populations

¹⁴⁰⁵ OST FRANÇOIS et VAN DE KERCHOVE MICHEL, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 366.

¹⁴⁰⁶ *Ibid.*, pp. 357-358.

¹⁴⁰⁷ GOESEL-LE BIHAN VALERIE, « La Nouvelle-Calédonie et l'accord de Nouméa, un processus inédit de décolonisation », *Annuaire français de droit international*, vol. 44, n° 1, 1998, p. 25.

*sont tels qu'appliquer des solutions juridiques qui ignorent plus ou moins ces réalités est le gage d'un échec certain*¹⁴⁰⁸ ».

499 . Pour endiguer l'escalade de violence, une ère de négociation fut inaugurée, par le biais des Accords de Matignon puis de l'Accord de Nouméa. Il est perceptible ici que la légalité pure, sans prise en considération des ordres juridiques extra-étatiques est nécessairement infléchie, car ineffective. Le gouvernement français tenta de réinstaurer une certaine forme de légitimité, en établissant des négociations, avec les deux principaux partis politiques calédoniens, négociations qui menèrent à la signature le 26 juin 1988 des Accords de Matignon. Ce dernier donna en partie satisfaction aux Kanaks en prévoyant un futur référendum d'autodétermination et en proposant des mesures d'accompagnement économiques, sociales et culturelles en faveur de ceux-ci.

Cependant, la date approchant, les parties prenantes, à l'initiative de Jacques Lafleur, souhaitèrent éviter la résurgence d'un climat de troubles endigué depuis peu. Il fut alors convenu de rechercher une solution consensuelle¹⁴⁰⁹.

500 . Le fruit de cette démarche fut l'Accord de Nouméa, signé le 5 mai 1998, qui fit l'objet d'une révision constitutionnelle. Les dérogations introduites dans la norme constitutionnelle ont été justifiées par le but poursuivi : réussir enfin une décolonisation et assurer la paix sociale en Nouvelle-Calédonie. Ceci démontre bien, qu'en période historique conflictuelle, la légalité est modulée au profit de l'effectivité et de la légitimité¹⁴¹⁰.

501 . Cette analyse est centrée sur la validité des règles de droit étatique. Elle démontre que l'État ne peut plus se contenter d'imposer une norme sans considérer

¹⁴⁰⁸ TASCA CATHERINE, *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 constitutionnelle (n° 937) relatif à la Nouvelle-Calédonie*, Assemblée Nationale, 972, 1998, Première partie, A, pt. 2 « Les aspirations kanakes ».

¹⁴⁰⁹ CHRISTNACHT ALAIN, « Les Accords de Matignon vingt ans après. L'Accord de Nouméa, dix ans plus tard », *Négociations*, vol. 10, n° 2, 2008, p. 90.

¹⁴¹⁰ Une légitimité que la France cherche également à acquérir auprès de la société internationale. Le dossier néocalédonien est un outil diplomatique cher à l'État qui l'utilise afin de se présenter devant les instances internationales comme un État respectueux des droits des peuples autochtones. Même si cette affirmation peut prêter à controverse, ce d'autant plus que cet accord rattachait à l'origine la revendication kanake au registre de la décolonisation et non de l'autochtonie, elle démontre néanmoins la volonté de légitimité recherchée par l'État.

les répercussions que cette dernière aura dans la société visée. Plus important cependant, un renversement de perspectives permet d'appréhender le fait que d'autres ordres juridiques s'avèrent plus effectifs et plus légitimes à réguler la société que ne l'est le droit étatique. Il semble alors nécessaire d'accepter l'idée que ce dernier puisse coexister avec d'autres droits tels que le droit kanak. Loin de méconnaître l'importance de l'État, cela lui fournirait une nouvelle forme de légitimité en lui accordant un rôle d'arbitre et de coordinateur des divers ordres juridiques, dans le but de garantir l'intérêt général¹⁴¹¹.

§ 2 – LA REMISE EN CAUSE DU MODÈLE HIÉRARCHIQUE : VERS UNE TRANSITION PARADIGMATIQUE

502 . Le monisme entendu comme la capacité de l'État à réguler « par le haut » et à « *produire des lois constituant des signaux forts pour une société*¹⁴¹² », a montré certaines limites. Une persistance de cette théorie est pourtant perceptible et nombreux sont les juristes qui tentent de relativiser ces limites en les présentant comme des exceptions (A). *A contrario*, il est observé un déploiement de la pratique de la gouvernance qui démontre, dans les faits, que l'État ne dispose pas du monopole de l'organisation du vivre ensemble¹⁴¹³ (B).

A | Une résistance au changement

503 . Thomas Kuhn a, dans le cadre de son analyse des révolutions scientifiques, étudié la théorie des changements de paradigme. L'emploi de cette

¹⁴¹¹ EBERHARD CHRISTOPH, « L'approche pluraliste du droit : un enjeu central pour une gouvernance légitime », dans *Chroniques de la gouvernance. 2009-2010*, Éditions Charles Léopold Mayer, Paris, 2009, p. 89.

¹⁴¹² COMMAILLE JACQUES, *Les nouveaux enjeux de la question sociale*, Hachette, coll. Questions De Politique, Paris, 1997, p. 86.

¹⁴¹³ EBERHARD CHRISTOPH, « L'approche pluraliste du droit : un enjeu central pour une gouvernance légitime », *op. cit.*, p. 89.

théorie dans le domaine du droit peut être expliqué de manière schématique et ce, à l'aide de l'analyse de François Ost et Michel Van de Kerchove¹⁴¹⁴. Au cours d'une période dite de « science normale » correspondant à la consécration de l'État-nation, les juristes ont adopté un cadre théorique commun, le positivisme juridique qui, « *pour un temps au moins, leur [a] fourni des problèmes types et des solutions*¹⁴¹⁵ ». Lorsque des altérations sont apparues, remettant en cause le modèle explicatif dont ils usaient pour rendre compte du phénomène juridique, leur réaction instinctive a été de justifier la pérennisation du modèle inquiété par le recours aux « hypothèse ad hoc » et aux « obstacles épistémologiques ».

504 . Le maintien du paradigme officiel est ainsi dû à la présence stratégique ou involontaire de ce que Gaston Bachelard nommait des « *obstacles épistémologiques*¹⁴¹⁶ ». Ce sont des présupposés qui occultent la réalité et disqualifient les interprétations concurrentes du paradigme dominant. Ils servent à maintenir, à protéger la théorie développée par le juriste car l'esprit, « *[q]uand il se présente à la culture scientifique, [...] n'est jamais jeune. Il est même très vieux, car il a l'âge de ses préjugés. Accéder à la science, c'est, spirituellement rajeunir, c'est accepter une mutation brusque qui doit contredire un passé*¹⁴¹⁷ ».

L'essentialisation du droit kanak est un de ces obstacles épistémologiques. Outre le fait qu'elle réifie le droit extra-étatique, elle permet également de subodorer que ce droit, considéré patriarcal, inégalitaire et insusceptible d'évolution serait un danger pour les droits individuels.

505 . Parallèlement, en présence de phénomènes inédits que le cadre théorique du paradigme en vigueur ne sait expliquer, la communauté des juristes, pour préserver ce paradigme, utilise également la stratégie des hypothèses ad hoc. Ces dernières sont des « *hypothèse[s] de circonstance avancée[s] pour expliquer un*

¹⁴¹⁴ OST FRANÇOIS et VAN DE KERCHOVE MICHEL, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., pp. 13-22.

¹⁴¹⁵ KUHN THOMAS, *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, Paris, 1972, p. 10.

¹⁴¹⁶ BACHELARD GASTON, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, Librairie philosophique J. Vrin, 5^{ème} éd., coll. Bibliothèque des textes philosophiques, Paris, 1967, pp. 13 et s.

¹⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 14.

*phénomène unique dont l'interprétation est épineuse*¹⁴¹⁸ ». Ainsi en est-il de la construction européenne érigée en modèle *sui generis* afin de justifier les atteintes qu'elle inflige aux représentations classiques de la théorie du droit, dont l'ordonnancement hiérarchique des pouvoirs. Les transferts de compétences au profit de l'Union Européenne traduisent le morcellement de la souveraineté étatique et la fragilisation des principes républicains d'unité et d'indivisibilité. La France est également membre du Conseil de l'Europe. Si l'ambition de ce dernier est plus réduite, car fondée sur des principes de coopération plutôt que d'intégration¹⁴¹⁹, il est intéressant de constater que la France adhère d'ores et déjà à un mécanisme de pluralisme de coordination visant l'harmonisation¹⁴²⁰ sur la base de la *Convention européenne des droits de l'homme*.

506 . Ces modèles *sui generis*, littéralement « de leur propre genre », qualifient une situation juridique dont la singularité échappe à tout classement. Il est alors possible de penser que la multiplication de ces modèles *sui generis* traduit un renversement du rapport principe-exception¹⁴²¹. D'autant plus qu'il est constaté que la Nouvelle-Calédonie est également un type de collectivité *sui generis*, dont le statut a été défini en 1999 sur la base de l'Accord de Nouméa. Cela a entraîné selon Anne-Marie Le Pourhiet, une véritable « *neutralisation du juge constitutionnel*¹⁴²² », et a sacrifié la République sur « *l'autel de la "paix sociale"*¹⁴²³ ». S'il est vrai que l'Accord de Nouméa semble remettre en cause certains principes de notre République, cela démontre au contraire une adaptabilité de notre Constitution aux enjeux contemporains qui, s'ils étaient ignorés rendraient le droit inopérant et pourraient mener le cas échéant à un retour des conflits civils. Mais il est vrai que :

« [l]es idéologies juridiques présentent de la résistance au changement. La survivance "idéologique" du positivisme juridique est un exemple de la force

¹⁴¹⁸ JARROSSON BRUNO, *Invitation à la philosophie des sciences*, Seuil, coll. Points Sciences, Paris, 1992, p. 80.

¹⁴¹⁹ MORTIER PAULINE, *Les métamorphoses de la souveraineté*, Thèse de droit public, Université d'Angers, 2011, *op. cit.*, p. 271.

¹⁴²⁰ OST FRANÇOIS et VAN DE KERCHOVE MICHEL, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, pp. 65-66.

¹⁴²¹ *Ibid.*, p. 16.

¹⁴²² LE POURHIET ANNE-MARIE, « Nouvelle-Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme », *RDP*, n° 4, 1999, *op. cit.*, p. 1027.

¹⁴²³ *Ibid.*, p. 1019.

d'inertie des grandes conceptions juridiques qui continuent souvent à agir, de façon résiduelle, même quand elles ont perdu leur raison d'être à cause de la modification des conditions qui les avaient justifiées à l'origine¹⁴²⁴ ».

507 . À terme, cela finit par remettre en question la théorie dominante reconnue inapte à décrire la réalité. Il émerge alors un paradigme concurrent, celui du pluralisme juridique ou du droit en réseau. François Ost et Michel Van de Kerchove associent à cette idée de réseau l'« *aptitude à faire coexister, plus ou moins harmonieusement, des valeurs diverses, parfois opposées [par le biais de principes généraux permettant] une concordance pratique entre valeurs hétérogènes [...], une axiomatique fluide, seule en mesure de produire la modération réciproque, la tempérance indispensable aux sociétés pluralistes¹⁴²⁵ »*. Cette vision du droit est en parfaite adéquation avec l'observation constatée en France de l'abandon de la réglementation au profit de la régulation. Régulation qui commande un nouveau « *processus par lequel le comportement d'un système complexe est maintenu ou ajusté en conformité à quelques règles ou normes¹⁴²⁶ »*. Cette pondération juridique, opposée à une logique hiérarchique et autoritaire, nécessiterait dès lors la mise en œuvre d'un système de gouvernance.

B | L'idéal de gouvernance

508 . La gouvernance s'entend d'un « *processus de coordination d'acteurs, de groupes sociaux, qui ne sont pas tous étatiques, ni mêmes publics, pour atteindre des buts propres discutés et définis collectivement dans des environnements fragmentés et incertains¹⁴²⁷ »*. Si cette notion est polysémique et relativement floue, elle possède

¹⁴²⁴ ZAGREBELSKY GUSTAVO, *Le droit en douceur*, trad. LEROY Michel, Économica, Paris, 2000, p. 42.

¹⁴²⁵ OST FRANÇOIS et VAN DE KERCHOVE MICHEL, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 18.

¹⁴²⁶ CANGUILHEM GEORGES, « Régulation », dans *Encyclopaedia universalis*, 14, Paris, 1972, pp. 1-3.

¹⁴²⁷ COMMAILLE JACQUES et JOBERT BRUNO, « Introduction. La régulation politique : l'émergence d'un nouveau régime de connaissance », dans COMMAILLE JACQUES, JOBERT BRUNO (dir.), *Les métamorphoses de la régulation politique*, L.G.D.J., Paris, 1998, p. 28.

une valeur indéniablement heuristique qui permet d'appréhender les besoins de la société actuelle et les transformations du droit qui en découlent.

Il apparaît aujourd'hui que le modèle wébérien de gouvernement est dépassé. Cette institution qui avait pour rôle de conduire les affaires attachées à la souveraineté étatique, par le biais d'un appareil « autocentré et hiérarchique », échoue à mener sa mission à bien. La gouvernance se distingue du gouvernement car elle n'est pas une institution mais un processus « *où les affaires collectives font l'objet de délibérations, de négociations et d'arbitrages permanents entre gouvernants et gouvernés*¹⁴²⁸ ».

509 . En France, le mouvement généralisé de décentralisation, la prolifération des codes de bonne conduite dont se dotent les entreprises, donnent à voir un État souvent impuissant à répondre aux demandes des citoyens. La gouvernance est ici la réponse à l'ineffectivité du droit étatique¹⁴²⁹ qui ne conçoit le pouvoir qu'en référence à l'État, centre propulsif de toute décision. Or, il faut apprendre à regarder là « *où ne nous éclairent pas les puissants projecteurs modernes orientés à partir de lieux tels que l'État [pour comprendre qu'] il y a autant de "centres du monde" qu'il y a d'acteurs, de sociétés*¹⁴³⁰ ».

510 . Ce postulat qui entend renoncer à une vision purement juridico-étatique ne doit pas pour autant alimenter une théorie radicalement opposée. Ces processus se déroulent au sein d'États modernes, ils seraient utopiques d'envisager une théorie post-étatique, de même qu'il serait illusoire, dans un État moniste tel que la France, d'envisager une stricte égalité entre les divers ordres juridiques. Certes, l'émergence d'un nouveau paradigme pluraliste est indéniable. Cependant, il apparaît plus réaliste actuellement de concevoir une superposition de ces deux paradigmes¹⁴³¹, une dialectique constante entre le monisme et le pluralisme, traduisant sans doute mieux

¹⁴²⁸ OTIS GHISLAIN, « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte canadienne ? », *Revue de droit d'Ottawa*, vol. 36, 2005, pp. 213-214.

¹⁴²⁹ OTIS GHISLAIN, « Cultures juridiques et gouvernance : cadre conceptuel », dans OTIS GHISLAIN, CISSE ABDOULLAH, DE DECKKER PAUL, MASTOR WANDA (dir.), *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone – Présentation générale d'une problématique*, Editions des archives contemporaines - Agence universitaire de la Francophonie, coll. Savoirs francophones, Paris, 2010, op. cit., p. 10.

¹⁴³⁰ EBERHARD CHRISTOPH et CALAME PIERRE, « Mise en débat du droit et de la gouvernance dans une perspective interculturelle », 2005, En ligne : <www.institut.gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-60.html>.

¹⁴³¹ OST FRANÇOIS et VAN DE KERCHOVE MICHEL, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 32.

la complexité du réel que ne le ferait un raisonnement en terme de substitution de paradigmes.

Ainsi que l'explique Jean Leca, le développement de la gouvernance laisse malgré tout d'« énormes résidus » à l'action gouvernementale classique¹⁴³². S'ouvrir aux réalités locales pour répondre au-delà de la simple exigence formelle de légalité, aux exigences de légitimité et d'effectivité, peut contribuer à une redéfinition du rôle de l'État¹⁴³³. En légitimant les ordres juridiques autochtones, en reconnaissant leur existence et en acceptant de dialoguer avec eux, l'État se trouve investi d'une nouvelle mission, celle de l'articulation de ces ordres juridiques. Paradoxalement, renoncer à une omnipotence chimérique permettrait à l'État de renforcer sa légitimité et son efficacité d'action dans un domaine qui relèverait de la gestion et de la protection d'un noyau dur de règles communes à l'ensemble des ordres juridiques. Le droit étatique jouerait « *le rôle d'un chef d'orchestre dans cette symphonie de systèmes juridiques en ce qu'il [régulerait] les rapports qu'entretiennent entre eux les différents ordres juridiques* »¹⁴³⁴.

511 . L'Accord de Nouméa est la preuve que le droit français peut faire œuvre de souplesse en adaptant les principes constitutionnels aux réalités néocalédoniennes. Il ne paraîtrait donc pas inenvisageable que l'État puisse aller plus loin dans la reconnaissance des ordres juridiques autochtones en mettant en œuvre un véritable pluralisme juridique.

¹⁴³² LECA JEAN, « La "gouvernance" de la France sous la Cinquième République : une perspective de sociologie comparative », dans D'ARCY FRANÇOIS, ROUBAN LUC (dir.), *De la Ve République à l'Europe. Hommage à Jean-Louis Quermonne*, Presses de sciences po, Paris, 1996, pp. 360-361.

¹⁴³³ EBERHARD CHRISTOPH et CALAME PIERRE, « Mise en débat du droit et de la gouvernance dans une perspective interculturelle », *op. cit.*

¹⁴³⁴ ROULAND NORBERT, *Anthropologie juridique*, PUF, 1^{ère} éd., coll. Droit fondamental, Paris, 1988, p. 82.

CONCLUSION DU TITRE I

512 . Ainsi que l'indique Dominique Rousseau, s'il est admis que :

« le droit a pour objet de saisir les différentes activités sociales, il faut admettre que le droit "bouge" [...]. Des disciplines juridiques qui étaient dominantes il y a plusieurs dizaines d'années le sont moins aujourd'hui [...]; à l'inverse, de nouveaux savoirs juridiques apparaissent ou se développent¹⁴³⁵ ».

Le droit constitutionnel ne fait pas exception et ses principes structurants doivent s'adapter à l'émergence de nouveaux droits, tel que celui de l'Union européenne, ou à l'accroissement de revendications telles que celles des peuples autochtones. Le droit constitutionnel est tenu de prendre en considération certaines particularités des peuples autochtones même s'il faut admettre que cette reconnaissance reste plus implicite qu'assumée¹⁴³⁶.

513 . L'idéal libéral et républicain des Lumières n'est pas parvenu à endiguer les revendications culturelles et juridiques d'une partie de la population. En définitive, que l'État admette ou non leurs particularismes juridiques n'empêche pas leurs observations effectives par les autochtones. Toutefois, cette résistance étatique induit une marginalisation et un manque d'accès aux droits des peuples autochtones.

¹⁴³⁵ ROUSSEAU DOMINIQUE, « Le droit constitutionnel en débat, le droit constitutionnel européen existe-t-il? », *RDP*, n° 3, 2008, p. 721.

¹⁴³⁶ CNCDH, *Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : La situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des amérindiens de Guyane*, J.O.R.F., n° 0061, 12 mars 2017, texte n° 33, *op. cit.*, p. 52.

Titre II :

Éléments d'ingénierie juridique canadiens au support prospectif des droits d'autodétermination interne kanake

514 . L'étude de la société kanake indique clairement que « *chez les Kanaks, le lien à la terre est sacralisé. Les personnes ne sont pas individuellement propriétaires, mais chaque homme comme chaque femme est lié à une terre qui matérialise l'histoire généalogique, l'origine du groupe*¹⁴³⁷ ». Ce lien, s'il commande parfois la nécessité d'un pouvoir exclusif sur certaines terres va cependant au-delà de ce que le droit occidental qualifie de propriété privée. La terre constitue également une assise généalogique fondamentale pour les clans kanaks et plus pragmatiquement, elle est entièrement appropriée : « *l'accès au sol (culture, cueillette, chasse, pêche) [fait] l'objet d'une tradition précise, aussi bien que les droits de pêche à la côte ou le*

¹⁴³⁷ GODIN PATRICE, *Nouvelle-Calédonie 2025. Schéma d'aménagement et de développement de la Nouvelle-Calédonie. Atelier 5. Développement, culture et valeurs identitaires*, 2008, p. 146.

*long des rivières*¹⁴³⁸ ». Le droit canadien, parce qu'il appréhende l'ensemble des facettes du foncier autochtone, pourrait enrichir de réflexions novatrices les politiques foncières néocalédoniennes. Ainsi que l'indique René Morin, « *la Cour suprême du Canada a été indiscutablement à l'avant-garde dans le développement spectaculaire [du droit autochtone...] en redonnant un sens aux droits ancestraux, au titre aborigène et aux traités conclus avec les Autochtones*¹⁴³⁹ » (Chapitre I). Traités qui pour certains mettent en place une ingénierie juridique innovante permettant une autodétermination autochtone. L'Accord Nisga'a conclu le 27 avril 1999 et l'Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2005 sont, à cet égard, les deux premières ententes dans l'histoire récente du Canada à « *instaurer simultanément un nouveau régime foncier et un gouvernement autochtone autonome dont le statut et les pouvoirs sont protégés constitutionnellement*¹⁴⁴⁰ ». Leur analyse pourrait permettre d'envisager les possibles suites à donner à l'Accord de Nouméa si toutefois l'État et /ou la Nouvelle-Calédonie et le peuple kanak décidaient d'engager de nouvelles négociations (Chapitre II).

¹⁴³⁸ GUIART JEAN, « Clans autochtones : situation précoloniale », dans *Atlas de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, ORSTOM, Paris, *op. cit.*, planche 18.

¹⁴³⁹ MORIN RENE, « La Cour suprême du Canada et la cause autochtone : l'histoire au banc des accusés », Conférence des juristes de l'État, Québec, 2009, p. 397.

¹⁴⁴⁰ OTIS GHISLAIN, « Rencontre des cultures juridiques dans la toundra subarctique : vers une nouvelle gouvernance foncière au Nunatsiavut », *Télescope*, vol. 15, n° 3, automne 2009, *op. cit.*, p. 108.

CHAPITRE I :

LES BIENS KANAKS À LA LUMIÈRE DE

L'AUTODÉTERMINATION : ENTRE

PROPRIÉTÉ COLLECTIVE ET DROITS

OPPOSABLES AUX TIERS

515 . La colonisation française en Nouvelle-Calédonie a légué une doctrine faisant du statut des terres coutumières « *un droit concédé par l'État au cours d'un processus de repentance et de reconstitution de pseudo droits du premier occupant* ¹⁴⁴¹ » qui semble aujourd'hui montrer ses limites. Le droit canadien, qui reconnaît un titre ancestral autochtone s'étant maintenu malgré la colonisation, permet d'ouvrir une réflexion sur une restitution des terres respectueuse de l'identité kanake (Section I). Au demeurant, l'arrêt *Delgamuukw* de la Cour suprême du Canada établit que les droits sur les terres ne se cantonnent pas à l'unique reconnaissance d'un titre foncier exclusif mais peuvent, selon les circonstances et l'intensité du rapport au territoire, donner également lieu à des droits sur les ressources naturelles¹⁴⁴². Cette gradation des droits en fonction du degré de rattachement des autochtones avec le territoire visé pourrait servir d'assise à la reconnaissance de droits sur les ressources néocalédoniennes au bénéfice des Kanaks (Section II).

¹⁴⁴¹ LAFARGUE REGIS, *La coutume face à son destin: réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, L.G.D.J., coll. Droit et société. Recherches et travaux, n° 22, Paris, 2010, *op. cit.*, p. 228.

¹⁴⁴² Ces droits sur les ressources naturelles comportent des droits incidents tels que des droits d'accès, des droits d'usage et de prélèvements incidents comme des prélèvements de bois nécessaires à la construction des campements de chasse ou au chauffage des habitations.

SECTION I | RESTITUTION DES TERRES COUTUMIÈRES

516 . L'histoire coloniale permet de comprendre en grande partie la complexité des litiges qui parcourent aujourd'hui la société kanake. Ils trouvent leurs sources dans les conflits inter-claniques engendrés par le « *contact et l'intrusion de diktats de l'administration*¹⁴⁴³ » que les tribunaux avec assesseurs coutumiers tentent aujourd'hui de résoudre malgré la persistance de certains courants doctrinaux (§1). Ces derniers occultent la conception kanake du rapport à la terre refusant de placer sur le même pied d'égalité les conceptions occidentales et kanakes de la propriété¹⁴⁴⁴ et instituent dès lors un blocage dans la résolution des conflits (§2).

§ 1 | LE DÉFI ACTUEL : SORTIR DE L'ACCULTURATION

517 . La politique de restitution des terres coutumières en Nouvelle-Calédonie, si elle n'est pas exempte d'une volonté de pacifier les relations au sein de l'archipel, continue cependant à faire appel aux concepts occidentaux pour résoudre les litiges ayant trait aux revendications foncières autochtones (A). Si le droit international, et notamment les décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme, insistent sur le fait que la neutralité culturelle impose de ne pas s'appuyer uniquement sur les catégories du droit occidental¹⁴⁴⁵, les réflexions doctrinales et institutionnelles françaises à ce sujet montrent que cet idéal est encore loin d'être atteint (B).

¹⁴⁴³ LAFARGUE REGIS, *La coutume face à son destin: réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, op. cit., p. 216.

¹⁴⁴⁴ Cour IDH, 31 août 2001, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua*, Série C, n° 79.

¹⁴⁴⁵ OTIS GHISLAIN, « Coutume autochtone et gouvernance environnementale : l'exemple du système interaméricain de protection des droits de l'Homme », dans *L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale. Eléments d'ici et d'ailleurs...*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 445.

A | *Entre conflits internes et externes : le problème de la preuve*

518 . La délicate interprétation de l'organisation territoriale kanake laisse aujourd'hui l'ADRAF quelque peu démunie face aux revendications foncières (A). Lorsque les solutions ne peuvent être trouvées par la voie institutionnelle, les conflits se retrouvent alors devant les juridictions avec assesseurs coutumiers voire devant la Cour de Cassation (B).

1| L'ADRAF OU LA DÉLICATE INTERPRÉTATION DU LIEN À LA TERRE

519 . Face à un déficit de moyens, l'agence ne peut plus désormais agir que sur son stock dur, constitué de 9000 hectares. Or, la redistribution des terres possédées par l'ADRAF entraîne de nombreux conflits de revendications entre clans kanaks, allant jusqu'à bloquer le processus redistributif.

Qu'il s'agisse des attributions d'ores et déjà réalisées ou de celles en attente de l'être, le Sénat coutumier a constaté l'émergence d'une instabilité due à « *la nouvelle situation créée par les attributions au titre du lien à la terre et notamment, un repositionnement des clans accueillants par rapport aux clans accueillis*¹⁴⁴⁶ ». Il est vrai que « *la coutume ne connaît pas stricto sensu la propriété, dont les démembrements classiques, abusus, usus, fructus, ne trouvent pas d'équivalent coutumier*¹⁴⁴⁷ ». Il y a donc différents titulaires de droits fonciers sur les terres coutumières car ni individuellement, ni collectivement, les Kanaks ne disposent des prérogatives entières d'un propriétaire au sens occidental du terme.

¹⁴⁴⁶ SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, *La problématique foncière en 2011*, J.O.N.C., 2012, *op. cit.*, p. 1249.

¹⁴⁴⁷ MOHAMED SOILIHI THANI, DARNAUD MATHIEU et LAUFOAULU ROBERT, *Rapport d'information fait au nom de la délégation sénatoriale à l'outre-mer sur la sécurisation des droits fonciers dans les outre-mer*, Sénat, session ordinaire de 2015-2016, n° 721, 23 juin 2016, *op. cit.*, p. 113.

520 . La société kanake pratique en effet l'accueil. Les clans dits « maîtres de la terre » accueillent d'autres clans sur leur territoire depuis l'ère pré-chrétienne¹⁴⁴⁸. L'accueil des clans étrangers peut ainsi être fait à la demande des chefferies ou des clans mêmes. Ils sont ce qu'il est commun de nommer des clans invités qui, en contrepartie d'un nouveau territoire, sont amenés à exercer leurs talents, tels que celui de fertiliser les récoltes¹⁴⁴⁹. La pratique coloniale a cependant nécessité la mise en œuvre d'un nouveau type d'accueil engendré par la dépossession et le cantonnement en réserves. Ces clans, ainsi que ceux privés de leurs terres en raison de guerres tribales ou de catastrophes naturelles, ne seront pas reçus en tant qu'invités mais en tant que « réfugiés¹⁴⁵⁰ ».

Qu'il s'agisse de l'accueil volontaire ou de celui imposé par l'administration, la supériorité des clans accueillants, due à leur qualité de premiers occupants et aux liens fonciers qui les unissent à la terre, est soulignée par l'allégeance et la déférence du groupe accueilli¹⁴⁵¹. En contrepartie, les clans étrangers sont autorisés à habiter la terre et à la cultiver pour les besoins de leurs familles. Ainsi que l'explique l'anthropologue Michel Naepels, « *la cession et l'usage de la terre définissent moins des transferts de propriété que la superposition de différentes légitimités : la propriété n'est pas univoque, mais consiste plutôt en droits différenciés, en légitimités additionnées*¹⁴⁵² ».

521 . En d'autres termes, au regard du droit occidental, la propriété absolue n'existe pas dans la société kanake. Si certains clans possèdent l'*abusus*, soit la nue-propriété, à l'image des clans accueillants, d'autres possèdent l'*usus* et le *fructus*, soit le droit d'user d'une chose et d'en percevoir les fruits, à l'image des clans invités ou réfugiés. Cette comparaison reste toutefois approximative et purement indicative puisque la propriété coutumière est associée à la règle d'origine étatique des « 4i », ce qui limite considérablement l'usage de l'*abusus*. Les clans terriens sont simplement

¹⁴⁴⁸ PIPITE JEAN, « Droit d'accueil et droit de l'endroit en pays kanak », *Le Journal de la Société des Océanistes*, vol. 117, 2003, *op. cit.*, p. 204.

¹⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 209.

¹⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 204.

¹⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 205.

¹⁴⁵² NAEPELS MICHEL, *Histoires de terres kanakes. Conflits fonciers et rapports sociaux dans la région de Houailou (Nouvelle-Calédonie)*, Belin, coll. Socio-histoires, Paris, 1998, p. 242.

dépositaires d'un capital culturel et sont « *les seuls à pouvoir se prévaloir d'une relation mythique à une terre donnée*¹⁴⁵³ ».

522 . Néanmoins, si les Kanaks pratiquent l'accueil, ils n'entendent pas pour autant être dépossédés de leurs terres claniques où voir les clans accueillis s'élever dans la hiérarchie sociale à leur détriment. La notion de « lien à la terre », utilisée par l'Accord de Nouméa et l'article 18 de la loi organique du 19 mars 1999 pour permettre la réattribution, a été interprétée de manière tendancieuse par les tribunaux de Nouvelle-Calédonie.

Le « lien à la terre » n'a jamais clairement été défini par le législateur français ou néocalédonien. Ce sont les tribunaux qui, les premiers, ont tenté de cerner ce concept. Prenant acte de l'absence de définition légale, la Cour d'appel de Nouméa, dans une décision du 11 octobre 2012, évoque tout d'abord les points de vue doctrinaux sur cette question en précisant que selon ces derniers, le lien à la terre « *renvoie autant à un droit réel qu'à un droit personnel, vis-à-vis d'un capital matériel autant qu'immatériel, en ce qu'il porte autant sur un bien que sur une identité de groupe et une identité personnelle*¹⁴⁵⁴ ». Les assesseurs de l'aire Paici-Camuki donnent ensuite leur interprétation coutumière de ce concept en établissant « *qu'un homme sans terre n'est rien, et n'a tout simplement pas d'existence, en ce que la terre est pour le kanak la mère : celle qui nourrit l'homme, lui donne la vie et pour finir le lieu où il se fondera dans la mort*¹⁴⁵⁵ ».

523 . En 2014, la Cour d'appel de Nouméa reprend cette définition et rappelle que le lien à la terre « *est un concept normatif spécifique à la société coutumière affectant l'identité et le statut des hommes en lien avec une terre par rapport à laquelle ils se définissent*¹⁴⁵⁶ ». Cependant, elle apporte une précision qui associe le lien à la terre au clan terrien mais aussi au clan accueilli. Ainsi, la Cour précise que :

« *l'expression "lien à la terre", inscrite dans l'Accord de Nouméa, recouvre une variété de situation : les" obligations/droits" primordiaux dont sont*

¹⁴⁵³ LAFARGUE REGIS, *La coutume face à son destin: réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, op. cit., p. 233.

¹⁴⁵⁴ CA Nouméa, civ., 11 octobre 2012, RG n° 11/00425.

¹⁴⁵⁵ *Ibidem*.

investis les "clans terriens originels" (dits "Maître de la terre"), mais aussi les prérogatives consenties par ceux-ci "aux clans accueillis" (droits d'usage d'occupation, etc)¹⁴⁵⁷ ».

Elle conclut que le :

« droit d'occupation, d'usage et de valorisation [...] qui découlent de [la] fonction de gardien, [permet de] se prévaloir du "lien qui le lie à la terre" [tout en précisant que] la reconnaissance du lien à la terre [...] n'induit nullement que ce clan serait, de surcroît, le clan terrien originel ("Maître de la Terre") ; [...] le "lien à la terre" fonde la réparation d'un préjudice (coutumier) immatériel moral et spirituel éprouvé par le clan, indépendamment de la qualité du clan lésé, qu'il soit un clan "accueilli" ou un "clan terrien originel"¹⁴⁵⁸ ».

524 . Si cette décision a sans nul doute pour objectif de rappeler que, plus que des droits réels, les Kanaks possèdent avant tout des droits personnels et inter-personnels sur la terre¹⁴⁵⁹, la Cour d'appel complexifie cependant le processus de réattribution. En effet, une telle définition analysée à la lumière de l'article 18 de la loi organique permet de réattribuer des terres tant au clan maître de la terre qu'aux clans accueillis, ce que ne veulent assurément pas la majorité des clans kanaks.

Cette interprétation du lien à la terre, si elle n'est pas dénuée de fondements dans la société kanake, entraîne néanmoins aujourd'hui une demande de reconnaissance par les coutumiers du « *droit de l'endroit* ». Ce concept mis de l'avant par Anselme Poaragnimou, président du Conseil coutumier de l'aire Paici-Camuki est :

« favorable aux tribus originaires qui ont été dépossédées de leurs prérogatives par d'autres clans étrangers. Le projet de "remettre le

¹⁴⁵⁶ CA Nouméa, cout., 22 mai 2014, RG n° 12/00101.

¹⁴⁵⁷ *Ibidem.*

¹⁴⁵⁸ *Ibidem.*

¹⁴⁵⁹ CA Nouméa, cout., 22 mai 2014, RG n° 12/00101, *op. cit.*

*droit de l'endroit à l'endroit" signifierait ici non seulement la reconstitution de l'histoire dans ses mythes, ses légendes et sa toponymie, mais aussi de replacer en conséquence chaque individu à sa juste place*¹⁴⁶⁰ ».

525 . La plupart des conflits qui touchent aux terres coutumières proviennent d'une erreur d'identification par les individus extérieurs des véritables clans propriétaires. Ces querelles sont d'autant plus facilement exacerbées que l'usurpation des droits des clans originaires par les clans accueillis, notamment les chefs administratifs des réserves installés par les autorités coloniales, devient manifeste¹⁴⁶¹. Ainsi que l'indique Fote Trolue, magistrat kanak aujourd'hui à la retraite :

*« Pendant ce temps, profitant de leur silence, les sans titre clament haut et fort des droits fonciers imaginaires protégés par l'incertitude d'un système social s'appuyant sur les piliers de l'oralité. [...] Les véritables propriétaires fonciers [...] finissent par s'émanciper [...] et par se livrer à des affrontements sanglants avec ceux qu'ils désignent du terme "voleurs de terre"*¹⁴⁶² ».

526 . En raison de l'oralité du système juridique kanak, la démonstration de la preuve est en effet très difficile à réaliser. Les entrepreneurs souhaitant s'installer sur des terres coutumières ainsi que l'ADRAF se trouvent ainsi désarmés lorsqu'ils sont confrontés à des revendications contraires prônant chacune le lien à la terre. Face à ce dilemme et à défaut d'institutions ou de procédures pour le résoudre, la tentation est grande de s'appuyer sur les principes du droit occidental. En effet, le droit de propriété français repose sur deux mécanismes que sont la possession et l'usucapion ou prescription acquisitive.

La possession permet de présumer la propriété. Elle repose, selon l'article 2261 du Code civil, sur une « *possession continue et non interrompue, paisible, publique, non*

¹⁴⁶⁰ PIPITE JEAN, « Droit d'accueil et droit de l'endroit en pays kanak », *op. cit.*, p. 208.

¹⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 212.

¹⁴⁶² TROLUE FOTE, « Le Kanak, le clan et la terre face au développement en Nouvelle-Calédonie », dans *La Terre*, CORAIL, Nouméa, 1994, pp. 158-159.

équivoque, et à titre de propriétaire ». Le second principe est celui de la prescription acquisitive¹⁴⁶³ et implique « *que pour contester valablement la prétention du possesseur du terrain à en être le propriétaire, il ne faut pas attendre trop longtemps. Passé le délai de prescription (30 ans, c'est-à-dire une génération), tout recours devient irrecevable*¹⁴⁶⁴ ». En outre, l'article 2274 du Code civil précise que « *la bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver* ». Ainsi, si des clans propriétaires revendiquaient des terres coutumières face à des clans accueillis installés, ils devraient prouver la propriété des terres coutumières, les clans accueillis étant théoriquement déchargés de tout fardeau de preuve.

Cette analyse, associée à la problématique actuelle de la preuve basée essentiellement sur l'oralité, peut conduire à ce que les clans étrangers supplantent progressivement les clans d'origine dans le processus de réattribution des terres. La charge de la preuve étant à celui qui conteste, les clans terriens devraient dès lors prouver leur statut de propriétaires. Cette démonstration serait d'autant plus difficile à réaliser qu'elle serait limitée dans le temps au regard du délai de prescription.

527 . Aujourd'hui, l'augmentation des conflits et l'incertitude de l'ADRAF entraînent un immobilisme patent. L'ensemble de ces problématiques mènent parfois devant les juridictions civiles.

2 | LES JURIDICTIONS FACES AUX CONFLITS TERRITORIAUX

528 . La colonisation a désorganisé les rapports existants au sein de la société kanake¹⁴⁶⁵, créant un certain nombre de litiges fonciers portant sur les terres déjà coutumières ou sur les terres en attente d'être rétrocédées par l'ADRAF. Lorsque ces litiges n'arrivent pas à être résolus par les autorités coutumières, les tribunaux sont parfois saisis. Régis Lafargue distingue deux types de problématiques récurrentes devant les tribunaux, à savoir la reconnaissance des « *droits des clans qui se disputent*

¹⁴⁶³ La prescription acquisitive est prévue par l'article 2272 du code civil.

¹⁴⁶⁴ COMBY JOSEPH, « Reconnaître et sécuriser la propriété coutumière moderne », dans Contribution au symposium de la Banque mondiale, Washington, 2007, p. 2.

*la propriété du sol ou [...] l'expulsion d'occupants sans droits ni titres (personnes physiques ou clans accueillis)*¹⁴⁶⁶ ».

529 . Avant même d'entrer dans l'analyse du règlement du litige, Régis Lafargue soulève la difficulté des règles de compétence. En effet, la loi organique du 19 mars 1999 unifie ces règles en indiquant que la juridiction civile de droit commun complétée par des assesseurs coutumiers « *est seule compétente pour connaître des litiges et requêtes relatifs au statut civil coutumier ou aux terres coutumières*¹⁴⁶⁷ ». Le magistrat explique la délicate désignation des assesseurs coutumiers en indiquant que « *lorsque les assesseurs sont originaires d'un district autre que celui dans le cadre duquel se déroule le litige, ces assesseurs ne se sentent pas concernés et se considèrent même incompetents pour statuer*¹⁴⁶⁸ ». À l'inverse, ils s'estiment compétents lorsqu'ils sont originaires du district en cause, faisant dès lors naître un risque de partialité puisque liés avec les parties par alliance ou de parenté¹⁴⁶⁹.

530 . À cette difficulté procédurale s'ajoute la complexité du jugement sur le fond qui sera source de complications tant qu'un « *mode fiable et efficace d'établissement et de reconnaissance des droits fonciers de chacun*¹⁴⁷⁰ » ne sera pas mis en œuvre. Ainsi qu'expliqué précédemment, les litiges allant le plus régulièrement devant les tribunaux opposent généralement plusieurs clans revendiquant l'exclusivité de leur lien à la terre. Deux problèmes peuvent dès lors être soulevés recouvrant une problématique plus globale, celle de l'absence de modes de preuve incontestables.

¹⁴⁶⁵ GUIART JEAN, *Maurice Leenhardt le lien d'un homme avec un peuple qui ne voulait pas mourir*, Editions du Rocher-à-la-voile, Nouméa, 1997, pp. 64-65.

¹⁴⁶⁶ LAFARGUE REGIS, *La coutume face à son destin: réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, op. cit., p. 216.

¹⁴⁶⁷ LOI ORGANIQUE N° 99-209 DU 19 MARS 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, J.O.R.F., n° 0068, 21 mars 1999, p. 4197, op. cit., art. 19.

¹⁴⁶⁸ LAFARGUE REGIS, *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*, Recherche subventionnée par le GIP « Mission de Recherche Droit et Justice », 2001, op. cit., p. 156.

¹⁴⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁷⁰ LAFARGUE REGIS, *La coutume face à son destin: réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, op. cit., p. 232.

531 . En premier lieu, il faut rappeler que l'article 18 de la loi organique du 19 mars 1999 indique que « *sont régis par la coutume les terres coutumières et les biens qui y sont situés appartenant aux personnes ayant le statut civil coutumier* ». Le statut du titulaire influe donc sur le statut de la terre et ce quelle que soit l'origine de la propriété¹⁴⁷¹. En d'autres termes, et dans certains cas, il est possible qu'une terre n'acquière pas sa valeur coutumière par le fait du lien à la terre avec le clan propriétaire originaire. La terre pourra être coutumière :

« si elle appartient à une personne physique ou morale de droit coutumier, quelle que soit l'origine de propriété – fut-elle une ancienne propriété de colon rétrocédée récemment à une personne de statut particulier dépourvue d'un ancrage familial ancien sur cette portion de territoire¹⁴⁷² ».

Pour Régis Lafargue, la reconnaissance des terres coutumières dans l'Accord de Nouméa relève d'un droit néo-coutumier non conforme à la tradition¹⁴⁷³.

532 . La seconde difficulté a trait à la répartition des terres au sein des anciennes réserves ou des terres redistribuées par l'ADRAF aux GDPL ou aux tribus. Lorsque ce genre de situation se présente, ce sont aux autorités traditionnelles de délimiter les lots individuels et de reconnaître clairement les droits de chaque clan sur les terres en question¹⁴⁷⁴. À cet égard, la loi du pays portant sur les actes coutumiers apparaissait comme une nécessité afin d'établir de véritables actes écrits authentiques et de créer corrélativement un cadastre coutumier¹⁴⁷⁵. Cette loi, finalement adoptée le 15 janvier 2007, semble de prime abord tenir ses promesses puisqu'elle indique que « *l'acte coutumier revêt les qualités d'un acte authentique lorsqu'il est pris en matière de statut coutumier ou de propriété coutumière¹⁴⁷⁶* ». L'acte authentique permet de rendre la décision opposable aux tiers en la dotant de la force probante. L'article 1371 du Code civil précise à cet égard que « *l'acte authentique fait foi*

¹⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 230.

¹⁴⁷² *Ibidem.*

¹⁴⁷³ *Ibid.*, p. 229.

¹⁴⁷⁴ *Ibid.*, pp. 232-233.

¹⁴⁷⁵ D'où la volonté d'identifier clairement les clans détenteurs de droits sur le foncier, les clans limitrophes et les chefs et grands chefs concernés. Cf. en ce sens : LOI DU PAYS N° 2006-15 DU 15 JANVIER 2007 *relative aux actes coutumiers*, J.O.N.C., 30 janvier 2007, p. 647, *op. cit.*, art. 8.

¹⁴⁷⁶ *Ibid.*, art. 3 al. 2.

jusqu'à inscription de faux de ce que l'officier public dit avoir personnellement accompli ou constaté ». Pourtant, le régime juridique de l'acte coutumier prévoit des voies de recours beaucoup plus souples que celles de l'acte authentique, ce qui vient limiter son importance tout en permettant de multiples contestations. Ainsi, si les actes coutumiers font « *foi en justice jusqu'à inscription de faux*¹⁴⁷⁷ », la loi du pays impose en cas de contestation le recours en interprétation devant le conseil coutumier concerné¹⁴⁷⁸ qui, à défaut de conciliation, prend une décision motivée¹⁴⁷⁹. La saisine du tribunal ne peut avoir lieu « *que si le litige relatif aux actes coutumiers a été porté au préalable auprès du conseil coutumier de l'aire concernée*¹⁴⁸⁰ ». La stabilité qui aurait pu être instaurée par la création d'un véritable acte authentique voire d'un acte administratif unilatéral est dès lors remise en cause. Ces nouvelles dispositions, à défaut d'apporter une solution à la problématique foncière, pourraient encore aggraver la situation en développant un contentieux nouveau qui, jusque là, n'était que latent¹⁴⁸¹. Il est en effet à craindre que les conseils coutumiers se trouvent submergés par des vagues de contestation, car, selon Régis Lafargue il n'est pas impossible que les clans limitrophes aux terres ainsi identifiées, « *pour préserver leurs droits futurs, [contestent] systématiquement les conditions d'établissement ou le contenu de l'acte coutumier*¹⁴⁸² ».

533 . Qu'il s'agisse de l'établissement d'actes authentiques, de contestations claniques relatives à l'article 18 de la loi organique ou, éventuellement, de redistributions litigieuses de la part de l'ADRAF, ces conflits se retrouvent parfois devant les tribunaux, ces derniers étant alors confrontés à une problématique plus vaste, celle de la preuve.

Le rôle des juridictions avec assesseurs coutumiers est extrêmement délicat comme en attestent plusieurs décisions dont celle du 11 décembre 1997¹⁴⁸³. Dans cette

¹⁴⁷⁷ *Ibid.*, art. 30.

¹⁴⁷⁸ *Ibid.*, art. 21.

¹⁴⁷⁹ *Ibid.*, art. 26.

¹⁴⁸⁰ *Ibid.*, art. 29.

¹⁴⁸¹ LAFARGUE REGIS, *La coutume face à son destin: réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, op. cit., p. 236-237.

¹⁴⁸² *Ibid.*, p. 237.

¹⁴⁸³ TPI Sect. Lifou, 11 décembre 1997, *Sineitra c/ Ujicas et autres*, RG n° 118/97

affaire, monsieur Sineitra sollicite la destruction de bâtiments construits par le clan Ujicas sur le territoire de la tribu de Hnassé. Le tribunal a dû se rendre sur place afin d'entendre les différentes autorités coutumières et réaliser un historique des relations inter-claniques. C'est un travail délicat que le magistrat Régis Lafargue souhaitait voir confié à des anthropologues « *puisque la tradition orale est le seul matériau à interroger et à analyser*¹⁴⁸⁴ ».

534 . Ce problème de la preuve et de l'oralité est d'autant plus complexe que les droits fonciers conférés par le système juridique français ne relèvent pas du titre indigène précolonial mais sont des droits conférés par l'État. Plus précisément, les terres coutumières constituées par le droit français « *visent à reconstituer le domaine coutumier d'antan en fournissant un équivalent. Ces droits fonciers ont une assise moderne et ne sont pas nécessairement soutenus par la tradition*¹⁴⁸⁵ ». Le domaine coutumier relève donc du législateur et des personnes publiques de droit commun désignées pour le constituer¹⁴⁸⁶. Le régime des clans accueillants-accueillis n'étant pas clairement établi, cette instabilité pourrait éventuellement mener l'État à concéder un titre foncier à un clan accueilli ce qui entrerait en conflit avec le titre ancestral kanak détenu selon le droit coutumier par le clan fondateur.

Cette situation se complexifie encore davantage lorsque n'opposant pas des clans entre eux, les conflits confrontent des clans kanaks et des propriétaires privés. Un arrêt de la Cour de Cassation en date du 21 mai 2014¹⁴⁸⁷ portant sur une revendication de terre coutumière par un clan kanak relativement à une propriété privée, est à cet égard très révélateur. Lors d'une action en revendication, le clan demandeur doit apporter la preuve de la qualité coutumière de la terre et du lien à la terre. Or, ce lien à la terre ne peut être démontré qu'une fois prouvée la qualité coutumière de la terre sur la base unique de l'article 18 de la loi organique de 1999. Ce dernier indique qu'outre les terres appartenant à une personne de statut coutumier et les réserves, le domaine foncier coutumier est constitué uniquement grâce à l'intervention de la

¹⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 238.

¹⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 229.

¹⁴⁸⁶ MOHAMED SOILIHI THANI, DARNAUD MATHIEU et LAUFOAULU ROBERT, *Rapport d'information fait au nom de la délégation sénatoriale à l'outre-mer sur la sécurisation des droits fonciers dans les outre-mer*, Sénat, session ordinaire de 2015-2016, n° 721, 23 juin 2016, *op. cit.*, p. 112.

¹⁴⁸⁷ Cass. civ., 21 mai 2014, n° 12-25432, inédit.

personne publique¹⁴⁸⁸. Cela prouve que, en dehors des terres de réserve¹⁴⁸⁹, le titre ancestral n'est pas reconnu et que les terres coutumières relèvent d'un droit concédé par l'État¹⁴⁹⁰. Démontrant un processus d'acculturation encore prégnant, la Cour de Cassation rejette la demande du clan Gowé en se basant notamment sur l'absence de preuve d'une possession continue, publique, paisible et non équivoque, ce alors même que le droit kanak ne reconnaît pas l'usucapion¹⁴⁹¹.

535 . Face à ces problématiques, la tentation est grande pour certains auteurs et certaines institutions de pérenniser ces solutions inspirées du droit occidental, bien qu'elles soient en inadéquation avec la pratique coutumière et les normes internationales sur les droits des peuples autochtones.

B | Des théories contraires au droit international

536 . Joseph Comby, ancien directeur de recherche au *Centre de recherche d'urbanisme* et consultant sur les thématiques foncières, distingue deux grands modes

¹⁴⁸⁸ MOHAMED SOILIHI THANI, DARNAUD MATHIEU et LAUFOAULU ROBERT, *Rapport d'information fait au nom de la délégation sénatoriale à l'outre-mer sur la sécurisation des droits fonciers dans les outre-mer*, op. cit., p. 112.

¹⁴⁸⁹ Si les terres de réserve ont été reconnues en tant que terres coutumières ancestrales, l'administration coloniale n'a toutefois pas reconnu le dualisme entre le clan d'origine et les clans accueillis. Créant les réserves, l'administration les a également doté de chefs administratifs dépourvus de toute assise foncière mais ayant toute compétence étatique pour dialoguer avec les autorités coloniales. Cette situation leur conférait un pouvoir important notamment dans le cadre des rapports commerciaux avec les colons et créait d'importants conflits avec les chefs traditionnels. Cf. en ce sens : PIPITE JEAN, « Droit d'accueil et droit de l'endroit en pays kanak », *Le Journal de la Société des Océanistes*, vol. 117, 2003, op. cit., pp. 206-207 ; ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK, *Charte du Peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak*, op. cit., art. 53 : « Au moment du Régime de l'indigénat, des chefs administratifs ont été placés par le gouverneur colonial à la tête des populations des réserves pour servir de relais au pouvoir colonial. Ces chefs, imposés, ont parfois été assis coutumièrement à côté des chefs coutumiers. Or dans l'organisation sociale Kanak, il n'y a qu'un seul chef. En partant de l'histoire des clans et en respectant l'histoire et le vécu commun sur un même territoire, des solutions sont recherchées pour permettre un repositionnement constructif des clans ».

¹⁴⁹⁰ LAFARGUE REGIS, *La coutume face à son destin: réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, op. cit., p. 228.

¹⁴⁹¹ MOHAMED SOILIHI THANI, DARNAUD MATHIEU et LAUFOAULU ROBERT, *Rapport d'information fait au nom de la délégation sénatoriale à l'outre-mer sur la sécurisation des droits fonciers dans les outre-mer*, op. cit., p. 110.

de gestion du foncier, dénommés successivement « *propriété par le bas* » et « *propriété par le haut* »¹⁴⁹².

Le premier mode repose sur la loi et incidemment sur la prescription. L'objectif est de pacifier les rapports sociaux en confortant les droits des occupants du sol. Seule la contestation peut remettre en cause ce droit de propriété, cette procédure étant par ailleurs limitée dans le temps¹⁴⁹³. Ce modèle issu des pays latins permet que les situations de fait, consacrées par une possession paisible, longue, continue et non équivoque, se muent en situations de droit, la propriété foncière¹⁴⁹⁴.

Le second est issue du système *Torrens* australien, à l'origine des systèmes fonciers coloniaux et de la doctrine de la *Terra nullius*. À l'époque, l'intention est d'organiser une colonisation de peuplement sur une terre réputée sans droits préexistants, en laissant le soin à l'État d'établir des titres de propriété pour les colons européens et, corrélativement, des cadastres précis bornant les terrains afin de garantir leur transmission et leur conservation¹⁴⁹⁵. Selon Joseph Comby, vouloir actuellement remettre à une administration d'État, telle que l'ADRAF par exemple, le soin d'instaurer la propriété en redistribuant les terres est illusoire. Prenant l'exemple du Maroc où subsiste une propriété indigène antérieure à la colonisation, il estime que le système de cadastrage juridique permet à l'État et à son administration d'avoir toute latitude pour décider au cas par cas ceux des anciens droits qu'ils vont ou non reconnaître¹⁴⁹⁶. Tel semble effectivement être le cas en Nouvelle-Calédonie où seules les propriétés rachetées par l'ADRAF peuvent être restituées au titre du lien à la terre sans que celui-ci soit par ailleurs clairement défini. Les titres précoloniaux ne sont de ce fait pas reconnus en dehors des terrains rachetés par l'ADRAF.

537 . Pierre Comby estime que la solution de la « propriété par le bas » évite la résurgence d'anciennes revendications dues aux déplacements de populations, aux guerres et exactions de toutes sortes. Afin d'assainir véritablement les situations

¹⁴⁹² COMBY JOSEPH, « Comment fabriquer la propriété? », *Etudes foncières*, n° 66, mars 1995, p. 4.

¹⁴⁹³ Principe de la prescription qui, en France et pour rappel, est d'une durée de trente ans concernant la propriété immobilière.

¹⁴⁹⁴ COMBY JOSEPH, « Reconnaître et sécuriser la propriété coutumière moderne », dans Contribution au symposium de la Banque mondiale, Washington, 2007, *op. cit.*, p. 3.

¹⁴⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁹⁶ COMBY JOSEPH, « Comment fabriquer la propriété? », *op. cit.*, pp. 5-6.

conflictuelles, il propose « *d'introduire explicitement la possession paisible et continue comme origine de la propriété [et] d'adopter le principe de prescription acquisitive*¹⁴⁹⁷ ». Selon lui, privilégier la « *propriété par le haut* » revient à reconduire le système foncier colonial.

Le rapport d'information du Sénat français sur la *sécurisation du lien à la terre respectueuse des identités foncières* présenté en 2016, va également dans ce sens en expliquant que :

*« la mise en place du cadastre coutumier implique une prise de position par rapport à l'histoire. Certains voudraient un retour au passé visant à repositionner les clans qui seraient les "vrais" propriétaires terriens, mais il est impossible de définir un temps zéro du fait de l'importance des déplacements de populations dus aux migrations et aux guerres précoloniales, ainsi qu'aux bouleversements engendrés par la colonisation. Le cadastre coutumier devrait plutôt favoriser une projection dans l'avenir fondée sur la constatation des droits fonciers coutumiers actuels*¹⁴⁹⁸ ».

538 . C'est sans doute négliger le fait qu'admettre la mise en œuvre de la prescription acquisitive reviendrait à calquer le droit foncier coutumier sur le droit occidental. Évacuer des réflexions le lien ancestral qui unit les Kanaks à leurs terres reviendrait à reconduire la pratique coloniale de l'acculturation. En outre, le « *temps zéro* » ne saurait être « *impossible* » à définir, leur lien à la terre ayant été visiblement majoritairement altéré lors de la prise de possession de l'archipel par la France.

539 . La Cour IDH précise en 2001 que :

« Par leur existence même, les Autochtones ont droit de vivre librement sur leurs propres territoires ; la relation étroite qu'ils maintiennent avec la terre doit être reconnue et comprise comme étant la base de leurs cultures, de leur vie spirituelle, de leur intégrité et de leur survie économique. Pour les

¹⁴⁹⁷ COMBY JOSEPH, « Reconnaître et sécuriser la propriété coutumière moderne », *op. cit.*, p. 11.

¹⁴⁹⁸ MOHAMED SOILIHI THANI, DARNAUD MATHIEU et LAUFOAULU ROBERT, *Rapport d'information fait au nom de la délégation sénatoriale à l'outre-mer sur la sécurisation des droits fonciers dans les outre-mer*, *op. cit.*, p. 124.

*communautés autochtones, le rapport à la terre n'est pas simplement une question de possession ni de production mais bien un élément matériel et spirituel dont ils doivent pouvoir jouir pleinement, y compris préserver cet héritage culturel et le transmettre à leurs générations futures*¹⁴⁹⁹ ».

La Cour estime que les droits fondamentaux, à l'instar du droit de propriété, doivent être interprétés de manière différenciée en fonction de leurs bénéficiaires, cette précision valant notamment pour les peuples autochtones. Dans une décision de 2005 contre le Paraguay, elle précise à cet égard que :

*« Les États doivent garantir, en conditions d'égalité, le plein exercice et la pleine jouissance des droits [des] personnes [...] sujettes à leur juridiction. Il est cependant nécessaire de souligner que, pour garantir effectivement ces droits, en interprétant et appliquant leur normative interne, les États doivent prendre en considération les caractéristiques propres qui différencient les membres de peuples autochtones de la population en général et qui constituent leur identité culturelle*¹⁵⁰⁰ ».

540 . La compréhension du droit de propriété kanak implique une lecture différente de celle de la propriété issue du droit civil français. Si leur vision de la terre ne « *correspond pas nécessairement à la conception classique de la propriété, [...] elle mérite la même protection*¹⁵⁰¹ », consacrée au niveau international, tant sur la plan individuel que collectif¹⁵⁰². Le CNCDH reprenant la jurisprudence de la CIDH estime que le principe de non discrimination nécessite de prendre en considération la

¹⁴⁹⁹ Cour IDH, 31 août 2001, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua*, Serie C, n° 79, para. 149, traduit par : LANGLOIS DENIS, « A propos du droit de propriété. Les constitutions de la Bolivie et de l'Equateur : une source d'inspiration », 2010, En ligne : <https://www.academia.edu/12333177/A_propos_du_droit_de_propri%C3%A9t%C3%A9_Les_constitutions_de_Bolivie_et_d%C3%89quateur_une_source_d'inspiration>.

¹⁵⁰⁰ Cour IDH, 17 juin 2005, *Comunidad indigena Yakye Axa vs Paraguay*, Série C n° 125, para. 51 traduit par : CNCDH, *Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : La situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des amérindiens de Guyane*, J.O.R.F., n° 0061, 12 mars 2017, texte n° 33, op. cit., p. 38.

¹⁵⁰¹ Cour IDH, 29 mars 2006, *Communauté autochtone Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Série C n° 146, para. 120, traduit par *Ibidem*.

¹⁵⁰² *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Résolution 217 A (III), 183^{ème} séance plénière, 10 décembre 1948, art. 17 ; *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, Résolution 2106 A (XX), adoptée le 21 décembre 1965, entrée en vigueur le 4 janvier 1969, op. cit., art. 5, d, v.

conception des propriétés autochtones « *indépendamment des modalités de propriété créées par la société dominante*¹⁵⁰³ ».

§ 2 | LA PRISE EN CONSIDÉRATION DE LA CONCEPTION KANAKE DE LA PROPRIÉTÉ

541 . Ainsi que l'écrivait déjà Robert-Joseph Pothier au XVIII^{ème} siècle, « *lorsqu'une terre habitée, quelques sauvages que nous apparaissent les hommes qui l'habitent, ces hommes en sont les véritables propriétaires, nous ne pouvons sans injustice, nous y établir malgré eux*¹⁵⁰⁴ ». Cette affirmation est d'autant plus d'actualité qu'est aujourd'hui remise en cause la doctrine de la *Terra Nullius*. Il est alors possible de s'interroger sur la mise en œuvre d'une propriété foncière véritablement traditionnelle en Nouvelle-Calédonie (A). La législation internationale, ainsi que certaines législations et jurisprudences étrangères insistent désormais sur la nécessité de reconnaître à côté de la propriété classique d'inspiration européenne, un droit de propriété autochtone *sui generis*¹⁵⁰⁵. Face à ceux qui estiment que la prescription acquisitive serait le seul moyen d'apaiser les tensions, il peut être opposé l'idée qu'une reconceptualisation de la propriété en termes non absolus et respectueux des conceptions kanakes serait susceptible de pacifier les relations inter-claniques (B).

¹⁵⁰³ ANAYA S. James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Édition Trotta, Madrid, 2005, p. 204, cité par : CNCDH, *Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : La situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des amérindiens de Guyane*, op. cit., p. 38.

¹⁵⁰⁴ POTHIER ROBERT-JOSEPH, *Traité du droit de domaine de la propriété*, cité par : CARBONNIER JEAN, « Scolie sur le non-sujet de droit : l'esclavage sous le régime du Code civil », dans CARBONNIER JEAN (dir.), *Flexible droit*, L.G.D.J, 10^{ème} éd., Paris, 2001, p. 252.

¹⁵⁰⁵ DEROCHÉ FREDERIC, *Les peuples autochtones et leur relation original à la terre : un questionnement pour l'ordre mondial*, L'Harmattan, Paris, 2008, op. cit., p. 269.

A | *La reconnaissance d'un véritable titre foncier ancestral*

542 . Le statut des terres coutumières en Nouvelle-Calédonie est une construction juridique étatique. Or, l'évocation d'une propriété autochtone implique, notamment au niveau international, la reconnaissance par l'État d'un titre foncier ancestral fondé sur une occupation pré-coloniale des peuples autochtones et non d'un titre de propriété concédé ou octroyé par l'État¹⁵⁰⁶ (1). Une étude de la jurisprudence canadienne sur la reconnaissance des titres ancestraux pourrait permettre d'analyser les critères¹⁵⁰⁷ sur lesquels se base la Cour suprême du Canada pour confirmer l'existence d'un titre ancestral. Ces jurisprudences associées à une analyse de la conception kanake de la propriété et à l'histoire particulière de l'archipel néocalédonien pourraient alimenter la réflexion sur la notion de « droit de l'endroit » (2).

1 | LES SOURCES DE LA PROPRIÉTÉ AUTOCHTONE

543 . Le droit de propriété autochtone n'existe pas en vertu des exigences du droit national mais découle de la préexistence des autochtones sur les terres qu'ils occupaient traditionnellement¹⁵⁰⁸.

Au Canada, les juges se sont intéressés à cette question dès le début des années 1970. Avant cette date, la Couronne britannique envisage principalement la pratique des traités pour régir ses relations avec les peuples autochtones. L'objectif de la politique britannique est majoritairement d'obtenir des cessions de terres afin d'asseoir la

¹⁵⁰⁶ *Ibid.*, pp. 270-271.

¹⁵⁰⁷ La Cour Suprême indique clairement ces critères tout en tempérant leurs influences : « *La suffisance, la continuité et l'exclusivité ne sont pas des fins en soi, mais plutôt des façons de savoir si l'existence du titre ancestral est établie* ». Cf. en ce sens : Cour suprême, 26 juin 2014, *Nation Tsilhqot'in c/ Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256, p. 279.

¹⁵⁰⁸ CONVENTION (N° 169) RELATIVE AUX PEUPLES INDIGENES ET TRIBAUX, *Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, OIT, Genève, 76ème session, adoptée le 27 juin 1989, entrée en vigueur le 5 septembre 1991, *op. cit.*, art. 13 et 14 ; *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Résolution 61/295 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, A/RES/61/295, 107^{ème} séance plénière, 13 septembre 2007, *op. cit.*, art. 26 ; *Déclaration américaine des droits des peuples autochtones*, OEA, AG/doc.5537/16,

colonisation sans recourir à la guerre¹⁵⁰⁹. Si ces traités semblent autoriser, en contrepartie de la cession de certaines terres d'Amérique du Nord, la persistance des activités traditionnelles autochtones, il semble que ces négociations n'aient jamais eu pour intention d'établir une coexistence harmonieuse et pérenne des cultures juridiques sur le territoire. Dans la pratique, il est avéré que « *les puissances européennes jouaient souvent un double jeu, et ne reconnaissaient en fait que peu de portée aux conventions qu'ils passaient*¹⁵¹⁰ ».

Confortée par sa souveraineté hégémonique, la Couronne britannique se met à exiger, plus que la cession de certaines terres, la renonciation des autochtones à tous leurs droits ancestraux sur les territoires visés par la colonisation. Les traités numérotés sont, à ce titre, révélateurs de la volonté d'acculturation des peuples autochtones. La Couronne britannique met finalement un terme à la pratique des traités au début du XX^e siècle¹⁵¹¹, estimant que l'essentiel du territoire avait été « *normalisé*¹⁵¹² ». L'arrêt *Calder c/ Procureur général de la Colombie britannique*¹⁵¹³, en 1973, va remettre en cause la théorie selon laquelle les droits ancestraux, dont le titre aborigène, découlent nécessairement de leur reconnaissance par la Proclamation Royale de 1763¹⁵¹⁴. La haute juridiction statue en effet que le simple fait de l'occupation précoloniale par les autochtones suffit à fonder leurs droits indépendamment de toute formalisation de ceux-ci par un acte officiel de la puissance coloniale. Cela signifie que les droits

46^{ème} session ordinaire, 13-15 juin 2016, Saint Domingue, pt. 25 de l'ordre du jour, adoptée le 15 juin 2016, *op. cit.*, art. 25.

¹⁵⁰⁹ COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Conclure des traités dans un esprit de coexistence - Une solution de rechange à l'extinction du titre ancestral*, Groupe communication Canada, Ottawa, 1994, p. 24.

¹⁵¹⁰ ROULAND NORBERT, PIERRÉ-CAPS STEPHANE et POUMARÈDE JACQUES, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, PUF, coll. Droit politique et théorique, Paris, 1996, *op. cit.*, p. 367.

¹⁵¹¹ Le dernier traité numéroté, le traité n° 11, fut signé en 1921. Néanmoins, ce sont les traités Williams de 1923, destinés à régler définitivement les affaires inachevées précédant la Confédération, qui mirent véritablement fin à la période des traités coloniaux.

¹⁵¹² OTIS GHISLAIN, « Le Québec sur la voie d'un traité post-colonial avec les Innus? », dans *Québec 2004*, Fides, Montréal, 2003, p. 775.

¹⁵¹³ Cour suprême, 31 janvier 1973, *Calder c/ Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313.

¹⁵¹⁴ Promulguée le 7 octobre 1763 suite à l'acquisition par la Grande-Bretagne de territoires cédés par la France par le Traité de Paris de 1763 à l'issue de la Guerre de Sept ans.

ancestraux perdurent dans les territoires où aucun traité n'a été conclu. En 1984, l'affaire *Guérin contre La Reine*¹⁵¹⁵ établit clairement que :

« les droits des Indiens sur les terres qu'ils avaient traditionnellement occupées avant la colonisation européenne existaient avant les revendications de souveraineté de différentes nations européennes sur les territoires du continent nord-américain et qu'ils ont continué d'exister après ces revendications¹⁵¹⁶ ».

544 . En Nouvelle-Calédonie, la politique de colonisation engendre, pour le peuple kanak, la perte de la plupart de ses territoires ancestraux. La France endosse cette responsabilité dans le préambule de l'Accord de Nouméa en admettant que :

« des clans ont été privés de leur nom en même temps que de leur terre. Une importante colonisation foncière a entraîné des déplacements considérables de population, dans lesquels des clans kanak ont vu leurs moyens de subsistance réduits et leurs lieux de mémoire perdus. Cette dépossession a conduit à une perte des repères identitaires¹⁵¹⁷ ».

545 . Lorsque les peuples autochtones ont été privés de leur terre sans leur consentement, ils doivent pouvoir prétendre à la restitution de ces dernières. Pour Frédéric Deroche, ce droit est essentiel au regard du lien original unissant les peuples autochtones à leurs terres¹⁵¹⁸. Selon une définition usuelle, l'action de restituer revient à « rendre quelque chose à son propriétaire légitime¹⁵¹⁹ ». Cette logique correspond à la vision internationale du titre ancestral selon laquelle ce dernier ne saurait être « octroyé » par la puissance étatique qui a simplement vocation à le

¹⁵¹⁵ Cour suprême, 1er novembre 1984, *Guérin c/ La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335.

¹⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 378.

¹⁵¹⁷ ACCORD SUR LA NOUVELLE-CALEDONIE SIGNE A NOUMEA LE 5 MAI 1998, J.O.R.F., n° 121, 27 mai 1998, p. 8039, *op. cit.*, préambule, pt. 3 al. 2.

¹⁵¹⁸ DEROCHE FREDERIC, *Les peuples autochtones et leur relation original à la terre : un questionnement pour l'ordre mondial*, *op. cit.*, p. 295.

¹⁵¹⁹ DICTIONNAIRE LAROUSSE, « restituer », En ligne, <<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/restituer/68768?q=restituer#68016>>.

reconnaître¹⁵²⁰. En 1993, Théo Van Boven, Rapporteur spécial de la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, définit la restitution comme une action permettant :

« à la victime de retrouver, dans la mesure du possible, la situation qui était la sienne avant d'être lésée du fait de violations des droits de l'homme. Il y aura ainsi lieu de rétablir, entre autres, le droit à la liberté, à la citoyenneté ou à la résidence, à l'emploi ou à la propriété¹⁵²¹ ».

546 . En France, cette nomenclature n'est pas adoptée, l'ADRAF étant missionnée pour acquérir des terres et les « attribuer » sans assurance que cette action soit faite au bénéfice du peuple kanak. L'agence précise en effet qu'elle attribue « *des terrains à titre gracieux ou payant principalement à des GDPL et ponctuellement à des collectivités ou des particuliers¹⁵²²* ». Depuis la mise en place de l'ADRAF d'État en 1989 et jusqu'en 2011, 92 286 hectares ont été attribués à des GDPL et 18 492 hectares à des individus, sociétés et collectivités, dont près de 70% dans la Province Sud¹⁵²³. Ces chiffres montrent que la politique française s'oriente davantage vers une politique d'attribution plutôt que de restitution. Rodolfo Stavenhagen mentionne déjà cette distinction en 2008 en précisant que :

« les communautés kanaks ne souhaiteraient pas une réattribution des terres et territoires traditionnels, au risque de voir les terres attribuées à d'autres individus ou d'autres clans, mais désireraient plutôt une restitution des terres ancestrales, en tenant compte des liens coutumiers, culturels et spirituels qui existent entre les différents clans et leurs terres¹⁵²⁴ ».

¹⁵²⁰ OTIS GHISLAIN et LAURENT AURELIE, « Le défi des revendications foncières autochtones : la Cour européenne des droits de l'Homme sur la voie de la décolonisation de la propriété? », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, n° 89, 2011, pp. 48-49.

¹⁵²¹ VAN BOVEN THEO, *Etude concernant le droit à la restitution, indemnisation et réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Commission des droits de l'homme. Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, 44^{ème} session, point 4 de l'ordre du jour provisoire, Rapport final, Doc. E/CN4/Sub.2/1993/8, p. 62.

¹⁵²² ADRAF, « Que faisons-nous ? », En ligne, <http://www.adraf.nc/index.php?option=com_content&view=article&id=8&Itemid=13>.

¹⁵²³ ADRAF, *Bilan chiffré de la réforme foncière. 1978-2010*, ADRAF, Nouméa, 2010.

¹⁵²⁴ ANAYA S. JAMES, *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development*, Rapport du Rapporteur spécial sur les

547 . Si la plupart des instances et normes internationales définissent la restitution comme un mécanisme de réparation pour les préjudices subis par les peuples autochtones, toutes ne lui confère pas la même importance. Ainsi, en 1997, le Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale a, dans sa recommandation générale XXIII, indiqué qu'il fallait, lorsque les peuples autochtones :

« ont été privés des terres et territoires qui, traditionnellement, leur appartenaient [...] sans leur consentement libre et informé [...] prendre des mesures pour que ces terres et ces territoires leur soient rendus. Ce n'est que dans le cas où il est factuellement impossible de le faire que le droit à la restitution devrait être remplacé par le droit à une indemnisation, juste, équitable et rapide. Cette indemnisation devrait, dans la mesure du possible, se faire sous forme de terres et territoires¹⁵²⁵ ».

En 2001, la Commission du Droit International insiste également sur le fait que lorsqu'un État a commis un acte répréhensible au regard du droit international, la solution à privilégier pour réparer l'injustice est la restitution. Elle précise à cet égard que :

« la restitution est le mode de réparation le plus conforme au principe général selon lequel l'État responsable est tenu "d'effacer" les conséquences juridiques et matérielles de son fait illicite en rétablissant la situation qui aurait existé si ce fait n'avait pas été commis ; à ce titre, elle prime tout autre mode de réparation¹⁵²⁶ ».

548 . La Convention n° 169 de l'OIT et la DDPA de 2007 apparaissent sur ce point plus nuancées. En effet, si la convention défend le droit des peuples autochtones

droits des peuples autochtones, Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, 9^{ème} session, 15 août 2008, A/HRC/9/9/Add.1, *op. cit.*, p. 46.

¹⁵²⁵ COMITE POUR L'ELIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE, *Recommandation générale XXIII sur les droits des peuples autochtones*, 18/08/1997, pt. 5.

à ne pas être déplacés, elle souligne que, dans le cas contraire, et « *chaque fois que possible, ces peuples doivent avoir le droit de retourner sur leurs terres traditionnelles*¹⁵²⁷ ». La *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* énonce quant à elle que « *les peuples autochtones ont droit à réparation, par le biais, notamment, de la restitution ou, lorsque cela n'est pas possible, d'une indemnisation juste, correcte et équitable*¹⁵²⁸ ». Cette formulation, faisant de la restitution une possibilité parmi d'autres sans réelle prévalence, est absente du projet de Déclaration. Celui-ci en son article 27 indique clairement que :

« les peuples autochtones ont droit à la restitution des terres, des territoires et des ressources qu'ils possédaient ou qu'ils occupaient ou exploitaient traditionnellement et qui ont été confisqués, occupés, utilisés ou dégradés sans leur consentement donné librement et en connaissance de cause. Lorsque cela n'est pas possible, ils ont droit à une indemnisation juste et équitable [...] ».

Cette modification est issue de la volonté des États partis qui craignaient qu'une telle formulation ne remette en cause l'intégrité d'une grande partie de leur territoire et ne nuise à la situation future des populations allochtones¹⁵²⁹. Selon Frédéric Deroche, cet argument n'est en rien justifié puisque « *la version initiale [prévoit] bien des cas où il [est] impossible de procéder à une restitution*¹⁵³⁰ », ce qui permet de mettre les tiers à l'abri et de protéger éventuellement les intérêts des États. En outre, il ajoute que « *l'intérêt des peuples autochtones n'est pas d'entrer en conflit avec les autres groupes mais de vivre en coexistence avec eux et de se voir reconnaître leurs droits fondamentaux*¹⁵³¹ ».

¹⁵²⁶ *Rapport de la Commission du droit international, Assemblée générale des Nations Unies, 56^{ème} session, Supplément n° 10 (A/56/10), p. 257.*

¹⁵²⁷ CONVENTION (N° 169) RELATIVE AUX PEUPLES INDIGENES ET TRIBAUX, *Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, op. cit., art. 16.*

¹⁵²⁸ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, op. cit., art. 28.*

¹⁵²⁹ DEROCHÉ FREDERIC, *Les peuples autochtones et leur relation original à la terre : un questionnement pour l'ordre mondial, op. cit., pp. 296-297.*

¹⁵³⁰ *Ibid., p. 297.*

¹⁵³¹ *Ibidem.*

549 . De même, si la Cour interaméricaine des droits de l'Homme préconise, chaque fois que possible, la restitution intégrale afin de « *rétablir la situation antérieure à la violation*¹⁵³² », elle admet néanmoins que cela puisse parfois s'avérer impossible et impose en ce cas la mise en place d'une juste compensation pour le préjudice causé¹⁵³³. La Cour IDH distingue plus particulièrement deux situations, celle des restitutions portant sur les terres du domaine public et celle portant sur le domaine privé. Dans le cas de revendications de terres traditionnelles situées sur le domaine foncier de l'État, l'impératif de restitution s'imposera davantage puisque la restitution sera non attentatoire aux droits des tiers de bonne foi¹⁵³⁴. Les États devront donc reconnaître juridiquement le titre ancestral sur les terres occupées par les autochtones¹⁵³⁵, et les restituer si le peuple autochtone en a été évincé de manière illicite¹⁵³⁶. En revanche, si la revendication porte sur des propriétés privées, les juges devront arbitrer « *en tenant compte des impératifs de justice pour les peuples autochtones et d'équité pour les tiers de bonne foi*¹⁵³⁷ ». La Cour considère cependant que :

« le fait que les terres revendiquées soient détenues par des tierces parties n'est pas en soi un motif objectif et raisonnable pour rejeter prima facie les revendications du peuples autochtone. Si c'était le cas, le droit à la restitution deviendrait vide de sens et n'offrirait aucune possibilité réelle de récupérer les terres traditionnelles puisqu'il faudrait s'en remettre au bon vouloir des propriétaires actuels, ce qui forcerait les communautés autochtones à accepter des terres de remplacement ou une compensation financière. À cet égard, la Cour a statué que, lorsque des revendications autochtones mettent en jeu des intérêts contradictoires, il lui incombe dans chaque cas d'évaluer la restriction du droit de propriété privée ou du droit

¹⁵³² CIDH-Cour, 17 juin 2005, Série C, n° 125, para. 146, *Comunidad indígena Yakye Axa vs Paraguay*, para. 181-182, traduit par : OTIS GHISLAIN, « Les réparations pour violation des droits fonciers des peuples autochtones : leçons de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *Recherches Amérindiennes au Québec*, vol. XXXIX, n° 1-2, 2009, *op. cit.*, p. 102.

¹⁵³³ *Ibidem*.

¹⁵³⁴ OTIS GHISLAIN, « Les réparations pour violation des droits fonciers des peuples autochtones : leçons de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 102.

¹⁵³⁵ Cour IDH, 31 août 2001, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua*, Série C n° 79, *op. cit.*

¹⁵³⁶ Cour IDH, 15 juin 2005, *Caso de la Comunidad Moiwana vs Surinam*, Série C n° 124.

*des autochtones sur leurs terres traditionnelles du point de vue de sa légalité, sa nécessité ou sa proportionnalité par rapport à la poursuite d'un objectif légitime dans une société démocratique*¹⁵³⁸ ».

Refusant d'admettre que la propriété privée soit un frein à la restitution, elle précise toutefois que :

*« cela ne signifie pas qu'à chaque fois qu'il y a un conflit entre les intérêts fonciers de particuliers ou de l'État et ceux des membres des communautés autochtones, ces derniers doivent prévaloir sur les autres. Lorsque les États sont incapables, pour des raisons concrètes et justifiées, d'adopter des mesures afin de rendre le territoire traditionnel et les ressources communes aux populations autochtones, les compensations doivent d'abord être accordées en fonction de la signification que revêt la terre pour eux*¹⁵³⁹ ».

Les circonstances rendant une restitution impossible ne sont pas précisées explicitement par la Cour. Toutefois, le professeur Otis envisage certains facteurs susceptibles de justifier une absence de restitution tels que le coût d'acquisition des terres pour l'État, l'importance du développement économique de la terre pour la société en général, la faisabilité sociale et politique d'une expropriation à grande échelle ou encore la nécessité de préserver l'équité et la paix intercommunautaire¹⁵⁴⁰.

550 . Depuis la Loi constitutionnelle de 1982, la Canada accorde par le biais de l'article 35(1) une protection constitutionnelle « *aux droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada* », étant précisé que les droits issus de traités incluent ceux « *issus d'accords sur des revendications*

¹⁵³⁷ OTIS GHISLAIN, « Les réparations pour violation des droits fonciers des peuples autochtones : leçons de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 103.

¹⁵³⁸ Cour IDH, 29 mars 2006, *Caso de la Comunidad Sawhoyamaya vs Paraguay*, Série C n° 146, para. 138, traduit par : OTIS GHISLAIN, « Les réparations pour violation des droits fonciers des peuples autochtones : leçons de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 104.

¹⁵³⁹ Cour IDH, 17 juin 2005, *Comunidad indígena Yakye Axa vs Paraguay*, Série C n° 125, *op. cit.*, para. 148-149, traduit par : OTIS GHISLAIN, « Les réparations pour violation des droits fonciers des peuples autochtones : leçons de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 103.

*territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis*¹⁵⁴¹ ». Cette formulation implique que seuls sont reconnus les droits ancestraux qui n'ont pas été éteints avant 1982 par extinction unilatérale de la Couronne britannique ou par traités¹⁵⁴². La preuve de l'extinction est par ailleurs soumise à un certain nombre de conditions. La charge de la preuve incombe à l'État qui doit prouver « l'intention claire et expresse » d'une loi antérieure à 1982 d'éteindre les droits ancestraux des peuples autochtones¹⁵⁴³. Ce critère de l'intention est très strict puisque Sébastien Grammond précise que même « *les lois sur les terres publiques, qui autorisent le gouvernement à concéder des terres, n'expriment aucune intention claire et expresse d'éteindre des droits ancestraux*¹⁵⁴⁴ ».

Le titre aborigène peut donc être reconnu si l'extinction n'est pas démontrée par l'État. En outre, la pratique des négociations, reconduites à la suite de l'arrêt *Calder*, a entraîné une politique fédérale de conclusion d'accords portant sur les revendications territoriales globales des peuples autochtones. En pratique, cette politique fédérale porte sur les cas où la question des droits ancestraux n'a pas été réglée et ces traités modernes visent les territoires reconnus comme étant les territoires traditionnels des signataires autochtones¹⁵⁴⁵.

¹⁵⁴⁰ OTIS GHISLAIN, « Les réparations pour violation des droits fonciers des peuples autochtones : leçons de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 104.

¹⁵⁴¹ Article 35(3) de la loi constitutionnelle de 1982.

¹⁵⁴² Cour suprême, 31 mai 1990, *R. c/ Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1091 et p. 1099.

¹⁵⁴³ Cf. entre autres : Cour suprême, 31 janvier 1973, *Calder c/ Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, *op. cit.*, p. 404 ; Cour suprême, 11 décembre 1997, *Delgamuukw c/ Colombie britannique*, [1997] 3 R.C.S., pp. 1120-1122.

¹⁵⁴⁴ GRAMMOND SEBASTIEN, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruylant / Editions Yvon Blais, coll. Droit, territoires, cultures, Bruxelles, 2003, *op. cit.*, p. 217.

¹⁵⁴⁵ Il peut néanmoins être précisé que certains traités antérieurs à la politique fédérale de revendication territoriale ont porté sur des terres qui n'étaient pas nécessairement des territoires traditionnels. Si de tels traités s'avèreraient très délicats à conclure aujourd'hui en raison des impacts qu'ils auraient sur les droits des tiers, l'arrêt *Sioui* admettait cette possibilité en 1990 en confirmant qu'un accord pouvait viser des terres sur lesquelles la partie autochtone ne possédait aucun droit ancestral. Cf. en ce sens : Cour suprême, 24 mai 1990, *R. c/ Sioui*, [1995] 1 R.C.S. 1025, p. 1043 : « *Rien ne justifie non plus l'exclusion d'accords où la Couronne aurait choisi de créer, pour le bénéfice d'une tribu, des droits portant sur un territoire autre que son territoire traditionnelle Par conséquent, je suis d'avis qu'une revendication territoriale ne constitue pas un élément essentiel à l'existence d'un traité* ».

551 . En Nouvelle-Calédonie, archipel de 18 775,5 km²¹⁵⁴⁶, le peuple autochtone kanak s'est vu peu à peu déposséder de ses terres par une succession de déclarations et d'actes gubernatoriaux appliquant la théorie de la *Terra Nullius*. Les droits sur les terres n'ont jamais été cédés par traités en atteste notamment le préambule de l'Accord de Nouméa qui affirme que « *les traités passés, au cours de l'année 1854 et les années suivantes, avec les autorités coutumières, ne constituent pas des accords équilibrés mais, de fait, des actes unilatéraux* »¹⁵⁴⁷. De ce fait, pour estimer éteints les droits des Kanaks sur leurs terres, il faudrait admettre que la déclaration du gouverneur Du Bouzet du 20 janvier 1855 et les actes gubernatoriaux qui ont suivi avaient pour dessein de faire disparaître tous les droits autochtones sur le plan juridique.

552 . Une interrogation persiste cependant. Pourquoi alors s'appuyer aujourd'hui sur les règles coutumières telles que le lien à la terre pour attribuer des droits d'origine occidentale sur les terres¹⁵⁴⁸ ? Régis Lafargue soulève cette question rhétorique pour mieux souligner le fait que les droits préexistants n'ont pu être éteints sauf à légitimer la doctrine de la *Terra Nullius*¹⁵⁴⁹. Il estime que les droits fonciers véritablement traditionnels doivent être reconnus puisque la déclaration du gouverneur du Bouzet en faisant interdiction aux indigènes de céder des droits sur leurs terres à des non-autochtones, « *ne prononce pas l'extinction des droits fonciers originels, elle les reconnaît au contraire* »¹⁵⁵⁰. En d'autres termes, les droits fonciers n'ont jamais été éteints de manière claire et expresse mais plutôt délibérément dénaturés voire ignorés au fil de la politique coloniale alors en vigueur¹⁵⁵¹.

¹⁵⁴⁶ Il paraît utile de préciser la superficie de la Nouvelle-Calédonie car son territoire étant relativement restreint, les processus de restitution des terres s'avèrent beaucoup plus délicats qu'au Canada où la superficie (9, 985 millions de km²) et la densité de population créent sans doute moins de problèmes de coexistence entre les différentes communautés.

¹⁵⁴⁷ ACCORD SUR LA NOUVELLE-CALEDONIE SIGNE A NOUMEA LE 5 MAI 1998, J.O.R.F., n° 121, 27 mai 1998, p. 8039, *op. cit.*, Préambule, pt. 1.

¹⁵⁴⁸ LAFARGUE REGIS, *La coutume face à son destin: réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, L.G.D.J., coll. Droit et société. Recherches et travaux, n° 22, Paris, 2010, *op. cit.*, p. 243.

¹⁵⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁵⁰ LAFARGUE REGIS, « Le contentieux classique de la terre » dans CORNUT ÉTIENNE, DEUMIER PASCALE (dir.), *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, Rapport de recherche réalisé avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, Convention n° 214.02.18.14, décembre 2016, p. 113.

¹⁵⁵¹ *Ibid.*, p. 116.

Cette réflexion est d'ailleurs étayée par une décision du tribunal administratif de Papeete¹⁵⁵² en date du 5 novembre 1991 qui annule « *deux décisions du gouvernement du territoire du gouvernement de la Polynésie française [portant] inclusion dans le domaine public maritime du territoire de lagons dont la propriété privée était avérée*¹⁵⁵³ ». Le tribunal annule ces décisions au motif que :

« l'existence du droit de propriété sur les parties du lagon en cause remonte à une date antérieure à l'intervention de l'ordonnance du 14 décembre 1865 et de la loi tahitienne du 28 mars 1866 consacrant l'application au royaume des îles de la Société et dépendances des règles issues des différents codes en vigueur sur le territoire de la France métropolitaine »¹⁵⁵⁴.

L'existence d'un droit antérieur est avérée par une déclaration du roi Pomaré V du 29 juin 1880, que le Président de la République Jules Grévy avait par ailleurs ratifié le 30 décembre 1880¹⁵⁵⁵. La situation est quelque peu différente en Nouvelle-Calédonie où aucune déclaration n'a été faite. Cependant, une décision de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud¹⁵⁵⁶ soulève la même réflexion et pourrait contribuer à éclaircir la situation néocalédonienne.

553 . Dans cette affaire, les membres de la communauté de Richtersveld demandent la restitution de leurs terres ancestrales. La Cour, s'appuyant sur la coutume autochtone reconnaît la présence d'un droit de propriété préexistant à l'annexion du territoire par la Grande-Bretagne en 1847. La question est alors de savoir si les droits du peuple autochtone ont été éteints ou s'il peut prétendre à la restitution de ses terres. L'Afrique du Sud a adopté une loi sur la restitution des terres en 1994 qui permet aux personnes dépossédées de leurs droits de propriété, en raison de lois ou pratiques racialement discriminatoires, de former un recours afin de les

¹⁵⁵² En Polynésie française.

¹⁵⁵³ JUVENTIN JEAN, député, dans ASSEMBLEE NATIONALE, *Compte rendu intégral. Polynésie française. Discussion d'un projet de loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française et d'un projet de loi complétant la statut de la Polynésie française*, Séance du 1^{er} février 1996, pt. 1 de l'ordre du jour, p. 8.

¹⁵⁵⁴ TA Papeete, 5 novembre 1991, *Consorts Fuller*.

¹⁵⁵⁵ JUVENTIN Jean, député, dans ASSEMBLEE NATIONALE, *Compte rendu intégral. Polynésie française. Discussion d'un projet de loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française et d'un projet de loi complétant la statut de la Polynésie française*, op. cit., p. 9.

recouvrer¹⁵⁵⁷. En d'autres termes, les autochtones peuvent prétendre à la restitution de leurs terres s'ils démontrent l'existence d'un droit de propriété et s'ils prouvent que leur dépossession résulte de l'application des lois de l'apartheid survenues après le 19 juin 1913¹⁵⁵⁸, date de l'entrée en vigueur de la *Loi sur les terres autochtones*¹⁵⁵⁹. Réfutant la doctrine de la *Terra Nullius*, la Cour constitutionnelle se refuse à estimer éteints les droits fonciers des autochtones et « *faisant référence à l'arrêt Mabo, elle conclut que le degré de civilisation d'un peuple ne peut justifier l'absence de reconnaissance de droits fonciers à ce dernier*¹⁵⁶⁰ ». En outre, plusieurs lois adoptées notamment en 1880 et 1887 semblent prouver que la Couronne britannique reconnaît les droits du peuple Nama de Richtersveld¹⁵⁶¹. L'attitude des autorités à leur égard l'atteste également¹⁵⁶².

La Cour, analysant les diverses législations mises en œuvre et plus particulièrement la loi sur les pierres précieuses de 1927, estime que le peuple de Richtersveld s'est vu privé de ses droits en raison de la découverte de diamants sur son territoire et que cette loi, ainsi que celles subséquentes, établissent des mesures discriminatoires envers ce peuple¹⁵⁶³. La demande de restitution au regard de la loi de 1994 est donc acceptée malgré l'utilisation par l'État de tous les moyens en sa possession pour faire échec à la restitution des terres dont il était propriétaire. Sa réticence est sans nul

¹⁵⁵⁶ Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *Alexkor Limited end The Government of the Republic of South Africa v. The Richtersveld Community and Others*, 14 octobre 2003, [2003] ZACC 18.

¹⁵⁵⁷ BOIRIN-FARGUES ZOE - GITPA, « Peuple Nama de Richtersveld vs Afrique du Sud. Synthèse », juin 2014, En ligne : <<https://gitpa.org/Autochtone%20GITPA%20300/GITPA300-153%20ACCES%20%20JUSTICE%20RICHTERSVELD.htm>>.

¹⁵⁵⁸ La date charnière est fixée en 1913 car avant cette date aucune loi ouvertement discriminatoire n'a été mise en œuvre.

¹⁵⁵⁹ La loi sur les terres autochtones de 1913 prévoit que les peuples autochtones ne peuvent être titulaires de droits de propriété que sur les territoires de réserves qui couvrent environ 7,8% de la surface du pays.

¹⁵⁶⁰ BOIRIN-FARGUES ZOE - GITPA, *Peuple Nama de Richtersveld vs Afrique du Sud. Synthèse, op. cit.*

¹⁵⁶¹ Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *Alexkor Limited end The Government of the Republic of South Africa v. The Richtersveld Community and Others*, *op. cit.*, para. 70-74.

¹⁵⁶² *Ibid.*, para. 75-82.

¹⁵⁶³ DEROCHÉ FREDERIC, *Les peuples autochtones et leur relation originale à la terre : un questionnement pour l'ordre mondial*, L'Harmattan, Paris, 2008, *op. cit.*, p. 278.

doute due au fait que l'État est le plus grand propriétaire terrien en Afrique du Sud¹⁵⁶⁴.

554 . En Nouvelle-Calédonie, il faut admettre que les différents actes pris au moment de la colonisation l'ont été sur la base de la doctrine de la *Terra Nullius* et, que sauf à reconduire cette politique, ces actes ne peuvent aujourd'hui servir à valider l'extinction des droits autochtones sur les terres¹⁵⁶⁵. À l'image de la loi d'Afrique du Sud de 1913, l'arrêté de 1876 légitimé par le décret présidentiel du 16 août 1884 consacre en Nouvelle-Calédonie la généralisation des réserves et cantonne les autochtones sur ces terrains. Cet arrêté est associé à la politique de l'Indigénat mise en place sur l'archipel le 18 juillet 1887 et fondamentalement discriminatoires puisque mettant en œuvre, entre autres pratiques, l'impôt de capitation, le travail forcé, l'internement des indigènes ou encore la séquestre de leurs biens.

Une loi, prescrivant la restitution des terres à ceux qui en ont été privés de manière discriminatoire, pourrait éventuellement être adoptée en Nouvelle-Calédonie. Il serait alors possible d'instaurer, comme en Afrique du Sud, une politique de restitution pour tous les droits spoliés en vertu de lois discriminatoires à caractère raciste, l'Indigénat pouvant être comparé au régime de l'apartheid d'Afrique du Sud. Si les États prétendent craindre aujourd'hui pour la propriété privée, il pourrait être rétorqué que la restitution ne possède pas un caractère absolu et qu'il serait possible d'arbitrer au cas par cas, en évaluant les restrictions résultant de la reconnaissance d'un droit sur un autre¹⁵⁶⁶.

Néanmoins, il est possible de penser qu'en Nouvelle-Calédonie le problème ne viendrait pas nécessairement d'un conflit entre propriétaire privé et propriétaire autochtone, l'État détenant comme en Afrique du Sud, la majeure partie du territoire

¹⁵⁶⁴ SCOFFONI GUY, PHILIPPE XAVIER, WOEHLING JOSE et ANNOUSSAMY DAVID, « Droit constitutionnel étranger. L'actualité constitutionnelle dans les pays de common law et de droit mixte (janvier-décembre 2003) : Afrique du Sud, Canada, Inde », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 62, 2005, p. 400.

¹⁵⁶⁵ LAFARGUE REGIS, *La coutume face à son destin: réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, *op. cit.*, p. 244.

¹⁵⁶⁶ LANGLOIS DENIS, « A propos du droit de propriété. Les constitutions de la Bolivie et de l'Equateur : une source d'inspiration », 2010, En ligne : <https://www.academia.edu/12333177/A_propos_du_droit_de_propri%C3%A9t%C3%A9_Les_constitutions_de_Bolivie_et_d%C3%89quateur_une_source_d'inspiration>, *op. cit.*, p. 4.

néocalédonien et ne consentant pas volontairement à y renoncer. En effet, si de 1978 à 2010 la part des terres coutumières sur la Grande Terre est passée de 9 à 16% et celle des terrains privés de 22 à 16%, le pourcentage des terres détenues par les collectivités n'a que peu évolué, passant de 58 à 56% seulement¹⁵⁶⁷.

555 . Pour que la reconnaissance du titre ancestral soit réellement efficiente, la revendication au titre du lien à la terre ne devrait plus être limitée aux terres acquises par l'ADRAF mais devrait pouvoir porter sur l'ensemble des terres que les Kanaks identifient comme étant leurs terres ancestrales. Pour parvenir à cela le concept de « droit de l'endroit » pourrait être privilégié, défini clairement et le panel des preuves susceptibles de prouver ce droit, étendu.

2 | DES CRITÈRES D'IDENTIFICATION REPOSANT SUR LE « DROIT DE L'ENDROIT »

556 . Au Canada, le titre ancestral est défini pour la première fois en décembre 1997 par la Cour suprême dans l'arrêt *Delgamuukw*. Le juge en chef Lamer rappelle le caractère *sui generis* du titre aborigène qui tire son origine de l'occupation du Canada par les peuples autochtones avant l'affirmation de la souveraineté européenne. L'arrêt précise ensuite de manière plus détaillée les conditions à remplir pour justifier le bien-fondé d'une telle revendication :

« le groupe autochtone qui revendique ce titre doit satisfaire aux exigences suivantes : (i) il doit avoir occupé le territoire avant l'affirmation de la souveraineté ; (ii) si l'occupation actuelle est invoquée comme preuve de l'occupation avant l'affirmation de la souveraineté, il doit exister une continuité entre l'occupation actuelle et l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté ; (iii) au moment de l'affirmation de la souveraineté, cette occupation doit avoir été exclusive¹⁵⁶⁸ ».

¹⁵⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁶⁸ Cour suprême, 11 décembre 1997, *Delgamuukw c/ Colombie britannique*, [1997] 3 R.C.S., *op. cit.*, para. 143.

Ces critères ont par la suite été réitérés et précisés par la Cour dans l'affaire *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*¹⁵⁶⁹. Le critère essentiel est celui de l'occupation qui peut s'entendre « *tant de la présence physique des autochtones sur le territoire que des règles juridiques de ceux-ci relativement à la possession*¹⁵⁷⁰ ». Pour les Kanaks, l'occupation d'un terrain en qualité de « propriétaire » :

*« procède de son "humanisation", c'est-à-dire de la constitution d'un espace politique au sein d'un espace naturel, défini par ses limites, ses allées résidentielles, ses tertres de case et ses espaces de culture. Si elle résulte d'un travail, l'appropriation d'un espace est d'abord synonyme de fondation et de nomination d'un lieu. Les véritables "propriétaires" d'un lieu en sont les fondateurs*¹⁵⁷¹ ».

En Nouvelle-Calédonie, la reconnaissance d'un titre ancestral basé sur le « droit de l'endroit » devrait être assujettie à un certain nombre de conditions afin d'équilibrer les intérêts socio-économiques de l'ensemble de la population¹⁵⁷². La surface étant restreinte, l'exigence unique d'une occupation remontant à l'époque précoloniale, entendue comme la prise de possession française, reviendrait sans doute à restituer une partie considérable du territoire de l'archipel. Cette exigence pourrait être assortie, comme au Canada, de la preuve d'une occupation suffisante et exclusive du territoire revendiqué par un clan kanak.

557 . Le fondement d'une occupation suffisante pourrait être la présence de constructions, de lieux de sépulture ou de culture, rapportée par le jeu de la consultation d'archives ou de témoignages d'historiens¹⁵⁷³. En outre, la Cour suprême

¹⁵⁶⁹ Cour suprême, 26 juin 2014, *Nation Tsilhqot'in c/ Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256, *op. cit.*, pp. 279 et s.

¹⁵⁷⁰ GRAMMOND SEBASTIEN, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruylant / Editions Yvon Blais, coll. Droit, territoires, cultures, Bruxelles, 2003, *op. cit.*, pp. 206-207.

¹⁵⁷¹ NAEPELS MICHEL, « Réforme foncière et propriété en Nouvelle-Calédonie. L'exemple de la région de Houailou », *Etudes rurales*, n° 177, 2006, *op. cit.*, p. 49.

¹⁵⁷² L'HEUREUX-DUBÉ CLAIRE et OTIS GHISLAIN, « L'héritage de Calder et la Cour suprême du Canada », dans OTIS GHISLAIN (dir.), *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2005, p. 8.

¹⁵⁷³ GRAMMOND SEBASTIEN, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, *op. cit.*, p. 209.

du Canada invite également à prendre en compte les récits oraux des peuples autochtones¹⁵⁷⁴ dans le processus de preuve. Dans l'arrêt *Delgamuukw*, elle indique :

« Malgré les problèmes que crée l'utilisation des récits oraux comme preuve de faits historiques, le droit de la preuve doit être adapté afin que ce type de preuve puisse être placé sur un pied d'égalité avec les différents types d'éléments de preuve historique familiers aux tribunaux, le plus souvent des documents historiques [...] comme la plupart de société autochtones " ne tenaient aucun registre", le fait de ne pas suivre cette pratique "[imposerait un] fardeau de preuve impossible" aux peuples autochtones et "enlèverait [...] toute valeur" aux droits qu'ils ont [...] ».

558 . La culture kanake compte nombre de récits historico-mythiques relatant l'histoire des clans et des déplacements. Jean-Marie Tjibaou dispose à cet égard que *« chaque parcelle est identifiée par tous, car elle est nommée et chacun la désigne par son nom, connu comme faisant partie des lieux attachés à un autre nom, celui de tel ou tel clan »*¹⁵⁷⁵. Cette affirmation est corroborée par Fote Trolue qui indique que :

*« La terre n'appartient pas à l'homme, c'est l'homme qui appartient à la terre. Pour comprendre ce principe, il suffit de flâner un jour dans une tribu à l'occasion d'une manifestation coutumière et de prêter l'oreille à un "vieux" interpellant un jeune homme sur son identité. Dès le prononcé du prénom, le "vieux", par des recoupements socioculturels, situe dans les secondes qui suivent le jeune homme dans son clan et dans sa terre »*¹⁵⁷⁶.

559 . Les élus français semblent cependant encore réfractaires à ce mode de preuves. Lors d'une séance de questions au gouvernement de Nouvelle-Calédonie, Nidoïsh Naïsseline, indépendantiste kanak et membre du Congrès néocalédonien¹⁵⁷⁷, s'interroge sur le fait de savoir si la domanialité publique sur l'archipel ne peut être

¹⁵⁷⁴ *Delgamuukw c/ Colombie-Britannique*, op.cit., p. 1130 ; Van Der Peet, 1996 2 R.C.S. 507, p. 647

¹⁵⁷⁵ TJIBAOU JEAN-MARIE, « Recherche d'identité mélanésienne et société traditionnelle », *Le Journal de la Société des océanistes*, n° 53, tome XXXII, Musée de l'Homme, Paris, pp. 284-285.

¹⁵⁷⁶ TROLUE FOTE, « Le Kanak, le clan et la terre face au développement en Nouvelle-Calédonie », dans *La Terre*, CORAIL, Nouméa, 1994, op. cit., pp. 158-159.

¹⁵⁷⁷ Membre du Congrès de Nouvelle-Calédonie de 1999 à 2014.

mise en échec par la preuve d'une possession kanake antérieure. S'appuyant sur la décision du tribunal administratif de Papeete de 1991¹⁵⁷⁸, il soulève l'argument selon lequel :

« En Nouvelle-Calédonie, la zone des pas géométriques fait partie du domaine public maritime par un arrêté local du 19 octobre 1867. Or comme chacun le sait, avant cette date les clans de la mer, les "si célé" en Nengoné et les "këpuuno" en paicî étaient reconnus comme les propriétaires ou plutôt comme les gardiens solennels aussi bien de la zone littorale que de la mer côtière et des récifs¹⁵⁷⁹ ».

La réponse de Jean-Claude Briault, membre du gouvernement, illustre la défiance du droit français au regard des preuves orales. De surcroît, si ce dernier admet que le droit français reconnaît le principe de primauté du titre de propriété régulier le plus ancien, il exige la preuve que ce dernier ait été octroyé ou confirmé par l'État :

« les décisions juridiques [en Polynésie française] se sont appuyées sur des écrits existants pour reconnaître le droit aux pétitionnaires, ce qui ne pourrait être le cas, compte tenu de la spécificité du droit coutumier en Nouvelle-Calédonie qui repose sur une tradition orale. [...] en l'absence de titres pouvant justifier d'un droit de propriété coutumier sur ce domaine, cette question de reconnaissance de ces droits a été prise en compte dès l'origine par l'État¹⁵⁸⁰ ».

560 . Cette formulation illustre la négation de principe d'un titre foncier originaire d'origine exo-étatique. De plus, tout en indiquant que l'absence de preuves écrites met fin à toutes revendications, il estime également que les droits des autochtones ont été réglés dès l'origine, légitimant de ce fait les pratiques coloniales mises en œuvre à cette époque. Un plus grand respect des droits des peuples autochtones légitimerait la reconnaissance d'une propriété foncière précoloniale et

¹⁵⁷⁸ Pour rappel, la décision du tribunal reconnaît l'existence d'un droit de propriété antérieur à la promulgation du Code civil en 1866 sur une partie du lagon.

¹⁵⁷⁹ CONGRES DE LA NOUVELLE-CALÉDONIE, *Questions au gouvernement*, Compte-rendu intégral des débats, 5^{ème} séance, jeudi 23 août 2012, J.O.N.C., 5 novembre 2012, n° 171-C (C.R.), p. 30.

une prise en compte des récits oraux pour attester de son existence¹⁵⁸¹. En effet, le droit écrit reflète une logique purement occidentale. Assurer une certaine équité dans les jugements et dans les décisions prises par l'administration nécessite de prendre en considération la nature orale de la preuve détenue par les peuples autochtone, preuve sans laquelle aucune information ne serait accessible¹⁵⁸². En faire abstraction mènerait alors nécessairement à un échec des revendications kanakes.

561 . Si toutefois la preuve orale est admise, sa valeur probante dépendra en grande partie de la pratique des institutions chargées de l'analyser. Marie Houde et Ghislain Otis mettent en exergue plusieurs logiques de traitement des récits oraux pratiquées par les juges canadiens, la logique réconciliatrice, la logique empathique et la logique systématique, sans qu'aucune ait par ailleurs prédominance sur les autres¹⁵⁸³. La logique empathique est celle qui pourrait être privilégiée en Nouvelle-Calédonie car l'objectif est de mettre les preuves orales sur un pied d'égalité avec le droit écrit¹⁵⁸⁴, et dispense à cet égard d'une corroboration par un autre type de preuve¹⁵⁸⁵ tel que des documents historiques que le peuple kanak pourrait avoir des difficultés à fournir¹⁵⁸⁶. Si les deux autres logiques prennent également en compte la preuve orale, elles ont néanmoins tendance à l'incorporer à un ensemble plus vaste de preuves et à lui accorder moins de poids lorsque celle-ci n'est pas accompagnée de preuve corroborative¹⁵⁸⁷.

¹⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 31.

¹⁵⁸¹ Les récits oraux englobent les traditions orales et les histoires orales. Pour une distinction claire entre ces deux notions voir : HOUDE MARIE et OTIS GHISLAIN, « Les logiques de la rationalité juridique et le processus de la preuve dans les contentieux des droits des peuples autochtones. Le cas des récits oraux », *Revue générale de droit*, vol. 41, 2011, pp. 7-46.

¹⁵⁸² *Ibid.*, p. 33.

¹⁵⁸³ *Ibid.*, pp. 34-46.

¹⁵⁸⁴ Cour suprême, 11 décembre 1997, *Delgamuukw c/ Colombie britannique*, *op. cit.*, p. 1069.

¹⁵⁸⁵ HOUDE MARIE et OTIS GHISLAIN, « Les logiques de la rationalité juridique et le processus de la preuve dans les contentieux des droits des peuples autochtones. Le cas des récits oraux », *op. cit.*, p. 39.

¹⁵⁸⁶ La présence de constructions villageoises anciennes où de lieux de sépulture pourront toutefois venir corroborer les récits oraux.

¹⁵⁸⁷ HOUDE MARIE et OTIS GHISLAIN, « Les logiques de la rationalité juridique et le processus de la preuve dans les contentieux des droits des peuples autochtones. Le cas des récits oraux », *op. cit.*, p. 43.

562 . Si la preuve de l'occupation suffisante est apportée, elle doit également être assortie d'une certaine exclusivité. Toutefois, si l'exclusivité doit être démontrée, elle ne doit pas obligatoirement signifier que le clan kanak résidait sur ses terres à l'exclusion de tout autre groupe. L'arrêt Marshall III de la Cour suprême apporte au sujet de cette condition des précisions importantes en rappelant que si l'occupation exclusive s'entend de « *l'intention et de la capacité de garder le contrôle exclusif, [...] la présence autorisée d'autres groupes autochtones ne [porte] pas atteinte à l'exclusivité*¹⁵⁸⁸ ». En d'autres termes, l'exclusivité au sens littéral ne serait pas un critère déterminant. L'arrêt Marshall développe ainsi son argumentation :

*« [...] il se peut que les sociétés en cause aient été pacifiques et aient décidé d'exercer leur contrôle par le partage plutôt que par l'exclusion. Il est donc essentiel d'envisager la question de l'exclusion d'un point de vue autochtone. [...] Il suffit de démontrer qu'un groupe a exercé un contrôle effectif sur un territoire, ce qui permet raisonnablement de conclure que le groupe pourrait avoir exclu d'autres personnes s'il l'avait voulu »*¹⁵⁸⁹.

563 . Au regard de l'organisation de la société kanake, cette réflexion permet d'envisager que la simple démonstration que les clans terriens avaient la capacité d'exclure un clan accueilli si celui-ci ne manifestait pas le respect dû au clan originaire, serait suffisante pour prouver l'exclusivité. Le professeur Ghislain Otis révèle que cette façon de procéder met « *l'accent sur la capacité présumée d'exclusion plutôt que sur la volonté effective d'exclure [et] permet d'éviter que les autochtones soient de nos jours les otages d'une culture ancestrale peu compatible avec l'exclusivisme propriétaire du monde occidental*¹⁵⁹⁰ ». Il est à souligner que l'exclusivité ne saurait être exigée pour la période post-coloniale, la colonisation de peuplement en Nouvelle-Calédonie ayant contraint les Kanaks à coexister avec les colons et à accueillir sur leurs terres des clans déplacés de force. Enfin, si toutes ces preuves de l'occupation doivent remonter à la période pré-coloniale pour justifier

¹⁵⁸⁸ Cour suprême, 20 juillet 2005, *R. c/ Marshall ; R. c/ Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, p. 246.

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 249.

¹⁵⁹⁰ OTIS GHISLAIN, « Le titre aborigène : émergence d'une figure nouvelle et durable du foncier autochtone? », En ligne : <https://www.academia.edu/6447434/Le_titre_aborig%C3%A8ne_%C3%A9mergence_d_une_figure_nouvelle_et_durable_du_foncier_autochtone>, p. 18.

d'un titre ancestral, il est cependant difficile d'exiger la continuité de cette occupation¹⁵⁹¹ jusqu'à aujourd'hui en raison de la politique de déplacement et de cantonnement foncier des populations kanakes. Selon Maxime St-Hilaire, « *la continuité d'occupation n'est en rien une condition d'existence du titre ancestral. Seule l'est l'occupation historique (suffisante et) exclusive. L'occupation actuelle n'est qu'un mode facultatif de preuve de l'occupation historique*¹⁵⁹² ». Plus encore, il précise que cette continuité du lien avec la terre en se limite pas nécessairement à une continuité d'occupation mais peut reposer sur la continuité d'un rapport culturel substantiel avec le territoire en cause, pourvu que l'absence d'occupation des terres ne soit pas due à une renonciation volontaire¹⁵⁹³. La persistance des récits oraux ou la présence de tertres claniques permettraient dès lors aux Kanaks de prouver la continuité du lien culturel qui les rattache à leurs terres ancestrales.

564 . Se basant sur l'ensemble des critères susmentionnés, la Cour suprême canadienne a, dans l'affaire *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, rendu un arrêt historique représentant « *la première reconnaissance judiciaire, concrète, formelle et définitive d'un titre constitutionnel autochtone ancestral dans l'histoire du droit canadien*¹⁵⁹⁴ ». La Cour, mettant en œuvre la théorie du pluralisme juridique adapte les notions de Common Law en s'appuyant sur les conceptions autochtones de la propriété¹⁵⁹⁵. Ainsi que l'énonce la Cour :

« le titre ancestral postérieur à l'affirmation de la souveraineté reflète le fait que les Autochtones occupaient le territoire avant l'affirmation de la souveraineté, avec tous les attributs que constituent les droits d'utilisation et de jouissance qui existaient avant l'affirmation de la souveraineté et qui

¹⁵⁹¹ Principalement pour les clans accueillis, déplacés de force.

¹⁵⁹² ST-HILAIRE MAXIME, « *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique : bonne décision, mauvaises raisons* », *Revue générale de droit*, vol. 44, n° 2, 2014, p. 456.

¹⁵⁹³ *Ibidem*.

¹⁵⁹⁴ ST-HILAIRE MAXIME, « *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique : bonne décision, mauvaises raisons* », *op. cit.*, p. 445.

¹⁵⁹⁵ Cour suprême, 26 juin 2014, *Nation Tsilhqot'in c/ Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256, *op. cit.*, p. 279 : « le tribunal doit veiller à ne pas perdre de vue la perspective autochtone, ou à ne pas la dénaturer, en assimilant les pratiques ancestrales aux concepts rigides de la common law, ce qui irait à l'encontre de l'objectif qui consiste à traduire fidèlement les droits que possédaient les Autochtones avant l'affirmation de la souveraineté en droits juridiques contemporains équivalents. La suffisance, la continuité et l'exclusivité ne sont pas des fins en soi, mais plutôt des façons de savoir si l'existence du titre ancestral est établie ».

*composaient le titre collectif détenu par les ancêtres du groupe revendicateur – notamment le droit de contrôler l'utilisation des terres*¹⁵⁹⁶ ».

Néanmoins, l'arrêt ne remet pas en cause la présence d'une limite intrinsèque grevant le titre ancestral¹⁵⁹⁷. En effet, depuis l'arrêt *Delgamuukw*, le titre ancestral confère à son propriétaire le droit de pratiquer toute activité¹⁵⁹⁸, que celle-ci soit liée à un droit ancestral ou repose sur des assises contemporaines¹⁵⁹⁹, sous réserve d'une limite intrinsèque¹⁶⁰⁰. Cette dernière interdit toute utilisation du territoire qui remettrait en cause les usages et utilisations traditionnels effectués sur cette terre, ce afin de transmettre un patrimoine préservé aux générations futures. Cette limite impose une « *conception traditionnaliste et stéréotypé du foncier autochtone qui risque malheureusement d'hypothéquer la capacité des autochtones de mettre en valeur leur territoire*¹⁶⁰¹ ». En outre, selon la Cour, le seul moyen de réaliser l'activité proscrite, telle que la création d'une mine à ciel ouvert serait, pour le peuple autochtone, de céder, en tout ou partie, son titre à la Couronne¹⁶⁰². Or, la possibilité d'une telle cession mènerait in fine à compromettre la protection des intérêts des générations futures¹⁶⁰³. Les limites ainsi associées au titre ancestral au Canada devraient être analysées et éventuellement remises en cause si un tel titre était reconnu au peuple kanak.

565 . Si la reconnaissance du titre ancestral paraît effectivement nécessaire en Nouvelle-Calédonie, elle ne mettrait pour autant pas fin aux conflits actuels qui émaillent la société kanake et qui portent sur la détermination du véritable propriétaire de la terre. En d'autres termes, et ainsi que l'explique Michel Naepels, la

¹⁵⁹⁶ *Ibid.*, p. 294.

¹⁵⁹⁷ *Ibidem.*

¹⁵⁹⁸ GRAMMOND SÉBASTIEN, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruylant / Editions Yvon Blais, coll. Droit, territoires, cultures, Bruxelles, 2003, *op. cit.*, p. 196 ; OTIS GHISLAIN, « Le titre aborigène : émergence d'une figure durable du foncier autochtone ? », *Les Cahiers du droit*, vol. 46, n° 4, 2005, pp. 838-839.

¹⁵⁹⁹ Cf. notamment : Cour suprême, 26 juin 2014, *Nation Tsilhqot'in c/ Colombie-Britannique*, *op. cit.*, p. 294 : « les utilisations ne se limitent pas aux utilisations et aux coutumes antérieures à l'affirmation de la souveraineté ; tout comme les autres propriétaires fonciers, les titulaires du titre ancestral des temps modernes peuvent utiliser leurs terres de façon moderne, s'ils le veulent ».

¹⁶⁰⁰ Cour suprême, 11 décembre 1997, *Delgamuukw c/ Colombie britannique*, *op. cit.*, pp. 1088-1089.

¹⁶⁰¹ OTIS GHISLAIN, « Le titre aborigène : émergence d'une figure durable du foncier autochtone ? », *op. cit.*, p. 39.

¹⁶⁰² Cour suprême, 11 décembre 1997, *Delgamuukw c/ Colombie britannique*, *op. cit.*, p. 1091.

problématique se déplace et passe « *d'un conflit de souveraineté entre Européens et Kanaks à des conflits de propriété entre Kanaks*¹⁶⁰⁴ ». Ces oppositions sont principalement dues à la crainte des clans de se voir dépossédés de leurs terres. Une reconceptualisation de la propriété pourrait alors apaiser leurs doutes.

B | La remise en cause de la propriété absolue

566 . La persistance des conflits en Nouvelle-Calédonie est induite par l'absence d'un réel régime de la propriété foncière coutumière qui n'est pas défini par le législateur organique au-delà de la règle des « 4i »¹⁶⁰⁵. La précision de ce régime est laissée au soin d'une loi du pays qui n'existe pas à ce jour. La restitution des terres s'effectue donc sur la base de la définition univoque du droit de propriété française, ne correspondant pas à « *la logique kanake de reconnaissance d'une multiplicité de droits empilés et concurrents*¹⁶⁰⁶ ». Dans la société kanake coexistent les droits des clans fondateurs et des clans accueillis. La propriété des clans fondateurs résulte d'un travail initial d'appropriation de l'espace avec, par exemple, l'édification d'allées résidentielles ou de champs d'ignames. La propriété des clans accueillis se déduit davantage de la mise en valeur de la terre ainsi cédée, qui est habitée et cultivée. En d'autres termes :

« la cession et l'usage de la terre définissent moins des transferts de propriété que la superposition de différentes légitimités [donnant] à celui qui fonde, à celui qui travaille et à celui qui habite des titres l'autorisant à

¹⁶⁰³ ST-HILAIRE MAXIME, « Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique : bonne décision, mauvaises raisons », *op. cit.*, p. 461.

¹⁶⁰⁴ NAEPELS MICHEL, « Réforme foncière et propriété en Nouvelle-Calédonie. L'exemple de la région de Houaïlou », *Etudes rurales*, n° 177, 2006, *op. cit.*, p. 48.

¹⁶⁰⁵ MOHAMED SOILIH THANI, DARNAUD MATHIEU et LAUFOAULU ROBERT, *Rapport d'information fait au nom de la délégation sénatoriale à l'outre-mer sur la sécurisation des droits fonciers dans les outre-mer*, Sénat, session ordinaire de 2015-2016, n° 721, 23 juin 2016, *op. cit.*, p. 110.

¹⁶⁰⁶ NAEPELS MICHEL, « Réforme foncière et propriété en Nouvelle-Calédonie. L'exemple de la région de Houaïlou », *op. cit.*, p. 48.

dire qu'un lieu est sien dans la mesure où il reconnaît les titres concurrents¹⁶⁰⁷ ».

Or, l'incertitude que recouvre la détermination de la qualité des clans respectifs reste actuellement la première source des problèmes fonciers. Ainsi, le respect dû aux clans terriens se trouve parfois remis en cause en raison notamment de :

« l'importance économique et de la plus value acquise par des terrains d'une valeur agricole quasi-nulle pour ceux situés en bord de mer (motif pour lequel ils furent généreusement octroyés aux clans accueillis) mais qui du fait du développement touristique sont aujourd'hui les plus convoités¹⁶⁰⁸ ».

Désireux de bénéficier des avantages découlant de cet attrait touristique, certains clans pourraient choisir d'ignorer délibérément les obligations découlant de leur statut de groupe accueilli. Le droit kanak délimite clairement les droits des différents groupes. Les clans fondateurs ont la responsabilité de tout ce qui se rapporte à la coutume, ainsi qu'à sa préservation et à sa transmission. Ils ont pour rôle *« d'effectuer les rites et de prononcer les formules liées au calendrier agraire, de fixer les dates de mariages, d'organiser la tenue des cérémonies de naissance et de décès¹⁶⁰⁹ »*. À l'inverse, les clans accueillis se voient réserver des fonctions extra-coutumières, rattachées aux activités politiques ou profanes tels que le savoir-faire agraire par exemple¹⁶¹⁰. Enfin de par leur statut privilégié de « maître de la terre », les clans fondateurs sont également les garants de l'ordre et les détenteurs de pouvoirs importants sur le foncier et l'organisation sociale. À cet égard, un certains nombres de situations relatives aux terres coutumières doivent recevoir leur aval. Les clans accueillis doivent demander l'accord des clans accueillants pour l'installation de nouveaux arrivants, pour l'établissement de travaux d'importance tels que la

¹⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 49.

¹⁶⁰⁸ LAFARGUE REGIS, *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*, Recherche subventionnée par le GIP « Mission de Recherche Droit et Justice », 2001, *op. cit.*, p. 158.

¹⁶⁰⁹ PIPITE JEAN, « Droit d'accueil et droit de l'endroit en pays kanak », *Le Journal de la Société des Océanistes*, vol. 117, 2003, *op. cit.*, p. 204.

¹⁶¹⁰ *Ibid.*, pp. 204-205.

construction de cases ou l'extension des surfaces cultivables¹⁶¹¹ et *a fortiori* pour tout changement de destination de la terre.

567 . Le risque de conflit est accentué par le fait que le droit français prône un idéal de propriété absolue qui pourrait pousser les clans accueillis à nier le fait qu'ils aient « *reçu la terre d'un autre*¹⁶¹² » par crainte de se voir déposséder des terres qui leur ont été données. Pourtant, une analyse attentive de la propriété occidentale montre certaines convergences avec la conception kanake de la propriété et laisse à penser que les droits octroyés au propriétaire privé ne sont pas aussi absolus qu'il y paraît.

568 . En droit français, l'idéal de « propriété absolue » a été poussé à son paroxysme par la *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* qui indique en son article 17 que « *la propriété est un droit inviolable et sacré* ». Confirmé par le Code civil, « *ce principe demeure au fondement actuel du droit français de la propriété*¹⁶¹³ », ce malgré les multiples dérogations que laissaient et que laissent toujours entrevoir la pratique.

Dès 1804, l'article 544 du Code civil présente une contradiction interne puisque, tout en affirmant que « *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue* », il est immédiatement précisé « *pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements* ». Se voulant en rupture avec l'Ancien Régime, les limites intrinsèques de l'article démontrent pourtant la persistance de la perception de la propriété qui prévalait avant 1789. En effet, au XVIII^{ème} siècle, la superposition de droits sur un même sol est la norme. Ainsi, coexistent par exemple, la « propriété directe », droits du seigneur foncier et la « propriété utile », droits de l'exploitant agricole¹⁶¹⁴. Il est donc patent que des

¹⁶¹¹ *Ibid.*, p. 208.

¹⁶¹² NAEPELS MICHEL, « Réforme foncière et propriété en Nouvelle-Calédonie. L'exemple de la région de Houailou », *op. cit.*, p. 49.

¹⁶¹³ BERGEL PIERRE, « Appropriation de l'espace et propriété du sol. L'apport du droit immobilier à une étude de géographie sociale », *Noroi. Environnement, aménagement, société*, n° 195, 2005, pp. 17-18.

¹⁶¹⁴ COMBY JOSEPH, « L'impossible propriété absolue », dans Association des études foncières (dir.), *Un droit inviolable et sacré : la propriété*, Édition de l'ADEF, Paris, 1989, p. 10.

« *prérogatives dissociables les unes des autres, susceptibles d'être distribuées entre des personnes différentes*¹⁶¹⁵ » existent sur une même terre.

569 . Selon Joseph Comby, la propriété absolue est un mirage, un fantasme qui ne correspond pas à la volonté des rédacteurs de la Déclaration de 1789¹⁶¹⁶. La protection de la propriété vise à assurer le respect des « *droits existants contre l'arbitraire des pouvoirs en place*¹⁶¹⁷ » mais n'a pas pour objectif de placer entre les mains d'un seul titulaire les prérogatives de l'*usus*, de l'*abusus* et du *fructus*. Cette affirmation semble attestée par les multiples limitations introduites dans le Code civil dès 1804. L'article 552 du Code civil indique que « *la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous* » tout en précisant que :

« *le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre des Servitudes ou Services fonciers. Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police* ».

Il en est de même de l'article 545 qui, après avoir indiqué que nul ne peut être contraint de céder sa propriété, ajoute une exception pour cause d'utilité publique.

570 . L'adage de Honoré-Gabriel Riqueti de Mirabeau selon lequel « *il est de l'essence même de la propriété d'appartenir à un seul*¹⁶¹⁸ », liant indéfectiblement les trois prérogatives de la propriété, semble donc devoir être nuancé au regard de la multiplication des interdictions et des droits accordés aux tiers. Joseph Comby énumère l'expansion des restrictions venant limiter le droit de propriété afin de démontrer le mythe inhérent à l'article 17 de la DDHC et la persistance « des propriétés » au détriment de la « propriété absolue » :

¹⁶¹⁵ BERGEL PIERRE, « Appropriation de l'espace et propriété du sol. L'apport du droit immobilier à une étude de géographie sociale », *op. cit.*, pp. 20-21.

¹⁶¹⁶ COMBY JOSEPH, « L'impossible propriété absolue », *op. cit.*, pp. 19-20.

¹⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 20.

¹⁶¹⁸ Cité par : DE MALAFOSSE JEHAN, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la Révolution à la IVème République*, Éditions Montchrestien, Paris, 1975, p. 21.

« Droits de circulation sur terre et sur eau, droits des voisins, droits de la commune, droits des promeneurs, droits des chasseurs, droits des skieurs, droits des locataires et fermiers, droits de EDF, de GDF, de la SNCF, des PTT, etc..., chaque progrès technique a induit de nouvelles servitudes, chaque progrès social se traduit par de nouveaux garde-fous, chaque progrès culturel par de nouvelles tutelles¹⁶¹⁹ ».

L'exemple du droit de chasse retient particulièrement l'attention puisqu'à l'image du concept de propriété kanake, une partie des prérogatives du propriétaire¹⁶²⁰ est octroyée à d'autres personnes privées. La loi Verdeille¹⁶²¹ instaure en 1964 les associations communales de chasse agréées (ACCA). Ces dernières sont instituées par le préfet qui délimite leur territoire d'action pouvant recouvrir des propriétés privées, l'accord du propriétaire étant présumé s'il n'a pas manifesté son opposition dans les trois mois¹⁶²². En outre, cette opposition n'est recevable que si le propriétaire dispose, sauf exceptions pour certains types de chasse, de terrains d'un seul tenant et d'une superficie minimum de vingt hectares¹⁶²³. Cette loi limite sans nul doute l'idéal de propriété absolue et l'État est d'ailleurs condamné en 1999 par la Cour EDH¹⁶²⁴. La France maintient toutefois cet article mais ajoute un nouveau droit d'opposition sans condition, sur la base des convictions personnelles des propriétaires opposés à la pratique de la chasse¹⁶²⁵.

571 . Le droit civil prévoit également explicitement le démembrement du droit de propriété à travers le concept d'usufruit. Ce dernier est défini à l'article 578 du Code civil comme *« le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à charge d'en conserver la substance »*. Ainsi, l'*usus* et le *fructus* reviennent à l'usufruitier qui possède un droit réel d'usage et de jouissance sur la chose

¹⁶¹⁹ COMBY JOSEPH, « L'impossible propriété absolue », *op. cit.*, pp. 17-18.

¹⁶²⁰ Le droit de chasser fait partie de l'*usus*, du droit d'user de la chose. Cf. en ce sens : PATIER XAVIER, « Chasse », *Encyclopedia Universalis*, En ligne, URL : <http://www.universalis.fr/encyclopedie/chasses/>

¹⁶²¹ LOI N° 64-696 DU 10 JUILLET 1964 *relative à l'organisation des associations communales et intercommunales de chasse agréées*, J.O.R.F., 11 juillet 1964, p. 6171.

¹⁶²² CODE DE L'ENVIRONNEMENT, art. L 422-9.

¹⁶²³ *Ibid.*, art. L 422-13.

¹⁶²⁴ La Cour européenne a jugé contraire aux droits de l'Homme la loi Verdeille qui autorisait les chasseurs à passer sur les terrains privés sur la base notamment de l'article 1 du protocole n° 1 de la Convention protégeant la propriété. Cf. en ce sens : CEDH, 29 avril 1999, *Chassagnou et autres c/ France*, Req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95.

¹⁶²⁵ CODE DE L'ENVIRONNEMENT, art. L 422-10, al. 5.

d'autrui et l'*abusus* est conservé par le « nu-propriétaire ». Si l'article 617 du Code civil envisage cinq causes d'extinction légale de l'usufruit¹⁶²⁶ et certaines circonstances de fait telles que l'abus de jouissance du bien peuvent également entraîner la cessation de l'usufruit¹⁶²⁷.

Ces exemples démontrent que le droit français fractionne la propriété privée et, dès lors, il paraît possible de proposer un traitement du foncier qui ne soit pas axé sur la théorie utopique de la propriété absolue.

572 . Comme expliqué précédemment, le clan accueilli tente parfois de se voir reconnaître un droit sur la terre qui lui a été cédée en raison notamment de la crainte de se voir exclure des terres claniques si la propriété coutumière est octroyée par l'ADRAF au clan propriétaire. De son côté, si le clan terrien reconnaît factuellement la cession de la terre aux accueillis, sa position « *oscille entre le fait de reconnaître le caractère définitif de la cession et le fait de mettre en avant le respect que lui doit l'accueilli, quitte à lui reconnaître après un droit d'usage permanent sur la terre*¹⁶²⁸ ». Le clan fondateur, bien que concédant volontairement des parcelles, ne saurait accepter le fait que les clans accueillis, profitant d'une certaine incertitude juridique sur la propriété des terres, modifient la destination de ces dernières ou érigent des habitations sans avoir auparavant sollicité leur opinion sur ces sujets¹⁶²⁹.

La stabilisation du foncier « *rend nécessaire d'identifier et de reconnaître des droits en clarifiant la notion de propriétaires des terres coutumières, pour la cohésion et une gestion du foncier efficace*¹⁶³⁰ ». La restitution de la terre au nom du « droit de l'endroit » pourrait être réalisée au profit du clan terrien sans que toutefois ce droit ne

¹⁶²⁶ CODE CIVIL, art. 617 : « L'usufruit s'éteint : Par la mort de l'usufruitier ; Par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé ; Par la consolidation ou la réunion sur la même tête, des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire ; Par le non-usage du droit pendant trente ans ; Par la perte totale de la chose sur laquelle l'usufruit est établi ».

¹⁶²⁷ Ibid., art. 618 : « L'usufruit peut aussi cesser par l'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance, soit en commettant des dégradations sur le fonds, soit en laissant dépérir faute d'entretien. [...] Les juges peuvent, suivant la gravité des circonstances, ou prononcer l'extinction absolue de l'usufruit, ou n'ordonner la rentrée du propriétaire dans la jouissance de l'objet qui en est grevé, que sous la charge de payer annuellement à l'usufruitier, ou à ses ayants cause, une somme déterminée, jusqu'à l'instant où l'usufruit aurait dû cesser ».

¹⁶²⁸ NAEPELS MICHEL, « Réforme foncière et propriété en Nouvelle-Calédonie. L'exemple de la région de Houaïlou », *op. cit.*, p. 51.

¹⁶²⁹ PIPITE JEAN, « Droit d'accueil et droit de l'endroit en pays kanak », *op. cit.*, p. 208.

¹⁶³⁰ GODIN PATRICE, *Nouvelle-Calédonie 2025. Schéma d'aménagement et de développement de la Nouvelle-Calédonie. Atelier 5. Développement, culture et valeurs identitaires*, 2008, *op. cit.*, p. 51.

recouvre nécessairement l'ensemble des prérogatives liées au droit de propriété. Le régime des terres coutumières pourrait ainsi prévoir l'existence de plusieurs droits de propriété. Une fois la terre reconnue coutumière, les clans accueillis pourraient disposer d'un droit de propriété recouvrant l'*usus* et le *fructus*, soit le droit d'utiliser la terre et d'en retirer les fruits sur certaines parcelles des terres coutumières. À la différence de l'usufruit, ce droit ne serait pas limité dans le temps car la « *nature permanente des besoins du clan hôte [justifierait] l'installation permanente des clans invités*¹⁶³¹ ». Le clan terrien conserverait sur ces mêmes parcelles l'*abusus*, soit le droit de disposer des terres¹⁶³² et plus précisément de décider, à la demande des clans accueillis, quels usages ou quelles modifications pourront éventuellement être réalisés sur les parcelles ainsi cédées aux usufruitiers.

573 . Enfin, la cession est liée aux conditions générales de l'accueil et ne peut exister indépendamment des relations unissant le clan terrien et les clans accueillis. Michel Naepels explique qu'« *il n'est de propriété réelle pour l'accueilli que pour autant qu'il manifeste le respect qu'il doit au fondateur du lieu et qu'il garde en mémoire les échanges qui ont sanctionné son installation*¹⁶³³ ». Cette vision imposant le respect justifierait que la réattribution soit faite au profit du clan fondateur qui conserverait la possibilité d'exclure un clan accueilli ne respectant pas les obligations auquel il est astreint envers les maîtres des lieux¹⁶³⁴, soit « *un ensemble de règles de vie dont le but est d'éviter que les personnes accueillis n'interfèrent dans les pratiques coutumières exclusivement réservées aux clans ou tribus qui possèdent les lieux*¹⁶³⁵ ». Cette exclusion pourrait être rapprochée de l'abus de jouissance qui permet de mettre fin à l'usufruit en droit civil.

574 . Si ces termes ne sont pas explicitement employés, une décision de la section détachée du tribunal de première instance à Koné laisse à penser que cette hypothèse pourrait recouvrir la réalité kanake. Dans les faits, un conseil des anciens sollicite l'expulsion d'un individu dont le comportement a été jugé injurieux. Le

¹⁶³¹ PIPITE JEAN, « Droit d'accueil et droit de l'endroit en pays kanak », *op. cit.*, p. 209.

¹⁶³² Toute proportion gardée, puisqu'il faut tenir compte de la règle des « 4i ».

¹⁶³³ NAEPELS MICHEL, « Réforme foncière et propriété en Nouvelle-Calédonie. L'exemple de la région de Houailou », *op. cit.*, p. 49.

¹⁶³⁴ PIPITE JEAN, « Droit d'accueil et droit de l'endroit en pays kanak », *op. cit.*, p. 204.

¹⁶³⁵ *Ibidem*.

tribunal rejette la demande du conseil au motif que le clan demandeur a régulièrement accueilli le défendeur, entraînant par là-même des obligations telles que le droit au maintien dans les lieux sauf faute grave et caractérisée du défendeur¹⁶³⁶ :

« [...] la personne dont l'expulsion est demandée a été accueillie au sein de la tribu depuis plus de quarante ans ; qu'il y a pris femme et a été autorisé à bâtir une maison ; que l'intéressé en tant que membre régulièrement accueilli mérite la protection de la coutume ; [...] que l'homme est âgé et a effectué une démarche envers le conseil des anciens, démarche qui aurait dû être suivie d'un pardon ; qu'en conséquence le tribunal déboute les demandeurs¹⁶³⁷ ».

La demande d'expulsion est ici rejetée car l'individu avait entrepris la démarche de pardon, mais il n'est pas inenvisageable de penser qu'en l'absence d'une telle démarche, la requête du conseil ait pu aboutir.

575 . Si les conflits fonciers subsistent, *« c'est parce qu'en définissant le "vrai" propriétaire d'un terrain, on oblige de nombreux autres groupes à abandonner des droits secondaires ou potentiels¹⁶³⁸ »*. Le démembrement de la propriété pourrait donc être une des solutions envisagées. Il reviendrait aux autorités coutumières d'établir quel clan détient le lien à la terre puis de préciser les autres droits de propriété possédés par les groupes accueillis. Cette procédure implique nécessairement la construction d'un consensus local s'élaborant dans le temps en fonction des influences mais également des compromis et de la négociation¹⁶³⁹.

576 . Aujourd'hui, ce consensus pourrait s'établir autour du concept de « droit de l'endroit » privilégié par nombre de Kanaks dans le processus de réattribution des terres¹⁶⁴⁰. Ce concept permettrait d'écrire l'Histoire et d'apporter un éclairage

¹⁶³⁶ LAFARGUE REGIS, *La coutume face à son destin: réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, L.G.D.J, coll. Droit et société. Recherches et travaux, n° 22, Paris, 2010, *op. cit.*, p. 240.

¹⁶³⁷ TPI Sect. Koné, 4 septembre 1991, RG n° 95/91 ; TPI Sect. Koné, 20 novembre 1991, RG n° 125/91.

¹⁶³⁸ NAEPELS MICHEL, « Réforme foncière et propriété en Nouvelle-Calédonie. L'exemple de la région de Houailou », *op. cit.*, p. 51.

¹⁶³⁹ *Ibid.*, p. 52.

¹⁶⁴⁰ PIPITE JEAN, « Droit d'accueil et droit de l'endroit en pays kanak », *op. cit.*, p. 212.

nécessaire sur la période coloniale¹⁶⁴¹ afin de réunir les Kanaks et leur terre d'origine. Pour que ce consensus puisse être réalisé, il ne faut cependant pas le percevoir comme une volonté d'exclure les clans accueillis des terres claniques. Selon Anselme Poaragnimou, ce n'est absolument pas là l'objectif du droit de l'endroit, « *le retour demeure [...] une possibilité, un droit ouvert aux clans déplacés, et non une menace qu'ils devraient craindre*¹⁶⁴² ».

577 . Cependant, même si cette crainte est écartée, la tâche consistant à retrouver le véritable clan maître de la terre peut être ardue, en raison notamment des déplacements de population lors de la colonisation. Cela nécessite sans doute la mise en place d'une instance d'arbitrage permettant à terme d'élaborer un cadastre foncier. La Charte du Peuple Kanak prévoit d'ailleurs cette possibilité en indiquant que « *les autorités coutumières ont la charge de déterminer une méthode de résolution des conflits fonciers*¹⁶⁴³ ». Patrice Godin, ethnologue, explique que le terme cadastre doit ici être compris comme « *une procédure d'identification et de délimitation des droits fonciers coutumiers, procédure à caractère contradictoire permettant d'associer toutes les parties, tous les ayants droits et d'assurer une publicité suffisante sur des délimitations qui en résultent*¹⁶⁴⁴ ».

578 . Si l'instauration d'un cadastre est prévue depuis l'Accord de Nouméa, il n'a toujours pas été mis en œuvre. Or, ce processus devient urgent car, toujours selon Patrice Godin, la connaissance des légitimités vient à disparaître avec le renouvellement des générations. Le Sénat coutumier propose à ce titre une approche pluridisciplinaire mettant en mouvement les clans et chefferies concernés sur l'ensemble des aspects de la question foncière tel que l'histoire des clans dans l'espace, la généalogie ou encore l'aménagement¹⁶⁴⁵.

¹⁶⁴¹ *Ibid.*, p. 210.

¹⁶⁴² Intervention de POARAGNIMOU ANSELME, Séminaire sur le développement foncier, septembre 2001, Centre culturel Tjibaou, cité par : *Ibid.*, p. 210.

¹⁶⁴³ ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK, *Charte du Peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak*, adoptée par les chefferies coutumières de Nouvelle-Calédonie le 26 avril 2014, *op. cit.*, art. 76.

¹⁶⁴⁴ GODIN PATRICE, *Nouvelle-Calédonie 2025. Schéma d'aménagement et de développement de la Nouvelle-Calédonie. Atelier 5. Développement, culture et valeurs identitaires*, *op. cit.*, p. 52.

¹⁶⁴⁵ SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, *Rapport sur l'état de la situation du peuple kanak – peuple autochtone de la Kanaky- Nouvelle-Calédonie*, 2011, p. 15.

579 . Si les Kanaks obtiennent la restitution de leurs terres, ces dernières ne couvriront pas nécessairement l'intégralité de l'espace sur lequel ils vivaient avant la colonisation¹⁶⁴⁶, la coexistence pacifique sur l'archipel nécessitant de prendre également en compte les droits des tiers sur le territoire. Se pose dès lors la question de l'usage des ressources hors des terres coutumières, sur des territoires que les Kanaks qualifient de zones d'influence coutumière (ZIC).

¹⁶⁴⁶ Comme expliqué précédemment, l'intégralité de l'archipel était appropriée avant la colonisation. Si toutes les terres n'étaient pas nécessairement cultivées ou habitées, elles étaient néanmoins utilisées pour la chasse, la pêche, la récolte de bois ou encore les cérémonies traditionnelles.

SECTION II | DES DROITS OPPOSABLES AUX TIERS

EN L'ABSENCE DE TITRE FONCIER

580 . Le peuple kanak a été dépossédé en grande partie de son foncier mais également de sa liberté d'accès ou d'usage aux ressources naturelles présentes sur l'archipel. Or, si la reconnaissance des terres coutumières est nécessairement limitée par la conciliation des différents droits coexistant sur le territoire, une solution pourrait être d'accorder des droits particuliers au peuple kanak sur les ressources à l'intérieur de zones d'influence et de légitimité des chefferies kanakes¹⁶⁴⁷ qui s'étendraient au-delà des terres coutumières (§1). Ces droits devraient dès lors être protégés des atteintes (§2).

§ 1 | RECONNAISSANCE DE DROITS AUTOCHTONES SUR LES RESSOURCES

581 . Au Canada, les peuples autochtones peuvent prétendre à l'exercice de droits-activités sur un territoire circonscrit, indépendamment d'un titre ancestral. Ces droits visent principalement des activités de prélèvements spécifiques de ressources, le but étant le plus souvent de permettre la subsistance des communautés autochtones¹⁶⁴⁸. Toutefois, et à la différence du titre ancestral qui autorise l'exercice de toute activité sur le territoire pourvu qu'il ne contrevienne pas à la limite intrinsèque, les droits octroyés sur les ressources ne concernent que les activités qui étaient traditionnellement exercées par les autochtones avant l'arrivée des Européens. En outre, si la preuve de l'occupation est parfois jugé insuffisante pour prouver

¹⁶⁴⁷ ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK, *Charte du Peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak*, op. cit., art. 77.

¹⁶⁴⁸ CHAIRE DE RECHERCHE DU CANADA SUR LA DIVERSITE JURIDIQUE ET LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Etude comparative des droits des peuples autochtones et du pluralisme juridique : le cas canadien*, CRSH, coll. Etats et cultures juridiques : un droit en quête de légitimité, 2014, p. 39.

l'existence d'un titre ancestral, elle peut néanmoins s'avérer recevable pour demander l'octroi de droits ancestraux¹⁶⁴⁹.

582 . La charge de la preuve de l'exercice d'une activité ancestrale particulière, telle la pêche de subsistance, revient aux autochtones. Les différents critères d'identification des droits ancestraux ont été dégagés par la Cour suprême dans l'arrêt *Van Der Peet* :

*« le critère d'identification des droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doit viser à reconnaître les éléments fondamentaux de ces sociétés distinctives préexistantes. Autrement dit, ce critère doit tendre à identifier les coutumes, pratiques et traditions fondamentales des sociétés autochtones qui existaient en Amérique du Nord avant le contact avec les Européens. [...] pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question*¹⁶⁵⁰ ».

La Cour a, par la suite, approfondi la signification de ces critères. Pour « *faire partie intégrante d'une culture distinctive, une coutume, pratique ou tradition doit avoir une importance fondamentale pour la société autochtone concernée*¹⁶⁵¹ ». La Cour précise également que la pratique traditionnelle peut avoir évolué avec le temps pourvu que les autochtones arrivent à établir une continuité entre la pratique actuelle et la pratique existante avant l'arrivée des Européens. Cette flexibilité autorise « *une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps. En d'autres mots, le concept de continuité est le moyen qui permet d'éviter une interprétation du par. 35(1) fondée sur la notion de "droits figés"*¹⁶⁵² ». Ainsi, la position de la Cour suprême sur l'évolution du mode d'exercice des droits ancestraux est sans équivoque :

¹⁶⁴⁹ GRAMMOND SEBASTIEN, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruylant / Editions Yvon Blais, coll. Droit, territoires, cultures, Bruxelles, 2003, *op. cit.*, p. 199.

¹⁶⁵⁰ Cour suprême, 21 août 1996, *Van Der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, pp. 548-549.

¹⁶⁵¹ *Ibidem*.

¹⁶⁵² *Ibid.*, p. 557.

« Pour ce qui est du mode d'exercice du droit, les tribunaux ont reconnu à maintes reprises l'évolution continue des méthodes de pêche. L'origine ancestrale des droits de pêche n'exige pas que les titulaires de ces droits, dans le nord-ouest du Pacifique, pêchent dans des pirogues. Le commerce du saumon fumé du Pacifique à l'époque précoloniale (s'il est établi) ne devrait pas exclure la préparation et la vente du produit congelé depuis que les techniques de congélation sont apparues. (Tout cela, bien entendu, sous réserve de la conservation des ressources et d'autres intérêts réels et impérieux (Sparrow, p. 1108-1110 ; N.T.C. Smokehouse, par. 96-97).)¹⁶⁵³ ».

583 . Pour autant, les critères de preuve exigés par les juges de la Cour suprême subissent un certain nombre de critiques de la part des juristes. La première a trait à la date charnière du contact avec les Européens et à la preuve d'une continuité entre les pratiques à cette date et les coutumes, pratiques et traditions actuelles. Pour Sébastien Grammond, cette exigence nuit aux peuples autochtones ayant été contraints d'abandonner leur territoire suite à la colonisation¹⁶⁵⁴.

La seconde est relative au caractère purement subjectif du critère de « l'importance fondamentale » que doit revêtir l'activité pour les peuples demandeurs. En l'absence d'assesseurs coutumiers susceptibles de donner leur point de vue, le juge est amené à trancher sur la base de rapports d'historiens ou d'anthropologues qui ne sont pas nécessairement aptes à déterminer ce qui constitue pour un peuple le point névralgique de leurs activités et pratiques coutumières¹⁶⁵⁵.

584 . En France, une certaine reconnaissance des droits ancestraux peut être observée, notamment en Guyane avec le mécanisme particulier des zones de droits d'usage collectif (ZDUC). Le décret n° 87-267 du 14 avril 1987 permet « aux communautés d'habitants qui tirent traditionnellement leur subsistance de la forêt » de se voir attribuer des ZDUC limitées à « la pratique de la chasse, de la pêche et d'une manière générale pour l'exercice de toute activités nécessaires à la subsistance

¹⁶⁵³ Cour suprême, 10 novembre 2011, *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, [2011] 3 R.C.S. 535, p. 560.

¹⁶⁵⁴ GRAMMOND SEBASTIEN, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, op. cit., pp. 208-209.

¹⁶⁵⁵ *Ibid.*, pp. 212-213.

de ces communautés¹⁶⁵⁶ ». Le terme « communauté d'habitants », s'il permet habilement de ne pas faire mention du terme « peuple autochtone » le désigne cependant puisque si toutes les franges de la population peuvent possiblement y prétendre encore faut-il qu'elles vivent de la forêt et qu'elles fassent un usage collectif de ce territoire¹⁶⁵⁷. L'instauration de ces ZDUC permet la mise en place de droits d'usage collectif sur des terrains domaniaux clairement circonscrits, tels que l'exercice de l'agriculture, de la chasse, de la pêche, ou encore du prélèvement de matériaux pour l'artisanat et la construction¹⁶⁵⁸. Malgré le chantournement terminologique, l'existence de ces zones indique que des droits sur les ressources sont d'ores et déjà octroyés en France à des populations autochtones. Ce processus permet en effet de « "constater" juridiquement des droits antérieurs à la domanialité publique des terres sur lesquels ils sont exercés¹⁶⁵⁹ ». Une nuance doit néanmoins être apportée car, comme le précise Régis Lafargue, l'instauration de ces zones est aussi « une façon d'éviter d'entrer dans la voie de la reconnaissance des droits fonciers fondés sur la coutume autochtone (ce que les Canadiens appellent le "titre indien")¹⁶⁶⁰ ».

585 . En Nouvelle-Calédonie, le corolaire des ZDUC pourrait équivaloir aux zones d'influence coutumière (ZIC) aujourd'hui établies par la Charte du Peuple Kanak et englobant les terres privées et les terres des collectivités sur lesquelles les Kanaks estiment posséder une légitimité ancestrale¹⁶⁶¹. Ceux-ci souhaitent la

¹⁶⁵⁶ DECRET N° 87-287 DU 14 AVRIL 1987 modifiant le code du domaine de l'Etat et relatif aux concessions domaniales et autres actes passés par l'Etat en Guyane en vue de l'exploitation ou de la cession de ses immeubles domaniaux, J.O.R.F., 16 avril 1997, p. 04316, art. R. 170-56.

¹⁶⁵⁷ « Introduction », dans FILOCHE GEOFFROY, DAVY DAMIEN (dir.), *Zones de Droits d'Usage Collectifs, Concessions et Cessions en Guyane française : Bilan et perspectives 25 ans après*, Cayenne, 2014, p. 13.

¹⁶⁵⁸ DAVY DAMIEN et ARMANVILLE FRANÇOISE, « Les ZDUC, Concessions et Cessions aujourd'hui : Quels usages, quelles représentations ? », dans FILOCHE GEOFFROY, DAVY DAMIEN (dir.), *Zones de Droits d'Usage Collectifs, Concessions et Cessions en Guyane française : Bilan et perspectives 25 ans après*, Cayenne, 2014, pp. 81-84.

¹⁶⁵⁹ FILOCHE GEOFFROY et GUIGNIER ARMELLE, « Les droits fonciers des communautés dans un contexte mouvant », dans FILOCHE GEOFFROY, DAVY DAMIEN (dir.), *Zones de Droits d'Usage Collectifs, Concessions et Cessions en Guyane française : Bilan et perspectives 25 ans après*, Cayenne, 2014, p. 96.

¹⁶⁶⁰ LAFARGUE REGIS, « Le préjudice civilisationnel pour atteinte à l'environnement. Droit au cadre naturel et réalités socioculturelles : interdépendances et interdisciplinarité », *Droit et société*, n° 74, 2010, op. cit., p. 158.

¹⁶⁶¹ DEMMER CHRISTINE, Bensa ALBAN, HALPÉRIN JEAN-LOUIS, NAEPELS MICHEL, TRÉPIED BENOIT, SALOMON CHRISTINE et SORIANO ERIC, *Faire de la coutume un droit. Enjeux, histoire, questionnements*, Mission de recherche Droit et Justice, 2016, p. 25.

« reconnaissance des Zones d'Influence Coutumière (ZIC) des chefferies¹⁶⁶² » afin d'obtenir « une réappropriation de [leurs] droits, dans chaque territoire ou zone d'influence coutumière¹⁶⁶³ ».

Si l'idée initiale peut être un point de départ intéressant pour la reconnaissance de droits autochtones en Nouvelle-Calédonie, leurs conditions d'existence restent relativement indéterminées et limitées. Le droit international associé à la jurisprudence canadienne permet d'apporter des précisions sur la portée et la reconnaissance de ces droits.

586 . La portée des droits d'usage est dans un premier temps sujet à controverses. Il semble qu'une réinterprétation du concept de subsistance permet d'être davantage en adéquation avec la réalité socio-économique contemporaine. En effet, en Guyane ce terme est entendu dans un sens restrictif comme étant uniquement le moyen de se nourrir et empêchant dès lors toutes activités commerciales¹⁶⁶⁴. Dans les travaux préparatoires du projet de Parc Amazonien, l'autosubsistance « correspond au prélèvement de ressources naturelles à des fins de consommation, dans le cadre d'une économie familiale ou domestique (qui inclut le troc), et se distingue d'une activité commerciale relevant d'une pratique économique répertoriée, visant à générer un profit¹⁶⁶⁵ ». Les pratiques et les conceptions propres à l'administration française tendent donc à opposer subsistance et commerce en empêchant tout projet de développement sur ces zones. Or, se référant à la définition littérale de la notion de subsistance, il peut-être constaté qu'elle comprend tout « ce qui permet l'existence matérielle d'un individu, d'une collectivité¹⁶⁶⁶ ». Les travaux des ethnologues prouvent que l'existence matérielle des populations autochtones a toujours reposé en partie sur leur participation aux échanges commerciaux impliquant

¹⁶⁶² ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK, *Charte du Peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak*, op. cit., art. 77.

¹⁶⁶³ *Ibid.*, « La parole du Sénat coutumier », p. 38.

¹⁶⁶⁴ DAVY DAMIEN et ARMANVILLE FRANÇOISE, *Les ZDUC, Concessions et Cessions aujourd'hui : Quels usages, quelles représentations ?*, op. cit., p. 89.

¹⁶⁶⁵ *Mission pour la création du Parc de la Guyane*, Document de travail sur l'avant projet de Parc Amazonien, Cayenne, 2005, p. 18.

¹⁶⁶⁶ CENTRE NATIONAL DE RESSOURCES TEXTUELLES ET LEXICALES, « Subsistance », En ligne : <<http://www.cnrtl.fr/definition/subsistance/substantif>>.

colons et métropolitains¹⁶⁶⁷. La dissociation des notions de subsistance et d'activités commerciales semble donc être sujette à caution. En juin 2010, le Conseiller d'État Hélène Vestur s'interroge également sur cette question et estime « *envisageable d'adopter une conception évolutive des besoins des membres des communautés d'habitants et de constater qu'aujourd'hui, la subsistance comprend la satisfaction de besoins nouveaux*¹⁶⁶⁸ ».

587 . Au Canada, un droit ancestral de prélèvement peut très bien être de nature commerciale s'il est démontré, par exemple, qu'au moment du contact le peuple autochtone échangeait régulièrement une ressource dans le cadre de réseaux commerciaux¹⁶⁶⁹. En outre, comme l'écrit le professeur Otis, la notion même de subsistance n'est pas incompatible, en droit canadien, avec une certaine dimension commerciale si la preuve d'un commerce de subsistance précolonial est établie :

« *Le concept de "subsistance" pourrait, quant à lui, recevoir une définition plus ample s'il fallait retenir le sens attribué à ce terme par la Cour suprême dans R. Marshall, [1999] 3 R.C.S. 456 où la haute juridiction a en effet statué qu'un droit de pêche de subsistance issu d'un traité conclu au XVIII^e siècle entre la Couronne britannique et les Micmacs autorise des prélèvements de nature à permettre aux autochtones de "s'assurer une subsistance convenable selon les normes d'aujourd'hui" (par. 58-61). La Cour a estimé que ce concept de subsistance convenable permet de faire le commerce de la ressource pour se procurer les biens nécessaires à une subsistance convenable (nourriture, vêtements, logements, commodités de la vie).*¹⁶⁷⁰ ».

588 . L'adjonction des activités commerciales aux pratiques permettant la subsistance paraît être davantage en adéquation avec les normes internationales. Les articles 1^{ers} alinéa 2 du PIDESC et du PIDCP indiquent qu' « *en aucun cas, un peuple*

¹⁶⁶⁷ FILOCHE GEOFFROY et GUIGNIER ARMELLE, *Les droits fonciers des communautés dans un contexte mouvant*, op. cit., p. 114.

¹⁶⁶⁸ VESTUR HELENE, « Note sur les zones de droits d'usage collectifs », 2010, En ligne : <<https://www.blada.com/data/File/2012pdf/conseiletat161112.pdf>>, p. 5.

¹⁶⁶⁹ Cf. notamment : Cour suprême, 21 août 1996, *R. c/ Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723.

¹⁶⁷⁰ OTIS GHISLAIN, *Droit des autochtones*, Note de cours, Université d'Ottawa, 2013, p. 110.

ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance ». Ce droit à la subsistance est intimement lié à un certain nombre de droits de l'Homme dont notamment le droit à l'alimentation protégé par l'article 11 du PIDESC¹⁶⁷¹. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels est venu préciser le contenu du droit à l'alimentation en établissant que :

« le droit à une nourriture suffisante est réalisé lorsque chaque homme, chaque femme et chaque enfant, seul ou en communauté avec d'autres, a physiquement et économiquement accès à tout moment à une nourriture suffisante ou aux moyens de se la procurer »¹⁶⁷².

En d'autres termes, il n'y a pas fondamentalement d'incompatibilité entre commerce et subsistance si l'activité commerciale permet de procurer aux populations autochtones des moyens financiers aptes à assurer leur subsistance. En Guyane comme en Nouvelle-Calédonie, priver les autochtones d'activités commerciales sur leurs ressources naturelles revient à les priver de leurs moyens de subsistance *« sauf à leur imposer de partir définitivement de leurs villages ou à les confiner durablement dans une situation où leurs revenus proviennent en majorité des aides sociales »¹⁶⁷³.*

589 . Il importe de préciser que la jurisprudence canadienne ne limite pas les droits-activités à un contenu fixe et prédéterminé, l'étendue du droit dépendant de la pratique traditionnelle des peuples autochtones. Ces droits peuvent théoriquement englober des droits de prélèvements à des fins alimentaires, rituelles ou sociales, des droits de subsistance dont le contenu peut être élargi au droit de faire commerce et enfin des droits de prélèvements industriels¹⁶⁷⁴. Leur ampleur dépend de la caractérisation de ces derniers,

¹⁶⁷¹ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966 ; entrée en vigueur le 3 janvier 1976, *op. cit.*, art 11 : *« le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence »*.

¹⁶⁷² COMITE DES DROITS ECONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, *Questions de fond au regard de la mise en oeuvre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Observation générale n° 12*, Conseil économique et social, 21^{ème} session, Genève, 12 mai 1999, pt. 7 de l'ordre du jour, E/C.12/1999/5, pt. 6.

¹⁶⁷³ FILOCHE GEOFFROY et GUIGNIER ARMELLE, *Les droits fonciers des communautés dans un contexte mouvant*, *op. cit.*, p. 115.

¹⁶⁷⁴ OTIS GHISLAIN, *Droit des autochtones*, *op. cit.*, pp. 109-111.

« première étape du cadre d'analyse de l'existence des droits ancestraux¹⁶⁷⁵ » réalisé par la Cour suprême. Dans l'arrêt Mitchell en date du 24 mai 2001, la Cour suprême rappelle les facteurs de caractérisation ainsi que l'objectif de cette procédure :

« trois facteurs [...] devraient guider le tribunal dans la caractérisation d'un droit ancestral revendiqué : (1) la nature de l'acte qui, selon le demandeur a été accompli en vertu d'un droit ancestral ; (2) la nature de la loi ou de l'autre mesure gouvernementale qu'il dit porter atteinte au droit, c.-à.d. le conflit entre la revendication et la restriction ; et (3) les traditions et pratiques ancestrales invoquées pour établir l'existence du droit. Le droit revendiqué doit être caractérisé en contexte et ne doit pas être déformé en fonction du résultat désiré. Il ne faut ni l'étendre ni le restreindre artificiellement. Une caractérisation trop étroite risque d'entraîner le rejet de revendications valides et une caractérisation trop large risque de déformer le droit en ne tenant pas compte de la culture et de l'histoire particulière de la société à laquelle appartient le demandeur¹⁶⁷⁶ ».

Toutefois, selon Sébastien Grammond, cette exigence de caractérisation aurait pour ambition « d'éviter le plus possible de leur conférer une activité commerciale¹⁶⁷⁷ ». Les juges canadiens essaient en effet de concilier les intérêts de toutes les populations vivant sur le territoire et préfèrent laisser le soin à l'État d'engager une négociation visant éventuellement à étendre les droits de peuples autochtones¹⁶⁷⁸.

590 . Au-delà de la portée des droits ancestraux, la jurisprudence canadienne apporte un éclairage intéressant sur les caractéristiques des droits ainsi reconnus.

À l'inverse des conditions de reconnaissance du titre ancestral, la Cour suprême estime que les critères de preuve d'une activité ancestrale n'englobent pas l'usage exclusif du territoire concerné. Dans l'arrêt Adams, les Mohawks demandent à bénéficier d'un droit ancestral de pêche à des fins alimentaires. La Cour, tout en

¹⁶⁷⁵ GRAMMOND SEBASTIEN, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, op. cit., p. 200.

¹⁶⁷⁶ Cour suprême, 24 mai 2001, *Mitchell c/ M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, p. 929.

¹⁶⁷⁷ GRAMMOND SEBASTIEN, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, op. cit., p. 201.

relevant qu'il est impossible « *de dire avec certitude quels [sont] les peuples autochtones qui [exploitent] la vallée du Saint-Laurent avant 1603* » et en reconnaissant que « *les terres [sont] occupées en partie par un groupe d'Iroquois n'ayant aucun lien avec les Mohawks* », admet cependant que « *la preuve présentée au procès démontre que la pêche pratiquée à des fins alimentaires dans le fleuve Saint-Laurent et plus particulièrement dans le lac Saint-François a constitué un élément important de la vie des Mohawks*¹⁶⁷⁹ ». Dès lors, si l'occupation précoloniale n'était pas exclusive à un groupe autochtone, plusieurs groupes seront susceptibles de jouir de droits de prélèvements sur un même espace sans y détenir un titre foncier¹⁶⁸⁰.

591 . La protection des droits autochtones implique également un droit prioritaire d'usage des ressources, priorité sans laquelle les droits-activités se voient dépourvus d'une grande part de leurs avantages, accordés en raison de la possession et de l'occupation antérieure du territoire par les peuples autochtones¹⁶⁸¹. Dans l'arrêt Sparrow, la Cour suprême indique de manière claire la nécessité d'accorder la priorité absolue à un droit ancestral de pêche pour se nourrir :

*« Si, au cours d'une année donnée, il s'avérait nécessaire pour les besoins de la conservation de réduire le nombre de prises de poisson et que ce nombre soit égal à celui requis par les Indiens pour leur alimentation, alors il résulterait de la nature constitutionnelle de leur droit de pêche que c'est aux Indiens que reviendrait la totalité des poissons pouvant être pris suite aux mesures de conservation. Si, d'une manière plus réaliste, il restait encore du poisson après que les besoins alimentaires des Indiens eurent été satisfaits, ce seraient alors les pêcheurs sportifs et les pêcheurs commerciaux qui feraient les frais de ces mesures de conservation*¹⁶⁸² ».

¹⁶⁷⁸ Ibidem.

¹⁶⁷⁹ Cour suprême, 3 octobre 1996, *R. c/ Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, pp. 127-128.

¹⁶⁸⁰ OTIS GHISLAIN, « Le titre aborigène : émergence d'une figure durable du foncier autochtone ? », *Les Cahiers du droit*, vol. 46, n° 4, 2005, op. cit., p. 812 ; Cf. également Cour suprême, 11 décembre 1997, *Delgamuukw c/ Colombie britannique*, [1997] 3 R.C.S., op. cit., p. 1106 ; Cour suprême, 20 juillet 2005, *R. c/ Marshall* ; *R. c/ Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220, op. cit., p. 246.

¹⁶⁸¹ Cour suprême, 21 août 1996, *Van Der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, op. cit., pp. 538-539.

¹⁶⁸² Cour suprême, 31 mai 1990, *R. c/ Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, op. cit., p. 1116.

592 . La société mélanésienne a toujours utilisé diverses ressources présentes sur son territoire pour assurer sa subsistance. Isabelle Leblic indique que les Kanaks :

« assurent en effet leur autosubsistance principalement grâce à l'horticulture très élaborée de plantes à tubercules. Sans que les activités prédatrices ne prennent le pas (sauf exception) sur la culture des ignames, taros, bananes ou cannes à sucre, le menu végétarien est complété par les produits de la cueillette, de la chasse et surtout de la pêche en rivière ou dans le lagon¹⁶⁸³ ».

Sans généraliser l'organisation coutumière kanake, il apparaît toutefois qu'au sein des unités familiales élargies, chaque clan détient des fonctions précises. Ainsi, il peut généralement être distingué les clans dits « de l'intérieur » pratiquant de façon plus exclusive l'horticulture, des clans dits « côtiers » ou pêcheurs ayant pour rôle la pêche collective, destinée à être distribuée à la population et à assurer les échanges cérémoniels¹⁶⁸⁴. Il existe donc plusieurs catégories de clans disposant de compétences et fonctions particulières. Si les clans disposent de prérogatives spécifiques, cela n'empêche pas pour autant que les clans de la terre puissent pratiquer la pêche de manière individuelle et réciproquement¹⁶⁸⁵ mais la pratique est alors limitée à la consommation familiale¹⁶⁸⁶. Cela implique que la fréquentation d'un territoire particulier, un lagon par exemple, n'a pas à être exclusive, plusieurs clans pouvant disposer de droits sur un même espace, seul l'intensité du droit variant.

593 . Si des droits sur les ressources sont reconnus en Nouvelle-Calédonie notamment sur les zones d'influences coutumières, ils pourraient l'être selon une échelle de gradation allant de droits d'usage partagés avec les tiers à des droits prépondérants ou exclusifs permettant, dans certains cas et pour une durée limitée, l'exclusion des tiers. Certaines zones, notamment les lagons, pourraient être réservées

¹⁶⁸³ LEBLIC ISABELLE, « Les clans pêcheurs en Nouvelle-Calédonie. Le cas de l'île des Pins », *Cahiers des sciences humaines*, n° 25, 1989, p. 110.

¹⁶⁸⁴ *Ibid.*, pp. 110-112.

¹⁶⁸⁵ Il en sera de même pour les clans pêcheurs au regard de l'agriculture.

¹⁶⁸⁶ LEBLIC ISABELLE, « Les clans pêcheurs en Nouvelle-Calédonie. Le cas de l'île des Pins », *op. cit.*, p. 110.

exclusivement à l'usage de certains clans s'il s'avérait que les ressources concernées sont rares.

De la même manière, l'étendue des droits ainsi reconnus pourrait varier en fonction de l'importance que revêtait la pratique pour les clans demandeurs. Un clan de l'intérieur pourrait se voir octroyer un simple droit de prélèvement à des fins alimentaires sur les ressources halieutiques. Un clan pêcheur, en revanche, bénéficierait de la reconnaissance d'un droit de subsistance élargi permettant la mise en place d'activités commerciales s'il prouve que ses activités traditionnelles comprenaient trocs et échanges avec d'autres clans. Ainsi, la portée des droits reconnus aujourd'hui serait directement tributaire de la portée des activités exercées par les clans kanaks antérieurement à l'arrivée des colons, étant entendu que les modalités d'exercice de ces activités pourront évoluer notamment quant aux moyens technologiques.

La reconnaissance pourrait donc se faire au cas par cas. Une autre solution pourrait s'inspirer des ZDUC guyanaïses. Les zones d'influences coutumières revendiquées par les Kanaks comme « *l'espace rattaché à une chefferie et à ses clans*¹⁶⁸⁷ » pourraient être reconnues et délimitées clairement sur le plan cartographique. La répartition des différents droits sur ces zones pourraient alors être laissée à l'appréciation des autorités coutumières.

594 . Prenant en compte les critiques faites aux critères de preuve canadiens, il pourrait être demandé aux clans kanaks de prouver que l'activité en cause faisait partie de leur culture et pratique traditionnelles sans nécessairement exiger qu'elle revête un aspect fondamental mais en démontrant, par exemple, qu'elle contribuait à plus ou moins grande échelle à assurer la subsistance des clans.

595 . Le problème de la temporalité se pose également. Si des droits sont éventuellement reconnus, leur fondement provient des activités et pratiques traditionnelles. La jurisprudence canadienne fait œuvre de souplesse dans la preuve du respect du critère de continuité. Si de manière générale, doit être apportée la

¹⁶⁸⁷ ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK, *Charte du Peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak*, adoptée par les chefferies coutumières de Nouvelle-Calédonie le 26 avril 2014, *op. cit.*, art. 87.

preuve de l'existence des activités traditionnelles avant l'arrivée des Européens¹⁶⁸⁸ sur le territoire et leur persistance jusqu'à nos jours, la Cour suprême a cependant précisé que :

« le concept de continuité n'exige pas que les groupes autochtones fassent la preuve d'une continuité parfaite entre leurs coutumes, pratiques et traditions actuelles et celles qui existaient avant le contact avec les Européens. Il est possible que, pour une raison ou pour une autre, un groupe autochtone ait, pendant une certaine période, cessé de respecter une coutume, pratique ou tradition qui existait avant le contact avec les Européens, mais qu'il l'ait reprise ultérieurement. Une telle interruption n'empêche pas l'établissement d'un droit ancestral¹⁶⁸⁹ ».

596 . Il est vrai qu'appliquer *stricto sensu* ce critère de preuve en Nouvelle-Calédonie reviendrait à déposséder la plupart des clans kanaks de leurs droits ancestraux. En effet, la colonisation et les pratiques de spoliation et de déplacements forcés des populations autochtones ne permettront pas à de nombreux clans kanaks d'attester d'une pratique précoloniale ayant perduré sur la même zone géographique jusqu'à aujourd'hui.

Deux solutions pourraient alors être envisagées. La première consisterait à assouplir les critères en demandant la preuve d'une activité précoloniale¹⁶⁹⁰ et sa perpétuation jusqu'à nos jours sans que, nécessairement, cette activité ait été assurée sur le même territoire. Ainsi, forcés de se déplacer, les clans accueillis auraient toutefois repris

¹⁶⁸⁸ Cette exigence même peut être nuancée, la Cour suprême ayant indiqué que cette condition ne s'appliquait pas aux Métis. Cf. en ce sens : Cour suprême, 19 septembre 2003, R. c. Powley, [2003] 2 R.C.S. 207, p. 219 : « Nous retenons le critère établi dans l'arrêt Van der Peet comme base de départ de cette analyse, mais, s'agissant d'une revendication métisse, nous écartons l'accent mis sur l'antériorité au contact avec les Européens, de manière à pouvoir tenir compte des différences importantes qui existent entre les revendications des Indiens et celles des Métis. L'article 35 commande que nous reconnaissons et protégeons les coutumes et traditions qui, historiquement, constituaient des caractéristiques importantes des communautés métisses avant le moment de la mainmise effective des Européens sur le territoire, et qui le sont toujours aujourd'hui. Cette modification s'impose pour tenir compte du fait que les communautés métisses ont vu le jour après le contact avec les Européens et que leurs droits ancestraux ont un fondement postérieur à ce contact ».

¹⁶⁸⁹ Cour suprême, 21 août 1996, Van Der Peet, *op. cit.*, p. 557.

¹⁶⁹⁰ Activités qui auraient donc existées avant 1853.

leurs activités, manifestant ainsi le même type d'attachement au nouveau territoire que celui qu'ils avaient avec l'ancien¹⁶⁹¹.

Sébastien Grammond préconise une autre solution qui serait « *d'exiger simplement la démonstration que l'activité qui fait l'objet de la revendication ait été exercée durant une période significative dans le passé, peu importe le moment exact*¹⁶⁹² ». Certains juges de la Cour suprême canadienne, dont la juge l'Heureux-Dubé, pensent à cet égard que reculer de vingt à cinquante ans dans le passé¹⁶⁹³ suffirait à prouver un droit ancestral.

597 . Le contenu et la détermination des droits ancestraux ne sont cependant pas les seules données à préciser. L'exemple des ZDUC guyanaises montre que les droits des populations dans les ZDUC, bien qu'exclusifs¹⁶⁹⁴, se trouvent subordonnés à de nombreux autres impératifs. Relevant du domaine public, ces zones sont soumises au droit minier, au droit de l'environnement ou encore aux politiques d'aménagement du territoire¹⁶⁹⁵. L'article L. 621-1 du code minier met en place un schéma départemental d'orientation minière (SDOM) pour tenter de prendre en considération les caractéristiques particulières du milieu, dont le mode de vie des populations autochtones¹⁶⁹⁶. Cependant, si le SDOM interdit les activités minières dans certaines zones de droit d'usage, il ne crée toutefois pas une interdiction de principe à toute activité minière dans l'ensemble des ZDUC du territoire guyanais. Enfin, si la durée des ZDUC est en principe illimitée, ces droits peuvent faire l'objet d'un retrait

¹⁶⁹¹ GRAMMOND SEBASTIEN, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, op. cit., pp. 208-209.

¹⁶⁹² *Ibid.*, p. 209.

¹⁶⁹³ Cour suprême, 21 août 1996, *Van Der Peet*, op. cit., pp. 596-602.

¹⁶⁹⁴ MOHAMED SOILIHI THANI, DARNAUD MATHIEU et LAUFOAULU ROBERT, *Rapport d'information fait au nom de la délégation sénatoriale à l'outre-mer sur la sécurisation des droits fonciers dans les outre-mer*, Sénat, session ordinaire de 2015-2016, n° 721, 23 juin 2016, op. cit., p. 104.

¹⁶⁹⁵ DECRET N° 87-287 DU 14 AVRIL 1987 *modifiant le code du domaine de l'Etat et relatif aux concessions domaniales et autres actes passés par l'Etat en Guyane en vue de l'exploitation ou de la cession de ses immeubles domaniaux*, J.O.R.F., 16 avril 1997, p. 04316, op. cit., art. R. 170-57.

¹⁶⁹⁶ CODE MINIER, art. L 621-1 : « Dans le département de Guyane, le schéma départemental d'orientation minière de la Guyane définit les conditions générales applicables à la prospection minière, ainsi que les modalités de l'implantation et de l'exploitation des sites miniers terrestres. À ce titre, il définit, notamment par un zonage, la compatibilité des différents espaces du territoire de la Guyane avec les activités minières en prenant en compte la nécessité de protéger les milieux naturels sensibles, les paysages, les sites et les populations et de gérer de manière équilibrée l'espace et les ressources naturelles ».

d'autorisation par arrêté préfectoral¹⁶⁹⁷, cette procédure ne prévoyant aucune garantie minimale au profit des communautés.

§ 2 | LES MÉCANISMES DE PROTECTION DES DROITS AUTOCHTONES

598 . La coexistence de différents intérêts sur l'archipel néocalédonien risque d'entraîner des limitations à l'exercice de certains droits sur les ressources naturelles. Ces restrictions peuvent s'avérer nécessaires sur des plans divers, pouvant aller de la protection de l'environnement à la volonté de développer l'économie locale. Si ces dernières ne peuvent raisonnablement être empêchées, elles peuvent cependant faire l'objet de certains contrôles afin de protéger les intérêts des peuples autochtones et d'éviter la précarisation de leurs droits (A). En outre, le meilleur moyen de concilier les divers intérêts en présence est de prendre en compte le point de vue de peuples autochtones lorsque des projets entendent modifier leurs droits. La négociation paraît à ce jour une solution idoine pour apaiser les conflits, en tenant compte de l'avis de toutes les parties concernées (B).

A | *Un contrôle de proportionnalité efficient*

599 . Le mécanisme des ZDUC en Guyane ne prévoit aucune protection particulière pour garantir la pérennité des droits conférés. Tel était le cas au Canada avant la loi constitutionnelle de 1982 et son article 35(1) qui a constitutionnalisé les droits ancestraux¹⁶⁹⁸. En 1990, la Cour suprême s'appuyant sur cet article, impose à

¹⁶⁹⁷ MOHAMED SOILIHI THANI, DARNAUD MATHIEU et LAUFOAULU ROBERT, *Rapport d'information fait au nom de la délégation sénatoriale à l'outre-mer sur la sécurisation des droits fonciers dans les outre-mer*, op. cit., p. 104.

¹⁶⁹⁸ GRAMMOND SEBASTIEN, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, op. cit., pp. 221-222.

l'État de justifier toute atteinte à un droit ancestral¹⁶⁹⁹. Elle indique dans l'arrêt Sparrow qu'il y a atteinte « à première vue » si une réponse positive est apportée à certaines questions :

« Pour déterminer si les droits de pêche ont subi une atteinte constituant une violation à première vue du par. 35(1), on doit poser certaines questions. Premièrement, la restriction est-elle déraisonnable ? Deuxièmement, le règlement est-il indûment rigoureux ? Troisièmement, le règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer ?¹⁷⁰⁰ ».

Si ces conditions paraissent exhaustives, l'arrêt Gladstone précise en 1996 qu'une réponse négative à ces trois questions n'entraîne pas nécessairement l'absence d'atteinte. L'atteinte est ainsi avérée si la réglementation en cause affaiblit dans une autre mesure un aspect important du droit¹⁷⁰¹, dépassant en cela le simple inconvénient¹⁷⁰² qui ne saurait être considéré comme attentatoire à un droit ancestral¹⁷⁰³. L'atteinte à première vue reste néanmoins aisément démontrable, la Cour conservant une vision élargie de la « restriction significative » à un droit ancestral. Ainsi, dans les arrêts Gladstone et Badger, il est établi que la limitation du nombre de prises de pêche¹⁷⁰⁴ ou la délivrance d'un permis de chasse payant¹⁷⁰⁵ suffissent à démontrer l'atteinte à première vue.

¹⁶⁹⁹ La preuve de l'atteinte doit être apportée par le peuple autochtone.

¹⁷⁰⁰ Cour suprême, 31 mai 1990, *R. c/ Sparrow*, op. cit., p. 1112 ; Réitéré dans : Cour suprême, 26 juin 2014, *Nation Tsilhqot'in c/ Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256, op. cit., p. 308.

¹⁷⁰¹ Cour suprême, 21 août 1996, *R. c/ Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, op. cit., p. 757 : « les appelants ont simplement à établir l'existence d'une atteinte à première vue à leurs droits pour démontrer la violation de ces droits, ce qui tend à indiquer que toute diminution appréciable des droits des appelants constitue une violation pour l'application de cette analyse. [...] Les questions posées par notre Cour dans Sparrow ne définissent pas le concept de l'atteinte à première vue, mais mettent uniquement en exergue certains facteurs qui indiquent qu'une telle atteinte a été commise. Le simple fait qu'on réponde par la négative à l'une de ces questions n'empêche pas le tribunal de conclure à l'existence d'une atteinte à première vue ».

¹⁷⁰² Cour suprême, 25 avril 1996, *R. c/ Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, p. 1057 : « l'appelant prétend que, une fois que l'existence de ses droits a été établie, tout ce qui en entrave ou en gêne l'exercice, ne serait-ce que de façon négligeable, constitue à première vue une atteinte. [...] Cette thèse ne peut être fondée. Il a fréquemment été déclaré que les droits n'existent pas dans l'abstrait et que les droits d'un individu ou d'un groupe sont nécessairement limités par les droits d'autrui ».

¹⁷⁰³ Ainsi, l'obligation d'avoir un permis de chasse n'a pas été considérée comme une atteinte à première vue dans la mesure où le permis était délivré gratuitement et facilement procurable. *Ibid.*, pp. 1059-1061.

¹⁷⁰⁴ Cour suprême, 21 août 1996, *R. c/ Gladstone*, op. cit., p. 761.

¹⁷⁰⁵ Cour suprême, 3 avril 1996, *R. c/ Badger*, [1996] 1 R.C.S. 77, p. 820.

600 . Le fait que l'atteinte soit avérée, n'empêche pas pour autant la restriction d'être valable, les droits des autochtones n'étant pas absolus¹⁷⁰⁶. C'est au tribunal d'apprécier la légitimité de la législation en cause en exigeant de l'État qu'il démontre la justification d'une telle atteinte. La Cour suprême a résumé récemment les critères généraux de justification que l'État devra satisfaire :

« Pour justifier qu'il puisse passer outre aux volontés du groupe qui détient le titre ancestral aux motifs que l'atteinte sert l'intérêt général du public, le gouvernement doit établir : (1) qu'il s'est acquitté de son obligation procédurale de consultation et d'accommodement, (2) que ses actes poursuivaient un objectif impérieux et réel, et (3) que la mesure gouvernementale est compatible avec l'obligation fiduciaire qu'à la Couronne envers le groupe : Sparrow.¹⁷⁰⁷ »

Ce type d'obligation découle du contrôle de constitutionnalité qui « vise à vérifier s'il y a proportionnalité entre la violation des droits constitutionnels et l'objectif allégué par l'État pour justifier la violation¹⁷⁰⁸ ».

601 . En premier lieu, l'État doit démontrer que son objectif législatif est régulier. Il n'existe pas de définition précise de cet « objectif législatif régulier » cela rendant la démonstration relativement aisée. La Cour exige cependant un objectif clair et précis, une mesure visant simplement l'intérêt public ne suffisant pas à satisfaire à ce premier volet de la justification¹⁷⁰⁹. En revanche, l'arrêt Sparrow estime que la conservation des ressources fauniques ou halieutiques est un exemple d'objectif régulier, de même que sont « également réguliers des objectifs visant apparemment à empêcher l'exercice de droits visés au par. 35(1) lorsque cet exercice [nuit] à l'ensemble de la population ou aux peuples autochtones eux-mêmes, ou

¹⁷⁰⁶ Cour suprême, 31 mai 1990, R. c/ Sparrow, op. cit., p. 1109 : « Les droits qui sont reconnus et confirmés ne sont pas absolus ».

¹⁷⁰⁷ Cour suprême, 26 juin 2014, Nation Tsilhqot'in c/ Colombie-Britannique, op. cit., p. 295 et p. 309.

¹⁷⁰⁸ GRAMMOND SEBASTIEN, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, op. cit., p. 225.

¹⁷⁰⁹ Cour suprême, 31 mai 1990, R. c/ Sparrow, op. cit., p. 1113 : « Nous considérons que la justification fondée sur "l'intérêt public" est si vague qu'elle ne fournit aucune ligne directrice utile et si générale qu'elle est inutilisable comme critère applicable pour déterminer si une restriction imposée à des droits constitutionnels est justifiée ».

*d'autres objectifs jugés impérieux et réels*¹⁷¹⁰ ». L'arrêt Gladstone, par la voix du juge en chef Lamer, vient préciser la signification du terme « objectif impérieux et réel » qui englobe « *les objectifs visant soit la reconnaissance de l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par les peuples autochtones soit [...] la conciliation de cette occupation avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur ce territoire*¹⁷¹¹ ». Selon Pierre-Christian Labeau, cette définition allonge indéniablement la liste des objectifs législatifs réguliers acceptables¹⁷¹². Ainsi conceptualisé, le développement de la pêche sportive, pour peu qu'elle constitue une activité économique importante dans une région, sera considéré comme un objectif régulier¹⁷¹³. La Cour suprême a en effet admis une très vaste gamme d'objectifs susceptibles de justifier une atteinte au titre ancestral, dont « *l'extension de l'agriculture, de la foresterie, de l'exploitation minière et de l'énergie hydroélectrique, le développement économique général [...], la protection de l'environnement et des espèces menacés d'extinction, ainsi que la construction des infrastructures et l'implantation des populations requises par ces fins*¹⁷¹⁴ ».

602 . Une fois le premier volet de la justification rempli, l'État doit prouver que la mesure limitant les droits ancestraux respecte l'honneur de la Couronne et est compatible avec les rapports de fiduciaire que cette dernière entretient avec les peuples autochtones¹⁷¹⁵. Cette seconde étape permet aux tribunaux de vérifier l'opportunité et la proportionnalité des méthodes employées pour remplir l'objectif poursuivi¹⁷¹⁶. Ainsi, dans l'affaire Nation Tsilhqot'in, la Cour suprême explique ce qui suit aux paragraphes 86 et 87 :

¹⁷¹⁰ *Ibid.*, p. 1113.

¹⁷¹¹ Cour suprême, 21 août 1996, *R. c/ Gladstone*, *op. cit.*, p. 774.

¹⁷¹² LABEAU PIERRE - CHRISTIAN, « Les droits ancestraux et les droits issus de traités des peuples autochtones : comment s'y retrouver ? », dans *Droits ancestraux et des peuples autochtones*, XV^{ème} conférence des juristes de l'État, p. 337.

¹⁷¹³ Tel ne fut pas le cas dans les arrêts Adams et Côté car la preuve de l'importance de la dimension économique de la pêche sportive ne fut pas apportée. Cf. en ce sens : Cour suprême, 3 octobre 1996, *R. c/ Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, *op. cit.*, pp. 133-134 ; Cour suprême, 3 mars 1996, *R. c/ Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, p. 189.

¹⁷¹⁴ Cour suprême, 11 décembre 1997, *Delgamuukw c/ Colombie britannique*, [1997] 3 R.C.S., *op. cit.*, p. 1111 ; Réitéré par : Cour suprême, 26 juin 2014, *Nation Tsilhqot'in c/ Colombie-Britannique*, *op. cit.*, p. 297.

¹⁷¹⁵ Cour suprême, 31 mai 1990, *R. c/ Sparrow*, *op. cit.*, p. 1079.

¹⁷¹⁶ LABEAU PIERRE - CHRISTIAN, « Les droits ancestraux et les droits issus de traités des peuples autochtones : comment s'y retrouver ? », *op. cit.*, p. 337.

« Premièrement, l'obligation fiduciaire de la Couronne signifie que le gouvernement doit agir d'une manière qui respecte le fait que le titre ancestral est un droit collectif inhérent aux générations actuelles et futures. L'intérêt bénéficiaire sur les terres que détient le groupe autochtone est dévolu à l'ensemble des membres du groupe titulaire du titre. Les atteintes au titre ancestral ne peuvent donc pas être justifiées si elles priveront de façon substantielle les générations futures des avantages que procurent les terres. Deuxièmement, l'obligation fiduciaire de la Couronne insufflé une obligation de proportionnalité dans le processus de justification. Il ressort implicitement de l'obligation fiduciaire qu'à la Couronne envers le groupe autochtone que l'atteinte doit être nécessaire pour atteindre l'objectif gouvernemental (lien rationnel), que le gouvernement ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif (atteinte minimale) et que les effets préjudiciables sur l'intérêt autochtone ne l'emportent pas sur les avantages qui devraient découler de cet objectif (proportionnalité de l'indigence) [...] ».

L'étendue de ce contrôle peut être plus ou moins stricte selon les circonstances et la portée des droits ancestraux. Ainsi, si le droit ancestral en cause est un droit commercial sans limite intrinsèque¹⁷¹⁷, le degré d'examen sera beaucoup plus souple que s'il s'agit d'un droit de prélèvement à des fins alimentaires¹⁷¹⁸. Cette variation est résumée dans l'arrêt *Delgamuukw* qui établit que :

*« Le degré d'examen est fonction de la nature du droit ancestral en cause. La distinction entre les arrêts *Sparrow* et *Gladstone*, par exemple, dépendait de la question de savoir si le droit en cause correspondait à l'utilisation exclusive d'une ressource, question qui dépendait à son tour de la réponse à la question de savoir si le droit était assorti d'une limite intrinsèque¹⁷¹⁹ ».*

¹⁷¹⁷ Cour suprême, 21 août 1996, *R. c/ Gladstone*, op. cit., pp. 767-768.

¹⁷¹⁸ Cour suprême, 31 mai 1990, *R. c/ Sparrow*, op. cit., p. 1116.

¹⁷¹⁹ Cour suprême, 11 décembre 1997, *Delgamuukw c/ Colombie britannique*, op. cit., p. 1109.

603 . En Nouvelle-Calédonie, les droits ancestraux sur les ressources ne sont ni reconnus ni protégés constitutionnellement. En revanche, les articles 2¹⁷²⁰ et 17¹⁷²¹ de la *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* protègent le droit à la propriété. Il en est de même pour la *Convention européenne des droits de l'Homme*, à laquelle la France est partie, qui dispose dans l'article 1^{er} sur la protection de la propriété du Protocole n° 1 que « *toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international* ». Cet article associé à l'article 14 de la CEDH protège la propriété tout en « *proscrivant la discrimination raciale et ethnique dans la reconnaissance et l'aménagement de ce droit*¹⁷²² ». La combinaison de ces deux articles, associée à « *l'imprécision des termes conventionnels et l'absence d'homogénéité des droits nationaux*¹⁷²³ », a contribué à donner, à l'échelle européenne, une interprétation large de la notion de « biens ». Ainsi, la Commission européenne des droits de l'Homme a estimé dans l'affaire *Könkämä et 38 autres villages Sames c/ Suède*, que « *les droits exclusifs en matière de chasse et de pêche que revendiquent les villages sames requérants en l'espèce peuvent être considérés comme des biens au sens de l'article 1 du Protocole n°1*¹⁷²⁴ ».

604 . Si cette interprétation était retenue en France, les droits sur les ressources pourraient être protégés au regard du droit de propriété. Dans le cas où un projet de développement est imminent et risque de causer un préjudice irréparable aux droits des peuples autochtones, ces derniers pourraient recourir au référé-liberté¹⁷²⁵. L'article L 521-1 du code de justice administrative prévoit que lorsqu'existe une situation d'urgence et qu'une personne publique porte une atteinte grave et

¹⁷²⁰ *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, 1789, op. cit., art. 2 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ».

¹⁷²¹ *Ibid.*, art. 17 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

¹⁷²² OTIS GHISLAIN et LAURENT AURELIE, « Le défi des revendications foncières autochtones : la Cour européenne des droits de l'Homme sur la voie de la décolonisation de la propriété ? », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, n° 89, 2011, op. cit., p. 52.

¹⁷²³ SUDRE FREDERIC, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 10^{ème} éd., Paris, 2011, p. 232.

¹⁷²⁴ COMMISSION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME, 25 novembre 1996, Req. n° 27033/95, *Könkämä et 38 autres villages sames c/ Suède*, p. 85.

¹⁷²⁵ Une procédure similaire existe en droit canadien sous la forme de l'injonction interlocutoire.

manifestement illégale à une liberté fondamentale, le juge peut prendre « *toutes mesures nécessaires à la sauvegarde* » de la liberté fondamentale. Ces mesures pourraient se traduire par une injonction de faire cesser le projet tant que la consultation où le consentement des peuples autochtones n'a pas été donné.

Si l'urgence n'était pas avérée, l'atteinte à ces derniers pourrait néanmoins faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité devant le juge administratif. Une mise en balance serait ainsi effectuée entre les droits et libertés des citoyens et l'intervention de l'État au nom de l'intérêt général. Ainsi que l'explique Jean-Marc Sauvé :

« une mesure restrictive des droits et libertés doit donc être à la fois appropriée ou adaptée, nécessaire et proportionnée : appropriée en ce qu'elle doit permettre de réaliser l'objectif légitime poursuivi ; nécessaire, dès lors qu'elle ne doit pas excéder ce qu'exige la réalisation de cet objectif ; et proportionnée, en ce qu'elle ne doit pas, par les charges qu'elle crée, être hors de proportion avec le résultat recherché¹⁷²⁶ ».

605 . La condition de « nécessité » est sujette à variation dans la jurisprudence canadienne. Les rapports de fiduciaire restent conditionnés au contexte juridique et factuel de chaque litige¹⁷²⁷. Si l'atteinte est estimée justifiée en raison notamment d'un impératif de conservation et qu'elle porte sur un droit alimentaire, l'honneur de la Couronne impose une priorité des droits autochtones sur les droits des non-autochtones¹⁷²⁸. Cette priorité peut parfois valoir exclusivité lorsque les ressources en cause permettent uniquement d'assurer les besoins alimentaires des autochtones. En revanche, la priorité ne s'applique pas avec autant de force si un droit commercial est en cause. Dans l'arrêt Gladstone, le juge en chef Lamer explique que le droit commercial de pêche ne disposant pas de limite intrinsèque, il est impossible d'affirmer que le droit autochtone a été pleinement respecté. Conférer à ce

¹⁷²⁶ SAUVÉ JEAN-MARC, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », Institut Portalis, Aix-en-Provence, 2017, p. 2.

¹⁷²⁷ Cour suprême, 21 août 1996, *R. c/ Gladstone*, *op. cit.*, p. 763 ; Cour suprême, 11 décembre 1997, *Delgamuukw c/ Colombie britannique*, *op. cit.*, p. 1108.

¹⁷²⁸ Cour suprême, 31 mai 1990, *R. c/ Sparrow*, *op. cit.*, p. 1115.

dernier une priorité absolue revient alors à lui attribuer un caractère exclusif¹⁷²⁹ empêchant toute pêche par les non-autochtones. Dans ce cas, le contenu du droit de priorité « *doit rester assez vague [...Il] ne peut pas être évalué selon une norme précise, mais doit plutôt être apprécié en fonction de chaque cas, pour déterminer si l'État a agi d'une manière indiquant qu'il a véritablement tenu compte de l'existence de droits ancestraux*¹⁷³⁰ ». Délibérément imprécise, cette jurisprudence vise à assurer la conciliation entre les intérêts et droits des autochtones et des non-autochtones. Néanmoins, une solution plus consensuelle aurait pu être privilégiée. Ainsi que l'indique la juge McLachlin :

« Ce n'est qu'en reconnaissant pleinement les droits ancestraux des autochtones que leur point de vue juridique pourra être respecté [...] Mais le processus ne s'arrête pas là. Il doit se poursuivre par la prise en considération du point de vue non autochtone, c'est-à-dire l'examen de la question de savoir comment le droit ancestral en cause peut juridiquement s'inscrire dans le cadre du droit non autochtone. Traditionnellement, cela s'est fait par voie de traité, conclu au terme de négociations entre le peuple autochtone concerné et l'État et visant à trouver une solution équitable à leurs intérêts divergents, compte tenu du fait historique qu'ils sont irrémédiablement tenus de cohabiter. [...] Ce processus – c'est-à-dire la définition des droits garantis par le par. 35(1), suivie de règlements négociés – est, à mon sens, le moyen envisagé dans Sparrow pour concilier les points de vue juridiques des autochtones et des non-autochtones¹⁷³¹ ».

606 . Une véritable reconnaissance des droits ancestraux pourrait alors passer par la considération du point de vue autochtone allant de la simple consultation à de véritables négociations permettant aux peuples autochtones de participer à la gestion

¹⁷²⁹ Cour suprême, 21 août 1996, *R. c/ Gladstone*, op. cit., p. 765 : « Dans le cas où le droit ancestral est dépourvu de limite intrinsèque, l'application de la notion de priorité formulée dans Sparrow signifierait que si un droit ancestral est reconnu et confirmé ce droit deviendrait exclusif. Parce que le droit de vendre de la roque de hareng sur varech sur le marché commercial ne peut jamais être considéré comme ayant été respecté complètement tant que la ressource est encore disponible et que le marché n'est pas saturé ».

¹⁷³⁰ Ibid., p. 767.

¹⁷³¹ Cour suprême, 21 août 1996, *Van Der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, op. cit., p. 666.

des ressources et d'intervenir dans les décisions de conservation et de répartition des ressources naturelles.

B | Consultation et participation des peuples autochtones

607 . Le principe de la participation préalable, libre et éclairée des peuples autochtones est aujourd'hui reconnu en droit international et fait l'objet d'une application concrète en droit canadien. Le contenu et l'étendu de ce droit reste toutefois sujet à controverses, oscillant entre simple consultation et consentement obligatoire (1). L'idée sous-jacente d'une prise en compte des intérêts autochtones dans le processus décisionnel a engendré corrélativement la mise en place de procédures et d'instances permettant la participation des peuples autochtones dans la gestion et la protection des ressources naturelles. L'organisation de ces mécanismes de cogestion n'est pas unifiée, entraînant des pouvoirs plus ou moins prégnants pour les peuples autochtones (2).

1 | ENTRE CONSULTATION ET CONSENTEMENT OBLIGATOIRE

608 . Au Canada, la consultation des peuples autochtones relativement à leurs intérêts vise :

« la réalisation de l'objectif de conciliation des intérêts des Autochtones et de ceux de la Couronne [...]. La consultation [TRADUCTION] « s'attache au maintien de relations constantes » et à l'établissement d'un processus permanent de conciliation en ce qu'elle privilégie les mesures « qui favorisent la continuité des négociations » : D.G. Newman, The Duty to Consult : New Relationships with Aboriginal Peoples (2009), p. 21¹⁷³² »

¹⁷³² Cour suprême, 28 octobre 2010, *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, [2010] 2 R.C.S. 650, pp. 670-671.

L'étendue de cette obligation dépend en premier lieu de l'existence potentielle ou avérée du droit ancestral en cause. Ainsi, dans les cas où un projet risque de porter préjudice à l'exercice d'un droit revendiqué de manière crédible sans que son existence soit pour autant définitivement établie, l'honneur de la Couronne¹⁷³³ impose que le groupe autochtone soit consulté au sujet du projet et que, au besoin, des mesures d'atténuation de ses effets préjudiciables soit adoptées¹⁷³⁴. En revanche, dans le cas d'une atteinte à un droit affirmé voire à un titre ancestral, l'obligation de fiduciaire de la Couronne, nécessitant qu'elle agisse dans le meilleur intérêt des autochtones, exige la plupart du temps « *beaucoup plus qu'une simple consultation*¹⁷³⁵ » et les peuples autochtones peuvent être indemnisés pour le préjudice subi¹⁷³⁶.

L'arrêt Delgamuukw montre également que l'étendue de l'obligation de consultation sera fonction de la nature du droit et de la gravité de l'atteinte :

« La nature et l'obligation de consultation dépendront des circonstances. Occasionnellement, lorsque le manquement est moins grave ou relativement mineur, il ne s'agira de rien de plus que la simple obligation de discuter des décisions importantes qui seront prises [...]. Dans la plupart des cas, l'obligation exigera beaucoup plus qu'une simple consultation. Certaines situation pourraient même exiger l'obtention du consentement d'une nation autochtone, particulièrement lorsque des provinces prennent des règlements de chasse et de pêche visant des territoires autochtones¹⁷³⁷ ».

¹⁷³³ Cour suprême, 18 novembre 2004, *Nation Haïda c/ Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, p. 513 : « Bien que les droits et titres ancestraux revendiqués, mais non encore définis ou prouvés, ne soient pas suffisamment précis pour que l'honneur de la Couronne oblige celle-ci à agir comme fiduciaire, cette dernière, si elle entend agir honorablement, ne peut traiter cavalièrement les intérêts autochtones qui font l'objet de revendications sérieuses dans le cadre du processus de négociation et d'établissement d'un traité ».

¹⁷³⁴ *Ibid.*, p. 528 : « [...] l'obligation de consulter et d'accommoder fait partie intégrante du processus de négociation honorable et de conciliation qui débute au moment de l'affirmation de la souveraineté et se poursuit au-delà du règlement formel des revendications ».

¹⁷³⁵ Cour suprême, 11 décembre 1997, *Delgamuukw c/ Colombie britannique*, op. cit., p. 1021.

¹⁷³⁶ *Ibid.*, p. 1109 : « Il y a, dans l'analyse de la justification, d'autres questions à aborder, selon les circonstances de l'enquête. Il s'agit notamment des questions de savoir si, en tentant d'obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits, si une juste indemnisation est prévue en cas d'expropriation et si le groupe d'autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en oeuvre ».

¹⁷³⁷ *Ibid.*, p. 1113.

Si la dernière affirmation du juge en chef Lamer laisse présager un droit de veto, la pratique postérieure montre une certaine réticence à admettre une telle possibilité¹⁷³⁸. La Cour suprême, dans l'arrêt *Nation Haïda*, est venue tempérer cette éventualité en précisant que :

« Ce processus ne donne pas aux groupes autochtones un droit de veto sur les mesures susceptibles d'être prises à l'égard des terres en cause en attendant que la revendication soit établie de façon définitive. Le "consentement" dont il est question dans Delgamuukw n'est nécessaire que lorsque les droits invoqués ont été établis, et même là pas dans tous les cas. Ce qu'il faut au contraire, c'est plutôt un processus de mise en balance des intérêts, de concessions mutuelles¹⁷³⁹ ».

Plus récemment, dans l'arrêt *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, la Cour suprême, tout en accordant une grande importance au consentement préalable autochtone, confirme que l'État pourra, s'il respecte les critères de justification établis, être fondé de passer outre le refus autochtone de consentir à un projet :

« Le droit de contrôler la terre que confère le titre ancestral signifie que les gouvernements et les autres personnes qui veulent utiliser les terres doivent obtenir le consentement des titulaires du titre ancestral. Si le groupe autochtone ne consent pas à l'utilisation, le seul recours du gouvernement consiste à établir que l'utilisation proposée est justifiée en vertu de l'art. 35 de la loi constitutionnelle de 1982¹⁷⁴⁰ »

609 . Cette indication associée à une instrumentalité économique qui « participe d'une rationalité juridique favorisant la pérennité du secteur primaire au

¹⁷³⁸ GRAMMOND SEBASTIEN, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruylant / Editions Yvon Blais, coll. Droit, territoires, cultures, Bruxelles, 2003, *op. cit.*, p. 231.

¹⁷³⁹ Cour suprême, 18 novembre 2004, *Nation Haïda c/ Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, *op. cit.*, p. 535.

¹⁷⁴⁰ Cour suprême, 26 juin 2014, *Nation Tsilhqot'in c/ Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256, *op. cit.*, p. 294.

*détriment de la pérennité d'une frange vulnérable de la population canadienne*¹⁷⁴¹ » indique, selon Frédéric Desmarais, que l'obligation de consultation est une obligation de moyens qui n'octroie aucun droit de veto aux peuples autochtones¹⁷⁴². Cela paraît confirmé par l'arrêt *Tsilhqot'in* qui, tout en affirmant qu'une atteinte au titre ancestral emporte une obligation d'obtenir le consentement, ajoute immédiatement une exception lorsque des motifs « *clairs et impérieux*¹⁷⁴³ » la justifient.

610 . Cette obligation de consultation et d'accommodement est ce qui s'apparente le plus au principe du consentement préalable, libre et éclairé des peuples autochtones reconnu en droit international. Ce principe a été plus précisément défini en janvier 2005 au cours d'un atelier mis en place par l'Instance permanente sur les questions autochtones qui explique que :

*« la consultation et la participation sont des éléments essentiels du consentement. La consultation doit se faire de bonne foi. Les parties devraient établir un dialogue leur permettant de parvenir à des solutions adaptées dans un climat de respect mutuel et de bonne foi, sur la base d'une participation pleine et équitable. La consultation exige du temps et un système efficace de communication entre les parties intéressées. Les populations autochtones devraient pouvoir participer par l'intermédiaire de leurs propres représentants librement choisis et de leurs institutions coutumières ou autres [...] »*¹⁷⁴⁴.

611 . Si cette définition semble en adéquation avec le droit canadien, un document de travail de la Commission des droits de l'Homme pousse plus loin les implications du consentement préalable, libre et éclairé en affirmant que parmi les

¹⁷⁴¹ DESMARAIS FREDERIC, « Le consentement préalable, libre et éclairé des peuples autochtones en droit international : La nécessaire redéfinition de son cadre conceptuel », *Revue québécoise de droit international*, n° 19, 2006, p. 207.

¹⁷⁴² *Ibid.*, p. 206.

¹⁷⁴³ Cour suprême, 26 juin 2014, *Nation Tsilhqot'in c/ Colombie-Britannique*, *op. cit.*, p. 298 : « Lorsque le gouvernement porte atteinte au titre ancestral sans le consentement du groupe titulaire du titre, il doit le faire en respectant l'obligation procédurale de la Couronne de consulter le groupe. L'atteinte doit également être justifiée par la poursuite d'un objectif public impérieux et réel et elle doit être compatible avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe autochtone ».

¹⁷⁴⁴ *Rapport sur les travaux de l'Atelier international sur le consentement préalable, libre et éclairé et les peuples autochtones*, Conseil économique et social, Instance permanente sur les questions autochtones, 4^{ème} session, New-York, 17-19 janvier 2005, E/C.19/2005/3, para. 47.

éléments fondamentaux de l'exercice de ce principe doit nécessairement apparaître « *le droit des peuples autochtones de refuser leur consentement ou de dire "non" à des activités de développement inappropriées*¹⁷⁴⁵ ». Cette conception du droit au consentement est reprise par le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale dans ses observations finales relatives à l'Équateur. Selon lui, l'exploitation des ressources du sous-sol par l'État sur les terres des communautés autochtones ne saurait se satisfaire d'une simple consultation préalable desdites communautés, les prescriptions de la Recommandation générale XXIII du Comité préconisant de chercher « *à obtenir au préalable le consentement éclairé des communautés en question*¹⁷⁴⁶ ».

612 . Une résolution adoptée en 1998 par le Conseil des ministres de l'Union européenne intitulée *Les populations autochtones dans le cadre de la coopération au développement de la Communauté et des États membres* dispose également que « *les populations autochtones ont le droit de choisir leurs propres voies vers le développement, ce qui inclut le droit de s'opposer à certains projets, notamment dans leurs territoires traditionnels*¹⁷⁴⁷ ». Cette formulation a été interprétée par l'Union européenne comme étant l'équivalent du consentement préalable, libre et éclairé¹⁷⁴⁸.

613 . En revanche, l'article 32 de la DDPA ne donne pas un droit de veto aux autochtones mais impose seulement aux États l'obligation de rechercher le consentement autochtone en les consultant et en coopérant de bonne foi avec eux. La Déclaration est à cet égard très différente de sa version antérieure qui consacrait explicitement le droit pour les peuples autochtones :

¹⁷⁴⁵ Document de travail préliminaire sur le principe de consentement préalable donné librement et en connaissance de cause des peuples autochtones concernant des aménagements affectant leurs terres et ressources naturelles, qui serait appelé à servir de cadre à la rédaction par le Groupe de travail d'un commentaire juridique relatif à ce concept, présenté par Antoanella-Iulia Motoc et la Fondation Tebtebba, Conseil économique et social, Commission des droits de l'Homme, Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'Homme, Groupe de travail sur les populations autochtones, 22^{ème} session, 19-23 juillet 2004, E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/4, para. 27.

¹⁷⁴⁶ Examen des rapports présentés par les États parties conformément à l'article 9 de la Convention. Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale. Équateur, Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, 62^{ème} session, 2 juin 2003, CERD/C/62/CO/2, para. 16.

¹⁷⁴⁷ RESOLUTION DU CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE DU 30 NOVEMBRE 1998 relative aux populations autochtones dans le cadre de la coopération au développement de la Communauté des États membres, 13461/98, op. cit.

¹⁷⁴⁸ GRIFFITHS TOM, *Pas de compte à rendre ! Les peuples autochtones, les droits de l'homme et les normes des agences de développement : un outil de référence et une étude comparative*, Forest Peoples Programme, 2003, op. cit.

« d'exiger que les États obtiennent leur consentement, exprimé librement et en toute connaissance de cause, avant l'approbation de tout projet ayant une incidence sur leurs terres, territoires et ressources, notamment en ce qui concerne la mise en valeur, l'utilisation ou l'exploitation des ressources minérales, des ressources en eau ou de toutes autres ressources¹⁷⁴⁹ ».

Si, en vertu de la DDPA, le consentement est un objectif à atteindre, il n'est plus comme dans le projet soumis à une obligation de résultat¹⁷⁵⁰. La récente déclaration de l'OEA sur les droits des peuples autochtones semble aller dans le même sens et fixe une obligation de moyen mais non de résultat. L'article XXIII indique ainsi que concernant toutes les décisions susceptibles de porter atteinte aux droits des peuples autochtones, *« les États consultent les peuples autochtones concernés et coopèrent avec eux de bonne foi [...] afin d'obtenir leur consentement libre, préalable et éclairé »*. Cet article est le reflet de l'article 19 de la DDPA qui avait été formellement interprété par le Président du Groupe de travail chargé de la rédaction de la DDPA comme n'octroyant pas un droit de veto aux peuples autochtones¹⁷⁵¹. A priori, la même hypothèse pourrait être retenue pour l'article XXIII de la Déclaration de l'OEA. Il est toutefois à noter que la Commission interaméricaine a interprété cet article comme imposant spécialement à un État membre de veiller à ce que toute mesure concernant les autochtones soit basée sur un consentement pleinement informé de la part de la communauté indigène dans son ensemble¹⁷⁵².

614 . En outre, en 2008, la Cour IDH s'appuyant sur l'article 32 de la DDPA¹⁷⁵³ estimait dans l'arrêt Saramaka contre Suriname que l'État a l'obligation de consulter

¹⁷⁴⁹ *Projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, Déc. CDH 1994/2, Doc. Off. CDHNU, 1994, Supp.1, Doc. NU E/CN.4/sub.2/1994/2/Add.1, *op. cit.*, art. 30.

¹⁷⁵⁰ COURCHESNE GUYANNE, « Interprétation excessive ou crainte fondée : pourquoi le gouvernement canadien rejette la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones », *Revue générale de droit*, vol. 40, n° 1, 2010, p. 138.

¹⁷⁵¹ CHAVEZ LUIS ENRIQUE, *Presentación del informe del Presidente-Relator del Grupo de Trabajo encargado de elaborar un Proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas*, Genève, 27 juin 2006, cité par : GOURINTIN ARMELLE, « Adoption de la Déclaration américaine des droits des peuples autochtones le 15 juin 2016 : enjeux, tensions et contenu dans un contexte mondial et régional », En ligne : <<http://www.sentinelle-droit-international.fr/?q=content/adoption-de-la-d%C3%A9claration-am%C3%A9ricaine-des-droits-des-peuples-autochtones-le-15-juin-2016>>.

¹⁷⁵² COMMISSION INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME, *Affaire des communautés autochtones Maya du district de Toledo c. Belize*, affaire n° 12. 053, rapport n° 40/04, 12 octobre 2004, OEA/SER.L/V/II.122 doc. Rev.1, para. 142.

¹⁷⁵³ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Résolution 61/295 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, A/RES/61/295, 107^{ème} séance plénière,

les peuples autochtones voire, dans certains cas, d'obtenir leur consentement¹⁷⁵⁴. Elle établit clairement qu' « *en ce qui concerne le développement à grande échelle ou les projets d'investissements qui auraient un impact majeur sur le territoire des Saramaka, l'État a le devoir non seulement de consulter les Saramakas mais aussi d'obtenir leur consentement préalable, libre et éclairé selon leurs coutumes et traditions*¹⁷⁵⁵ ». Si les modalités d'usage de la consultation et du consentement restent, selon la Cour, à approfondir, elle indique cependant que les « *projets de développement à grande échelle* » ayant un impact néfaste sur le territoire en cause nécessitent le consentement des peuples autochtones¹⁷⁵⁶. Un premier éclaircissement sur ces projets de développement à grande échelle et leurs impacts sur les autochtones peut être apporté à la lecture du rapport de Rodolfo Stavenhagen sur les questions autochtones. Selon le rapporteur, l'expression « *projet de développement d'envergure* » recouvre :

« des programmes d'investissement de capitaux publics ou privés, nationaux ou internationaux visant la mise en place ou l'amélioration des infrastructures matérielles d'une région donnée, la transformation à long terme d'activité de production impliquant une modification de l'utilisation des terres et des droits de propriété sur celles-ci, l'exploitation à grande échelle des ressources naturelles, y compris les ressources du sous-sol, et la construction de centres urbains, de sites industriels et miniers,

13 septembre 2007, *op. cit.*, art. 32 : « 1. Les peuples autochtones ont le droit de définir et d'établir des priorités et des stratégies pour la mise en valeur et l'utilisation de leurs terres ou territoires et autres ressources. 2. Les États consultent les peuples autochtones concernés et coopèrent avec eux de bonne foi par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives, en vue d'obtenir leur consentement, donné librement et en connaissance de cause, avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et autres ressources, notamment en ce qui concerne la mise en valeur, l'utilisation ou l'exploitation des ressources minérales, hydriques ou autres. 3. Les États mettent en place des mécanismes efficaces visant à assurer une réparation juste et équitable pour toute activité de cette nature, et des mesures adéquates sont prises pour en atténuer les effets néfastes sur les plans environnemental, économique, social, culturel ou spirituel ».

¹⁷⁵⁴ Cour IDH, 28 novembre 2007, *Caso de Pueblo Saramaka vs Surinam*, Série C n° 172, para. 133.

¹⁷⁵⁵ *Ibid.*, para. 134.

¹⁷⁵⁶ Il est cependant à noter que ce postulat n'a jamais été réitéré dans la jurisprudence ultérieure de la Cour IDH.

*d'infrastructures touristiques, d'installations portuaires, de bases militaires et autres entreprises analogues*¹⁷⁵⁷».

Ces activités ont des répercussions inévitables sur les conditions de vie des peuples autochtones dont les principales conséquences peuvent être, par exemple, la perte des territoires traditionnels, l'expulsion, l'épuisement des ressources nécessaires à la subsistance, la pollution de l'environnement traditionnel, la désorganisation sociale ou encore la détérioration à long terme de la santé¹⁷⁵⁸. Il semble dès lors que si de telles conditions étaient remplies, les États et notamment la France devraient obtenir le consentement exprès des peuples autochtones pour mettre en œuvre leurs projets¹⁷⁵⁹. Ainsi en Nouvelle-Calédonie, il semble qu'au regard notamment du droit de l'Union européenne et de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale à laquelle la France est partie, les projets miniers dispensés aujourd'hui de toute obligation de consentement ou même de consultation¹⁷⁶⁰, devraient recevoir l'aval des clans kanaks concernés.

615 . L'établissement de partenariats plus complexes permettant la participation autochtone par le biais de la négociation pourrait permettre d'obtenir plus aisément le consentement des autochtones car ces derniers se trouveraient dépositaires d'un certain pouvoir leur permettant de réellement s'exprimer et de faire valoir leurs attentes et revendications. Une démocratie réellement représentative et basée sur une égalité réelle devrait effectivement assurer la participation concrète des autochtones dans la gestion des ressources naturelles.

¹⁷⁵⁷ STAVENHAGEN RODOLFO, *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones*, M. Rodolfo Stavenhagen, présenté en application de la résolution 2002/65 de la Commission, , Conseil économique et social, Commission des droits de l'Homme, 59^{ème} session , 21 janvier 2003, E/CN.4/2003/90, p. 2.

¹⁷⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁵⁹ *Ibid.*, pp. 23-24 : « *Le développement durable est essentiel pour la survie et l'avenir des peuples autochtones, dont le droit au développement suppose le droit de décider eux-mêmes du rythme de leur évolution, en fonction de leur propre conception du développement, et le droit de dire non* ».

¹⁷⁶⁰ BOUQUET-ELKAÏM JEROME, « Le droit des peuples autochtones à la terre : de la reconnaissance au règlement des conflits d'usage - Études de cas autour de l'exploitation du nickel calédonien », 2009, En ligne : <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/hal-00664866/document>>, *op. cit.*, p. 7.

2 | COGESTION ET CONVENTIONS LOCALES

616 . Actuellement, la gestion des ressources, la protection de l'environnement ou encore les projets de développement en Nouvelle-Calédonie sont soumis à une participation autochtone par la seule volonté des Provinces ou dépendent dans une large mesure d'un choix des entreprises privées. Or, ainsi que l'explique Erica Irène A. Daes :

« on peut bien proclamer les droits des autochtones sur les terres, les territoires et les ressources, mais ce qui fait souvent défaut, c'est l'exercice de l'autonomie interne, c'est-à-dire de l'autorité et du pouvoir de décision en ce qui concerne le développement, l'utilisation des ressources naturelles, ainsi que la gestion et les mesures conservatoires¹⁷⁶¹ ».

La protection de l'environnement et la réparation du préjudice environnemental nécessitent aujourd'hui de tenir compte « *des mécanismes de fonctionnement des communautés par rapport aux milieux physiques¹⁷⁶²* ». La protection de l'environnement en Nouvelle-Calédonie doit être analysée à l'aune d'un autre idéal, celui de la protection de l'identité socioculturelle du peuple kanak¹⁷⁶³. En d'autres termes, si l'environnement doit être protégé, la population qui vit dans cet environnement doit l'être aussi. L'exemple des extractions minières en Nouvelle-Calédonie est révélateur de cette problématique puisque le Sénat coutumier indique que :

« depuis 1880, le pays est saigné et pollué, les montagnes éventrées, les forêts englouties, les rivières et lagons comblés de stériles et de boues. La faune, la flore, la biodiversité, les écosystèmes marins, aquatiques et terrestres ont été détruits. Des villages et tribus ont été déplacés. [...] Aucun dédommagement des clans et chefferies [...] n'existe] pour les impacts

¹⁷⁶¹ DAES ÉRICA-IRENE, *Les peuples autochtones et leur relation à la terre*, Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, 2001, E/CN.4/Sub.2/2001/21, *op. cit.*, para. 82.

¹⁷⁶² LAFARGUE REGIS, « Le préjudice civilisationnel pour atteinte à l'environnement. Droit au cadre naturel et réalités socioculturelles : interdépendances et interdisciplinarité », *Droit et société*, n° 74, 2010, *op. cit.*, p. 154.

miniers sur les conditions de vie des populations et le déplacement de certaines tribus suite à la pollution et à la montée des eaux des rivières¹⁷⁶⁴ ».

Or, dans une société telle que la société kanake, la terre et ses ressources ont une importance non négligeable¹⁷⁶⁵. Cette préservation, de ce qu'Augustin Berque nomme « le milieu¹⁷⁶⁶ », nécessiterait dès lors « un droit de regard autochtone sur les ressources du sol, du sous-sol et des fonds marins néocalédoniens, participant également de la défense et de la pérennité d'une forme d'organisation sociale originale¹⁷⁶⁷ ».

617 . La volonté de construire un destin commun ne peut se réaliser si une place résiduelle voire inexistante est laissée au droit kanak dans l'ordre juridique néocalédonien. L'exemple du projet Goro-Nickel est révélateur du défaut de prise en considération du peuple kanak qui ne demande pourtant « *qu'à contribuer et à agir¹⁷⁶⁸* ». Rattaché au domaine des installations classées pour la protection de l'environnement¹⁷⁶⁹ (ICPE), le projet Goro-Nickel est soumis à un régime juridique strict nécessitant l'obtention d'une autorisation d'installation et d'exploitation en raison des impacts négatifs qu'il est susceptible d'entraîner sur l'environnement et les sites de la Province Sud¹⁷⁷⁰. Ces sites recouvrent par ailleurs des terres traditionnelles

¹⁷⁶³ *Ibidem.*

¹⁷⁶⁴ SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALÉDONIE, *Rapport sur l'état de la situation du peuple kanak – peuple autochtone de la Kanaky- Nouvelle-Calédonie*, op. cit., pp. 15-16.

¹⁷⁶⁵ TROLUE FOTE, « Le Kanak, le clan et la terre face au développement en Nouvelle-Calédonie », dans *La Terre*, CORAIL, Nouméa, 1994, op. cit., p. 159 : « *L'homme appartient au clan et le clan appartient à la terre [...] Mais la terre n'est pas seulement un élément de l'identité de l'homme kanak, elle est aussi sa terre mère, sa terre nourricière qui lui permet de survivre. C'est autour de sa dimension nourricière que l'organisation de la terre va être édifée* ».

¹⁷⁶⁶ BERQUE AUGUSTIN, *Le sauvage et l'artifice. Les Japonais devant la nature*, Gallimard / NRF, Paris, 1988, 314 p.

¹⁷⁶⁷ DEMMER CHRISTINE, « Autochtonie, nickel, environnement : une nouvelle stratégie kanak », *Vacarme*, n° 39, 2007, op. cit., p. 47.

¹⁷⁶⁸ MANDAOUÉ GEORGES, « Coutume et environnement : de l'appréhension à la participation », *RJE*, vol. 32, n° 1, 2007, p. 48.

¹⁷⁶⁹ Pour la définition des installations classées. Cf. en ce sens : DÉLIBÉRATION DE L'ASSEMBLÉE TERRITORIALE N° 14 *relative aux installations classées pour la protection de l'environnement*, 21 juin 1985, J.O.N.C., 16 juillet 1985, p. 942, modifiée par délibérations en 1989, 1992, 2001 et 2004, art. 1^{er}.

¹⁷⁷⁰ GAMBARDELLA SOPHIE, « La gestion participative comme méthode d'intégration de la coutume locale dans l'élaboration de la norme environnementale ? », dans MEYER NADEGE, DAVID CARINE (dir.), *L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale. Eléments d'ici et d'ailleurs...*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 216.

kanakes. Une gestion participative est prévue par la réglementation provinciale qui prévoit des modalités de mise en œuvre directe et indirecte.

618 . La gestion participative directe, visant à donner la parole aux populations, prévoit la réalisation d'une enquête publique permettant à la population de transmettre certaines observations à un commissaire enquêteur chargé de transmettre un rapport à ce sujet au demandeur. Un mémoire en réponse intervient ensuite dans les quinze jours¹⁷⁷¹. Nonobstant le fait que les exigences d'information imposées par la réglementation au demandeur restent relativement floues¹⁷⁷² et ne permettent pas réellement un consentement éclairé des populations, il faut également noter que le peuple kanak, s'il peut s'exprimer, le fait au sein d'une population indifférenciée. Ainsi que l'explique Sophie Gambardella, « *si le consentement de la population peut sembler requis pour autoriser une ICPE, en revanche, le consentement particulier des populations autochtones n'est pas pris en compte de sorte que la coutume locale se noie dans l'unicité de population*¹⁷⁷³ ».

619 . La procédure de gestion participative indirecte par le biais d'institutions représentatives peut dès lors s'avérer une solution plus satisfaisante. Définie en 1996 par l'Union internationale pour la conservation de la nature (UICN) :

« la gestion participative (appelée aussi cogestion, gestion conjointe, gestion concertée ou en collaboration) [est] un partenariat au sein duquel des organismes de droit public, des communautés locales, des utilisateurs de ressources, des organisations non gouvernementales et autres parties prenantes négocient, selon le cas, l'autorité et la responsabilité de la gestion d'une zone spécifique ou d'un ensemble de ressources donné »¹⁷⁷⁴.

La mise en œuvre de mécanismes de cogestion permettrait aux autochtones de participer à la gestion des ressources naturelles. Les instances ainsi créées ont pour

¹⁷⁷¹ DELIBERATION DE L'ASSEMBLEE TERRITORIALE N° 14 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement, op. cit., art. 10, 11 et 12.

¹⁷⁷² Ibid., art. 8.

¹⁷⁷³ GAMBARDELLA SOPHIE, *La gestion participative comme méthode d'intégration de la coutume locale dans l'élaboration de la norme environnementale ?*, op. cit., p. 222.

¹⁷⁷⁴ RECOMMANDATION N° 1.42 sur la gestion participative pour la conservation, adoptée par le Congrès mondial de la conservation de l'UICN, Montréal, 23 octobre 1996.

dessein de favoriser la négociation et le pluralisme juridique afin que les décisions ne soient pas prises uniquement à l'aune des valeurs étatiques ou des enjeux industriels. Elles intègrent dans la réflexion des éléments des systèmes juridiques autochtones. En outre, la prise de décision se trouve décentralisée et donc au plus près des populations concernées, permettant à l'ensemble des acteurs de faire partager leurs points de vue. En effet, selon Sophie Gambardella, « *l'intégration de la coutume locale dans la norme environnementale a ainsi peu de chance de se réaliser au niveau "national" car le Congrès est davantage le théâtre d'affrontements entre pro et contra indépendantiste que le lieu où s'ouvrirait une voie vers une norme environnementale pluriculturelle*¹⁷⁷⁵ ». De surcroît, en Nouvelle-Calédonie, la gouvernance locale autoriserait une plus grande souplesse tout en résolvant le problème de l'hétérogénéité du droit kanak, certains aspects de ce droit divergeant selon les aires coutumières.

Cette pratique permettrait une prise de décision plus démocratique où « *l'édiction de normes juridiques dépend du respect des conditions procédurales et communicationnelles assurant la participation égale de chacun à ce processus d'institution du droit*¹⁷⁷⁶ ». En d'autres termes, cette cogestion renvoie à l'idéal de gouvernance conçu comme « *l'impératif démocratique et l'impératif gestionnaire [qui] se rejoignent autour du souci de faire que chaque problème soit assumé par tous ceux qui sont concernés, la bonne mise en œuvre étant obtenue non par l'obéissance mais par une adhésion vécue à un projet*¹⁷⁷⁷ ».

620 . Cet idéal reste néanmoins délicat à réaliser. D'une part, deux régimes juridiques distincts se retrouvent en balance. L'un est étatique, bureaucratique, centralisé et se fonde sur une conception économique des ressources. L'autre est autochtone, décentralisé, consensuel, et se fonde sur les traditions orales qui visent à préserver l'environnement pour les générations futures. D'autre part, si l'idéologie sous-jacente est sans nul doute d'entraîner une certaine équité dans le processus

¹⁷⁷⁵ GAMBARDELLA SOPHIE, *La gestion participative comme méthode d'intégration de la coutume locale dans l'élaboration de la norme environnementale ?*, op. cit., p. 223.

¹⁷⁷⁶ BERNATCHEZ STEPHANE, « Droit et justice constitutionnelle de Habermas à Luhmann », *La Revue Canadienne Droit et Société*, vol. 21, n° 2, 2006, p. 115.

¹⁷⁷⁷ MOREAU DEFARGES Philippe, *La gouvernance*, PUF, Paris, 2003, p. 73, cité par : THÉRIAULT SOPHIE, *La terre nourricière des Inuit : Le défi de la sécurité alimentaire au Nunavik et en Alaska*, Thèse de droit, Université Laval, Québec, 2009, pp. 105-106.

décisionnel, les accords et instances établissent rarement un véritable rapport d'égal à égal entre la société dominante et les peuples autochtones. La suprématie de la culture majoritaire ne permet donc pas toujours de mettre en œuvre une véritable gestion partagée comme le démontre certains exemples en Nouvelle-Calédonie et au Canada.

621 . Dans la Province Sud de Nouvelle-Calédonie trois instances de gestion participative ont été mises en œuvre dans le cadre du projet Goro-Nickel. Le 23 avril 1998 est instauré un Comité des installations classées pour la Province Sud chargé de donner un avis quant à l'impact de l'insertion d'une telle installation sur leur environnement. Composé de quatorze membres, il ne comporte aucun représentant kanak¹⁷⁷⁸. Deux autres instances ont également été créées spécifiquement pour le projet Goro-Nickel, le Comité de pilotage du projet industriel de Goro¹⁷⁷⁹ et le Comité d'information, de concertation et de surveillance sur les impacts environnementaux du site industriel de Goro¹⁷⁸⁰.

L'objectif du Comité de pilotage est de « *proposer les mesures permettant [l']insertion harmonieuse [du projet] dans le tissu économique, social et culturel existant*¹⁷⁸¹ ». Cette formulation peut laisser penser à une prise en compte des diverses cultures présentes sur le territoire. Pourtant, sur les douze membres du Comité, seuls deux représentent le peuple kanak¹⁷⁸² et le Comité ne peut être par ailleurs réuni que sur demande du Président de la Province. Le second Comité axe ses réflexions sur le développement durable et si les Kanaks sont davantage représentés¹⁷⁸³, le Comité ne peut être réuni que sur convocation du Président de la Province mais seulement pour émettre des avis.

¹⁷⁷⁸ DELIBERATION DE L'ASSEMBLEE TERRITORIALE DE LA PROVINCE SUD N° 17-98/APS *créant un comité des installations classées pour la protection de l'environnement dans la Province Sud*, 23 avril 1998, J.O.N.C., 14 mai 1998, p. 1867.

¹⁷⁷⁹ DELIBERATION N° 30-2004/APS *créant un comité de pilotage du site industriel de Goro*, 7 octobre 2004, J.O.N.C., 19 octobre 2004, p. 5916.

¹⁷⁸⁰ DELIBERATION N° 31-2004/APS *créant un Comité d'information, de concertation et de surveillance sur les impacts environnementaux du site industriel de Goro*, 7 octobre 2004, J.O.N.C., 19 octobre 2004, p. 5917.

¹⁷⁸¹ DELIBERATION N° 30-2004/APS *créant un comité de pilotage du site industriel de Goro*, *op. cit.*, art. 1^{er}.

¹⁷⁸² *Ibid.*, art. 2.

¹⁷⁸³ Les Kanaks représentent huit membres sur les dix-huit membres du Comité. Cf. en ce sens : DELIBERATION N° 31-2004/APS *créant un Comité d'information, de concertation et de surveillance sur les impacts environnementaux du site industriel de Goro*, *op. cit.*, art. 3.

En 2009, la Province Sud a adopté un code de l'environnement¹⁷⁸⁴ qui refonde en partie la réglementation relative aux installations classées sans que celle-ci ne prenne davantage en compte les populations autochtones.

622 . Au Canada, les développements juridiques relatifs à l'obligation de consultation de la Couronne britannique ont corrélativement entraîné le développement de droits relatifs à la participation démocratique des autochtones dans le processus de gestion des ressources. La pratique a évolué en raison de nombreux conflits survenant à l'occasion de permis délivrés à des industries forestières ou extractives sur des terres où résident des peuples autochtones, et ce sans leur consentement. Si le Canada ne voit au départ dans l'obligation de consulter qu'une nécessité procédurale minimale, la multiplication des conflits incite aujourd'hui l'État à user de la négociation, privilégiant en apparence un rapport égalitaire.

Trois types de cogestion peuvent aujourd'hui être recensés au Canada, celles mises en œuvre par le règlement d'une revendication territoriale globale, celles plus spécifiques visant à gérer une espèce particulière et enfin les régimes de cogestion établis par les provinces avec les peuples autochtones pour satisfaire le devoir de consultation imposé par l'arrêt Sparrow¹⁷⁸⁵. Cette participation des autochtones aux processus décisionnels peut, entre autre, avoir pour objectifs la gestion et l'aménagement du territoire, la gestion des ressources fauniques, la réalisation de projets de développements économiques ou encore la création et la gestion de parcs nationaux¹⁷⁸⁶.

623 . Plusieurs formes de coopération existent au Canada et particulièrement au sein des ententes de revendications territoriales globales. L'efficacité ou l'inefficacité des instances de cogestion pour la prise en compte de la normativité autochtone dépendra principalement de deux facteurs. L'un en amont concernera l'organisation formelle et juridique des instances, l'autre en aval procèdera de leur influence en raison de variables telles que le contexte politique ou le pouvoir plus ou moins contraignant des décisions de ces instances.

¹⁷⁸⁴ DELIBERATION N° 25-2009/APS *relative au code de l'environnement de la province Sud*, 20 mars 2009, J.O.N.C., 9 avril 2009, p. 2590.

¹⁷⁸⁵ RODON THIERRY, *En partenariat avec l'État : les expériences de cogestion des Autochtones du Canada*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2003, pp. 111 et s.

624 . Prenant pour exemple la gestion des ressources halieutiques, il peut être constaté que l'organisation juridique des instances de cogestion diffère effectivement selon les accords. Ainsi *l'Accord définitif des Inuit du Labrador* met en place un organisme public, l'Office Torngat mixte des pêches¹⁷⁸⁷, organe de cogestion paritaire composé de trois membres nommés par le gouvernement autochtone Nunatsiavut, deux membres par le ministre fédéral et un membre nommé par la Province¹⁷⁸⁸. Ces six acteurs procèdent ensuite à la mise en candidature du Président, qui sera nommé par le Premier ministre, devenant ainsi le septième membre de l'instance¹⁷⁸⁹. À l'inverse, le Comité conjoint de gestion des pêches¹⁷⁹⁰ prévu par *l'Accord définitif Nisga'a* a une composition à prédominance étatique, deux membres étant nommés par la Nation nisga'a et quatre membres par le Canada et la Colombie-Britannique¹⁷⁹¹. Dans ce cas de figure, le dialogue interculturel sera sans doute dominé par la savoir étatique, au détriment du savoir autochtone.

625 . L'efficacité de ces comités peut également être examinée en aval de la prise de décision et dépend de nombreux facteurs. Ainsi, certains auteurs estiment que, pour pérenniser la confiance nécessaire à une coopération effective entre les différents acteurs, les décisions élaborées au sein des comités doivent être prises en compte ultérieurement par les décideurs¹⁷⁹². Actuellement, selon Thierry Rodon le contexte politique au Canada démontre que même en l'absence de caractère contraignant « *les recommandations ou règlements ont été acceptés ou quelquefois*

¹⁷⁸⁶ THÉRIAULT SOPHIE, *La terre nourricière des Inuit : Le défi de la sécurité alimentaire au Nunavik et en Alaska*, op. cit., p. 364.

¹⁷⁸⁷ *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, signé le 22 janvier 2005 entre les Inuit du Labrador, la province de Terre-Neuve-et-Labrador et le Canada, chap. 13, art. 13.10.1.

¹⁷⁸⁸ *Ibid.*, chap. 13, art. 13.10.2.

¹⁷⁸⁹ Les décisions de l'Office Torngat sont généralement prises par consensus. Ce n'est que lorsque cela s'avère impossible que le Président de l'Office peut décider que la décision sera prise à la majorité des voix exprimées. Le Président ne vote qu'en cas d'égalité des voix. Cf. *Ibid.*, chap. 13, art. 13.10.19 et 13.10.20.

¹⁷⁹⁰ *Accord définitif Nisga'a*, signé le 27 avril 1999 entre la Nation Nisga'a, la province de Colombie-Britannique et le Canada, chap. 8, art. 77.

¹⁷⁹¹ *Ibid.*, chap. 8, art. 79.

¹⁷⁹² LANDRY VERONIQUE, BOUVIER ANNE-LAURE et WAAUB JEAN-PHILIPPE, *La planification territoriale autochtone au Canada : le rôle de l'évaluation environnementale stratégique dans la cogestion adaptative*, Université de Québec, Rapport de recherche du Groupe d'études interdisciplinaires en géographie et environnement régional, Montréal, 2009, p. 78.

*ignorés mais rarement refusés*¹⁷⁹³ ». Cependant, la distinction que l’auteur opère entre le rejet et l’ignorance semble superfétatoire puisque les conséquences seront semblables et reviendront à ne pas tenir compte de l’avis des instances de cogestion.

626 . Octroyer aux décisions de ces instances ou à leurs lignes directrices un caractère juridiquement contraignant pourrait éviter ces incertitudes quant à leur devenir en assurant une prise en compte de leurs recommandations. Seulement, cette possibilité ne sera un avantage pour les peuples autochtones que si l’instance est paritaire ou composée à majorité de membres autochtones. Dans l’éventualité contraire, l’influence de ces derniers sur les recommandations ne sera pas équivalente à l’influence de l’État, étant acté que dans les cas de non-parité au détriment des peuples autochtones, l’État a tendance à perpétuer son pouvoir hégémonique¹⁷⁹⁴. Tel est le cas du Comité de la Faune¹⁷⁹⁵ mis en place par l’*Accord définitif Nisga’a* et qui dispose d’un pouvoir décisionnel. Le Comité est composé de neuf membres au maximum dont quatre pour la Nation nisga’a et la Colombie-Britannique et un pour le Canada¹⁷⁹⁶. Or, si le gouvernement autochtone Nisga’a Lisims dispose d’un pouvoir législatif dans certains domaines tels que celui de la gestion des animaux sauvages¹⁷⁹⁷, il se voit cependant contraint d’élaborer un plan de gestion soumis au Comité pour adoption ou modification¹⁷⁹⁸. La décision du Comité est ensuite soumise au ministre qui, seul, à le pouvoir de la rejeter ou de l’approuver¹⁷⁹⁹. Dès lors, les modifications apportées par le Comité et validées par le ministre, s’imposeront au gouvernement autochtone.

627 . Un exemple australien, celui de la gestion du parc d’Uluru, situé sur les terres ancestrales des Aborigènes, montre les possibilités que peut receler un mécanisme de cogestion respectueux du système juridique autochtone. Dès le départ, le plan de gestion du parc met en exergue l’intérêt de la gestion traditionnelle du peuple Anangu et fait reposer son action sur le respect d’une valeur fondamentale des

¹⁷⁹³ RODON THIERRY, *En partenariat avec l’État : les expériences de cogestion des Autochtones du Canada*, *op. cit.*, p. 166.

¹⁷⁹⁴ MOTARD GENEVIEVE, « Des compétences législatives personnelles en matière d’activité de chasse, de pêche et de piégeage dans les ententes de revendications territoriales : les limites de la cogestion », *Revue de droit de McGill*, vol. 61, n° 4, 2016, p. 930.

¹⁷⁹⁵ *Accord définitif Nisga’a*, *op. cit.*, chap. 9, art. 45.

¹⁷⁹⁶ *Ibid.*, chap. 9, art. 46.

¹⁷⁹⁷ *Ibid.*, chap. 9, art. 37.

¹⁷⁹⁸ *Ibid.*, art. 55 à 58.

Anangu, celle du mythe *Tjukurpa* « *qui constitue une interprétation sacrée du territoire [permettant une] utilisation du parc [...] culturellement durable*¹⁸⁰⁰ ». Nonobstant le fait que la culture autochtone est valorisée et reconnue, laissant présager une véritable articulation des différentes normes en présence, le Conseil de cogestion mis en place est à majorité autochtone¹⁸⁰¹. Outre le fait de prendre des décisions quant à la gestion du parc, il conseille également le Ministre pour le développement futur de celui-ci. Cet exemple australien est révélateur d'un mécanisme de cogestion des ressources naturelles prenant véritablement en compte la normativité autochtone.

628 . Selon Thierry Rodon, « *il est possible de parler de cogestion lorsqu'une agence gouvernementale ayant juridiction sur une ressource conclut un accord avec un ou plusieurs groupes autochtones permettant à ceux-ci de participer à la gestion de cette ressource*¹⁸⁰² ». Cette définition semble cependant un peu trop réductrice puisqu'il apparaît également possible que des mécanismes de cogestion établis sur la base de conventions locales soient mis en œuvre avec des entreprises ou des personnes privées. Cette pratique ne découle actuellement pas d'une obligation juridique. Elle est généralement volontaire et émane des acteurs privés qui, afin d'éviter la persistance de conflits, engagent une procédure consensuelle et contractuelle avec les peuples autochtones.

629 . Tel est le cas en Nouvelle-Calédonie avec le *Pacte pour un développement du Grand Sud* conclu entre Goro-Nickel et les communautés autochtones du Grand Sud. S'il engage l'industriel à mettre en œuvre des dispositifs pour permettre un développement durable de la région, il ne prévoit ni partage des avantages, ni versements de redevance au profit des communautés. Or, les normes internationales demandent à ce que le consentement des populations autochtones soit

¹⁷⁹⁹ *Ibid.*, art. 62.

¹⁸⁰⁰ DEROCHÉ FREDERIC, *Les peuples autochtones et leur relation originale à la terre : un questionnement pour l'ordre mondial*, L'Harmattan, Paris, 2008, *op. cit.*, p. 328.

¹⁸⁰¹ Le Conseil de gestion est composé de dix personnes dont six aborigènes, le directeur des Parcs nationaux, un représentant du Ministère de l'environnement, un représentant du Ministère du tourisme et un scientifique. Cf. en ce sens : *Ibid.*, p. 329.

¹⁸⁰² RODON THIERRY, *En partenariat avec l'État : les expériences de cogestion des Autochtones du Canada*, *op. cit.*, p. 105.

également assorti de compensation et de partage des bénéfices résultant de l'activité en cause¹⁸⁰³. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale rappelle à cet égard que lorsque des activités d'exploitation majeures sont prévues dans les territoires autochtones, un partage équitable des avantages à tirer de ces exploitations doit être assuré¹⁸⁰⁴.

630 . Le gouvernement français pourrait imposer une négociation entre les entreprises et les populations autochtones. Dans les contrats d'États conclus entre l'État et une entreprise étrangère dont l'objet est généralement l'exploration et l'exploitation des ressources naturelles, existe une clause dite de « la part locale » qui vise à imposer aux cocontractants de l'État des obligations en matière de développement économique¹⁸⁰⁵. Or, il est aujourd'hui constaté l'insertion au sein de la part locale de la notion de développement durable¹⁸⁰⁶. Cette évolution pourrait inciter l'État signataire à demander à l'entreprise de négocier avec les peuples autochtones pour s'entendre sur les modalités de ce développement et sur un partage des avantages découlant de l'exploitation des ressources. La même chose pourrait par ailleurs être imposée aux entreprises nationales.

631 . Une étude de 2011 portant sur *la pertinence et la faisabilité de dispositifs d'accès et de partage des avantages en Outre-mer* s'interroge également sur la place des peuples autochtones dans ce dispositif et envisage l'extension de leurs droits au consentement par le biais d'un mécanisme contractuel. Le rapport suggère que les détenteurs de connaissances traditionnelles soient représentés au travers de leurs clans et de leurs conseils d'aire dans une structure permanente et indépendante de type AAI¹⁸⁰⁷. L'objectif serait de garantir les conditions d'un commun accord pour

¹⁸⁰³ Cour IDH, 28 novembre 2007, *Caso de Pueblo Saramaka vs Surinam*, Série C n° 172, *op. cit.*, para. 139.

¹⁸⁰⁴ *Examen des rapports présentés par les États parties conformément à l'article 9 de la Convention. Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale. Equateur*, Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, 62^{ème} session, 2 juin 2003, CERD/C/62/CO/2, *op. cit.*, para. 16.

¹⁸⁰⁵ AUDIT MATHIAS, « Les obligations relatives à la "part locale" dans les contrats d'État », SFDI-colloque de Lyon, Pedone, 2015, p. 198.

¹⁸⁰⁶ *Ibid.*, p. 199.

¹⁸⁰⁷ FONDATION POUR LA RECHERCHE SUR LA BIODIVERSITE, *Pertinence et faisabilité de dispositifs d'accès et de partage des avantages en Outre-mer sur les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles associées*, Service de l'Economie, de l'Evaluation et de l'Intégration du Développement Durable du Commissariat Général du Développement Durable, n° 48, coll. Études et documents, 2011, *op. cit.*, pp. 80-81.

l'autorisation d'accès et le partage des avantages. La nature juridique des relations entre les Kanaks détenteurs de connaissances traditionnelles et les utilisateurs de la ressource pourrait être de nature contractuelle. Conservant leur liberté de contracter et donc de donner ou non leur consentement, les Kanaks, en cas d'accord, resteraient toutefois contraints d'accepter un certain nombre de clauses obligatoires, ce afin de garantir les règles d'ordre public ou d'éviter les clauses abusives¹⁸⁰⁸. La négociation et l'établissement d'un contrat semble être le meilleur moyen de légitimer des restrictions aux droits des Kanaks sur leurs ressources naturelles tout en leur permettant de tirer profit de ces activités économiques.

632 . Pour de nombreux auteurs, les droits sur les terres et les ressources sont intrinsèquement liés au droit à l'autodétermination interne des peuples autochtones¹⁸⁰⁹. Cependant, cette autodétermination, si elle est assurée par une maîtrise du territoire, dépend également dans une large mesure de la présence d'institutions autochtones effectives disposant de domaines de compétences et de prérogatives propres.

¹⁸⁰⁸ *Ibid.*, pp. 83-84.

¹⁸⁰⁹ Cf. en ce sens : DESMARAIS FREDERIC, « Le consentement préalable, libre et éclairé des peuples autochtones en droit international : La nécessaire redéfinition de son cadre conceptuel », *Revue québécoise de droit international*, n° 19, 2006, *op. cit.* p. 163.

CHAPITRE II :

ESSAI D'INGÉNIERIE JURIDIQUE AUTOCHTONE : RECHERCHE SUR LES INSTITUTIONS POLITIQUES ET ADMINISTRATIVES D'AUTODÉTERMINATION KANAKE

633 . Le développement du droit autochtone s'est intensifié au Canada depuis le début des années 1970 et l'arrêt *Calder*¹⁸¹⁰. L'inscription de l'article 35 (1) de la loi constitutionnelle de 1982 est venue fortifier cette position en permettant la protection des droits autochtones par le biais de dispositions légales inscrites dans la constitution du pays. Depuis bientôt cinquante ans, l'État canadien et certains peuples autochtones travaillent de concert pour concevoir des institutions gouvernementales autochtones adaptées aux circonstances actuelles et essayer de résoudre leurs désaccords autrement que par des décisions judiciaires issues de litiges irrésolus. L'Accord Nisga'a et l'Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador sont, à cet égard, deux des traités les plus récents dans l'histoire du Canada. Ceux-ci tentent d'instaurer de véritables institutions juridiques autochtones dont les pouvoirs et les statuts sont protégés constitutionnellement, permettant la coexistence des peuples autochtones et de l'État.

634 . Si l'objectif n'est pas de transposer les pratiques canadiennes en Nouvelle-Calédonie, il n'est pas impossible de penser qu'une extrapolation de ces

dernières serait susceptible de mettre à jour des théories pertinentes pour le peuple kanak, concernant les pratiques institutionnelles (Section I) et le partage des compétences (Section II), tant dans les solutions envisagées que dans les écueils à éviter.

¹⁸¹⁰ Cour suprême, 31 janvier 1973, *Calder c/ Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, *op. cit.*

SECTION I | ORGANISATION DES INSTITUTIONS ET AUTORITÉS KANAKES

635 . L'étude de l'ingénierie institutionnelle coutumière mise en place par l'Accord de Nouméa a démontré que la mise en place d'institutions coutumières représentatives du peuple kanak et la reconnaissance des autorités coutumières légitimes sur le territoire ne suffisaient pas à satisfaire au principe d'autodétermination. Ni l'Accord de Nouméa, ni la loi organique de 1999 ne reconnaissent l'existence de « *véritables circonscriptions ou collectivités[kanakes] leur permettant d'exercer leur autodétermination*¹⁸¹¹ » (§1). Si une telle possibilité était envisagée, le peuple kanak pourrait se doter d'institutions effectives au niveau national et local, aptes à exercer leur pouvoir dans leur propre sphère de compétence (§2).

§ 1 | LA RECONNAISSANCE DE COLLECTIVITÉS KANAKES

636 . Selon le professeur Ghislain Otis, « *la condition juridique première de l'éclosion d'un régime d'autonomie consistera à reconnaître à une collectivité autochtone le statut de communauté politique indépendante dotée de compétences gouvernementales protégées*¹⁸¹² ». En Nouvelle-Calédonie, dans le cadre du destin commun, il apparaît nécessaire qu'une administration autonome du droit kanak par le peuple kanak se mette en place. Cette situation implique la reconnaissance d'une personnalité juridique sans laquelle les Kanaks seront privés de capacités juridiques propres. Actuellement, « *la Nouvelle-Calédonie est la personne juridique subrogée dans les droits du peuple kanak en exerçant en particulier des pouvoirs législatifs et*

¹⁸¹¹ FÉRAL FRANÇOIS, « Quelques éléments de doctrine autochtoniste sur les institutions de Nouvelle-Calédonie », *Quelques aspects des droits du peuple autochtone en Nouvelle-Calédonie, Revue Juridique, Politique et Economique de Nouvelle-Calédonie*, n° 18, février 2011, *op. cit.*, p. 16.

administratifs sur la coutume : lois du Pays, administration coutumière, état civil coutumier, tutelle financière [...] ¹⁸¹³». Le respect du droit à l'autodétermination reconnu par les articles trois et suivants de la DDPA impliquerait que ces compétences soient assurées par des institutions kanakes.

637 . La reconnaissance par la Cour d'Appel de Nouméa de la personnalité morale du clan¹⁸¹⁴ peut être un prélude intéressant à l'expansion de la théorie dite de la réalité technique aux autres « circonscriptions » kanakes. Cette théorie permet à tout groupement d'individus de bénéficier de la personnalité morale. C'est un fait social et juridique reconnu par le juge et l'État en tant que création sociétale, et non en tant que création des autorités étatiques. Cette théorie se retrouve également dans la doctrine canadienne. Toujours selon le professeur Ghislain Otis, il semble difficile de douter du fait qu'un groupe autochtone titulaire d'un droit ancestral ne puisse posséder les attributs de la personnalité juridique nécessaires à l'exercice et à la défense de ce droit que sont « *l'existence d'un groupement humain pourvu d'un patrimoine distinct de celui de chacun de ses membres et ayant la capacité collective de ses attributs en tant que sujet de droit*¹⁸¹⁵ ».

638 . Au travers de la Charte du Peuple Kanak transparaît la nécessité de préciser la nature juridique des « circonscriptions » kanakes, « *en tant qu'institutions collectives amenées à dialoguer avec les institutions de l'État et à accompagner le destin de la population kanake*¹⁸¹⁶ ». La question se pose alors de savoir quel type de personne morale pourrait correspondre de manière idoine à l'organisation kanake. En droit français, une distinction est opérée entre le caractère corporatif et fondatif de la

¹⁸¹² OTIS GHISLAIN, « L'autonomie personnelle au coeur des droits ancestraux : sub qua lege vivis ? », *Revue de droit de McGill*, vol. 52, 2007, p. 663.

¹⁸¹³ FÉRAL FRANÇOIS, « L'adoption de la Charte du peuple Kanak de Nouvelle-Calédonie. Les prémices d'un pluralisme juridique : origine, fondements et perspectives des droits autochtones du peuple kanak », En ligne : <https://www.academia.edu/6921583/Ladoption_de_la_Charte_du_peuple_Kanak_de_Nouvelle-Cal%C3%A9donie>, p. 19.

¹⁸¹⁴ CA Nouméa, civ., 22 août 2011, RG n° 10/531, *op. cit.* ; CA Nouméa, civ., 22 août 2011, RG n° 10/532, *op. cit.*

¹⁸¹⁵ OTIS GHISLAIN, « L'autonomie personnelle au coeur des droits ancestraux : sub qua lege vivis ? », *op. cit.*, p. 665.

¹⁸¹⁶ FÉRAL FRANÇOIS, « Note relative à la réforme du statut des autorités kanakes après la proclamation de la Charte du Peuple Kanak », 2014, En ligne : <https://www.academia.edu/8332143/Note_relative_a_la_reforme_des_actes_coutumiers_des_autorites_kanakes>, p. 5.

personne morale. Correspondant à deux données sociologiques divergentes, la corporation et la fondation ont engendré le dualisme de la personnalité juridique.

639 . La première « *constitue une entité cohérente, avant même d'avoir reçu aucune structuration juridique*¹⁸¹⁷ », le groupement qui la définit se trouvant « *cimenté, en dehors de toute construction juridique, par l'existence d'un sentiment de solidarité unissant tous ses membres*¹⁸¹⁸ ». La fondation, se caractérise *a contrario* par le fait que « *les bénéficiaires de la personne morale n'ont aucune part à la création de cette dernière, ni à son administration*¹⁸¹⁹ ». En outre, elle se distingue également socialement car elle est « *composé[e] d'un ensemble d'individus présentant certaines caractéristiques communes (pauvreté, maladie...) mais entre lesquels n'intervient aucun élément d'ordre subjectif qui donnerait à ce groupe une certaine cohésion*¹⁸²⁰ ».

Cette distinction originellement utilisée pour catégoriser les personnes morales de droit privé trouve son équivalent en droit administratif dont les archétypes sont successivement, selon Louis Constans, les collectivités territoriales et les établissements publics. En effet, les groupes sociaux concernés par l'activité d'une collectivité publique se distinguent par la stabilité qui les unit et peuvent se prévaloir d'une certaine permanence. En revanche, les établissements publics s'adressent à des groupes sociaux dont le caractère est purement transitoire¹⁸²¹.

640 . Le peuple kanak constitue un « groupement solidaire et stable », à l'image de la collectivité nationale donnée en exemple par Louis Constans pour illustrer la corporation. Selon lui, la collectivité nationale dépend du critère de la nationalité qui se formalise par une résidence continue et durable sur le territoire étatique et qui ne peut se perdre que de manière exceptionnelle¹⁸²². Si le corps ainsi constitué doit disposer d'une personnalité morale de type corporative, il faut

¹⁸¹⁷ CONSTANS LOUIS, *Le dualisme de la notion de personne morale administrative en droit français*, Dalloz, Paris, 1966, *op. cit.*, p. 172.

¹⁸¹⁸ *Ibidem.*

¹⁸¹⁹ *Ibidem.*

¹⁸²⁰ *Ibidem.*

¹⁸²¹ Louis Constans en offre une illustration à travers l'exemple des hôpitaux qui, tout en personnifiant l'intérêt collectif des malades, ont pour objectif final de les faire sortir le plus rapidement possible de l'établissement public. Cf. en ce sens : CONSTANS LOUIS, *Le dualisme de la notion de personne morale administrative en droit français*, *op. cit.*, pp. 172-173.

désormais s'interroger sur le caractère public ou privé de cette personnalité juridique. Cette précision est d'importance puisque les Kanaks souhaitent aujourd'hui « *organiser une véritable autodétermination reposant en particulier sur l'autonomie d'une administration kanake*¹⁸²³ » et seule une qualification de personne publique « *pourrait conforter leur quête d'un statut formel égal à celui des institutions étatiques*¹⁸²⁴ ».

641 . Au Canada, ce questionnement est l'objet de certaines controverses doctrinales et la Cour suprême fait montre d'une certaine frilosité à trancher cette question. L'indécision de la Cour est notamment patente dans l'arrêt *Pamajewon* de 1996 qui, face à une revendication des appelants à un droit à l'autonomie gouvernementale, indique qu' « [à] supposer, sans toutefois en décider, que le par. 35(1) vise les revendications du droit à l'autonomie gouvernementale, [... elles] ne diffèrent pas des autres prétentions à la jouissance de droits ancestraux¹⁸²⁵ ». Cette incertitude transparaît également dans la doctrine dont une partie considère que les groupes autochtones ne possèdent pas les attributs d'une personne publique. Selon le professeur André Émond :

« un pouvoir de gouvernement est justement lié à l'utilisation possible de la force. En l'absence de toute habilitation législative, il semble que le gouvernement autochtone n'est pas un tel pouvoir, que son autorité se limite à gérer les droits de sa collectivité sous la supervision des tribunaux et des forces policières canadiennes, comme le ferait une Église. Peut-être serait-il alors préférable de qualifier les droits ancestraux [...] de droits sociaux plutôt que de droit de gouvernement¹⁸²⁶ ».

¹⁸²² *Ibid.*, p. 173.

¹⁸²³ FÉRAL FRANÇOIS, « Note relative à la réforme du statut des autorités kanakes après la proclamation de la Charte du Peuple Kanak », *op. cit.*, p. 5.

¹⁸²⁴ OTIS GHISLAIN, « L'autonomie personnelle au cœur des droits ancestraux : sub qua lege vivis ? », *op. cit.*, p. 665.

¹⁸²⁵ Cour suprême, 22 août 1996, *R. c/ Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, pp. 832-833.

¹⁸²⁶ ÉMOND ANDRÉ, « Une synthèse du droit des Autochtones : à propos d'un ouvrage de Sébastien Grammond », *Les Cahiers du droit*, vol. 44, n° 3, 2003, pp. 549-550.

Paradoxalement, c'est ce constat critique que réalise le professeur François Féral lorsqu'il établit les limites de la reconnaissance du peuple kanak en Nouvelle-Calédonie. Il indique que le droit coutumier, cantonné dans la sphère privée, « *est ainsi laïcisé comme s'il s'agissait d'une religion et donc tenu strictement hors de la vie publique*¹⁸²⁷ ». Or, l'examen de l'organisation et des pouvoirs du peuple kanak montre que cette collectivité est formellement de droit public.

642 . En premier lieu, les individus faisant partie du groupe « *n'ont pas exprimé leur désir d'y appartenir, c'est la loi et leurs situations factuelles qui les y rattachent*¹⁸²⁸ ». Cette situation les distingue fondamentalement des associations de la loi de 1901 pour lesquelles la volonté d'adhésion s'exprime à travers le contrat d'association qui est le fondement même de l'institution. Ce fondement est d'ailleurs sanctionné à l'article premier de la loi comme étant constitutif de l'association : « *l'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité [...]*¹⁸²⁹ ». À l'inverse, les Kanaks appartiennent directement à ce groupe non par leur volonté mais par leurs origines, ce qui range le groupement chargé de leurs intérêts dans la sphère publique. La Charte du Peuple Kanak illustre parfaitement cet état de fait en indiquant que « *sous l'autorité du chef de clan et des chefs de Maison, le clan décide de la composition des membres du clan dans le respect de la cohésion sociale de la chefferie*¹⁸³⁰ ». Les Kanaks sont liés « *par une communauté d'appartenance d'ordre socio-historique*¹⁸³¹ » et ceci les distingue de toutes formes éventuelles de groupements de droit privé où l'adhésion est nécessairement volontaire. De manière plus générale, l'ensemble des peuples autochtones, sur le plan organique « *constitue*

¹⁸²⁷ FÉRAL FRANÇOIS, « Quelques éléments de doctrine autochtoniste sur les institutions de Nouvelle-Calédonie », *op. cit.*, p. 16.

¹⁸²⁸ FÉRAL FRANÇOIS, *Approche dialectique du droit de l'organisation administrative: l'appareil d'état face à la société civile*, L'Harmattan, coll. Collection Logiques Juridiques, Paris, 2000, *op. cit.*, p. 168.

¹⁸²⁹ LOI DU 1^{ER} JUILLET 1901 *relative au contrat d'association*, J.O.R.F., 2 juillet 1901, p. 4025, art 1^{er}.

¹⁸³⁰ ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK, *Charte du Peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak*, adoptée par les chefferies coutumières de Nouvelle-Calédonie le 26 avril 2014, *op. cit.*, art. 47.

¹⁸³¹ OTIS GHISLAIN, « L'autonomie personnelle au coeur des droits ancestraux : sub qua lege vivis ? », *op. cit.*, p. 667.

*une collectivité humaine, ethnoculturelle et historique, dont les attributs et le statut n'ont aucun équivalent dans le droit des organisations privées*¹⁸³² ».

643 . Une autre particularité les distingue des groupements privés. Que cela soit reconnu ou non par l'État, les clans et chefferies exercent d'ores et déjà des prérogatives administratives, eu égard à un groupe déterminé, sur un espace circonscrit. Les chefferies « *gèrent et décident, instruisent, commandent, arbitrent, réglementent, réconcilient et pardonnent, jugent, disciplinent et sanctionnent [...]*¹⁸³³ ». La personnalité morale de droit public du peuple kanak semble donc être la thèse à privilégier, ce d'autant plus que dans la perspective d'une reconnaissance concrète des peuples autochtones par la France, « *il devient logique de considérer ces sociétés distinctives comme le prolongement, dans l'ordre étatique, de leurs devancières précoloniales dotées d'institutions politiques et juridiques propres, [...] reconnues et accréditées plutôt que créées par l'État*¹⁸³⁴ ».

La reconnaissance d'une collectivité publique permettrait d'admettre une forme d'autonomie à l'égard des membres de la communauté. Qualifiée par Léon Michoud de « *vie intérieure*¹⁸³⁵ », cette notion d'autonomie est, selon Louis Constans, « *tout à fait spécifique aux personnes morales de caractère corporatif*¹⁸³⁶ ». Comme toutes collectivités publiques, la collectivité kanake pourrait se voir reconnaître le droit de faire respecter l'ordre public et d'exercer son pouvoir dans sa propre sphère de compétence relevant des « affaires kanakes ».

644 . Si l'État ne disposerait plus de la possibilité de s'opposer à la discipline mise en place par cette collectivité, l'autonomie ainsi acquise « *n'emporte[rait] toutefois pas une compétence exclusive du groupe à l'égard de ses membres et n'octroie[rait] pas un pouvoir sans borne sur ceux-ci*¹⁸³⁷ ». La compétence de la

¹⁸³² *Ibid.*, p. 666.

¹⁸³³ FÉRAL FRANÇOIS, « Note relative à la réforme du statut des autorités kanakes après la proclamation de la Charte du Peuple Kanak », *op. cit.*, p. 5.

¹⁸³⁴ OTIS GHISLAIN, « L'autonomie personnelle au coeur des droits ancestraux : sub qua lege vivis ? », *op. cit.*, p. 667.

¹⁸³⁵ MICHOD LEON, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3^{ème} éd., t. II, Paris, 1932, p. 2.

¹⁸³⁶ CONSTANS LOUIS, *Le dualisme de la notion de personne morale administrative en droit français*, *op. cit.*, p. 186.

¹⁸³⁷ OTIS GHISLAIN, « L'autonomie personnelle au coeur des droits ancestraux : sub qua lege vivis ? », *op. cit.*, p. 669.

collectivité resterait en effet limitée à la spécialité de la personne morale et devrait respecter les droits personnels des membres de la collectivité. L'État conserverait le droit d'exercer un contrôle de légalité, de constitutionnalité ou de conventionalité car, « *dans le cadre d'un destin commun, [les actes des autorités coutumières doivent être] conformes également aux valeurs universelles de la Constitution et des Conventions internationales* ¹⁸³⁸ ». Cependant, la France ne pourrait plus exercer un pouvoir de contrôle unilatéral ou hiérarchique.

645 . La construction de cette auto-administration nécessite de réfléchir à une organisation institutionnelle susceptible d'assurer effectivement un meilleur exercice des droits autochtones et de contribuer à assurer une représentation authentique du peuple kanak.

§ 2 | LES INSTITUTIONS DU PEUPLE KANAK

646 . Une des particularités de l'identité kanake est d'être constituée de « *nombreuses communautés vivant en interrelations* ¹⁸³⁹ ». S'il s'agira sans nul doute d'un long processus d'institutionnalisation, le fait de porter attention aux démarches canadiennes permet d'enrichir une réflexion prospective. Il est alors possible d'imaginer l'établissement d'entités juridiques collectives au niveau local (A) auxquelles répondront des institutions « nationales » garantes de l'expression collective de l'ensemble des détenteurs de la souveraineté kanake (B).

¹⁸³⁸ FÉRAL FRANÇOIS, « L'adoption de la Charte du peuple Kanak de Nouvelle-Calédonie. Les prémices d'un pluralisme juridique : origine, fondements et perspectives des droits autochtones du peuple kanak », En ligne : <https://www.academia.edu/6921583/Ladoption_de_la_Charte_du_peuple_Kanak_de_Nouvelle-Cal%C3%A9donie>, *op. cit.*, p. 22.

¹⁸³⁹ *Ibid.*, p. 13.

A | *L'organisation des collectivités locales kanakes*

647 . Il existe plusieurs types d'organisations étatiques que sont les États unitaires, les États fédéraux ou les confédérations d'États. Les États unitaires, à l'image de la France, ont généralement une organisation décentralisée. Si le pouvoir est central, certaines de ses prérogatives sont déléguées à des collectivités territoriales afin de prendre des décisions au plus près de la population. Dès la fin du XIX^{ème} siècle, se basant sur la thèse de Louis Le Fur, les juristes constitutionnalistes vont par ailleurs réaliser une distinction claire entre deux types de regroupement d'États que sont les fédérations et les confédérations d'États¹⁸⁴⁰. Le premier regroupement répartit le pouvoir constitutionnel entre au moins deux ordres différents, un corps central, l'État fédéral, et des entités régionales, les États fédérés. Trois principes s'appliquent généralement aux États fédéraux. Le principe de superposition implique la présence de deux ordres juridiques et seul l'État fédéral dispose généralement de la souveraineté en droit international. Le principe d'autonomie octroie aux entités fédérées une sphère de compétences propres et un pouvoir d'auto-organisation au niveau législatif, exécutif et judiciaire. Le principe de participation enfin, permet aux États fédérés de participer au pouvoir fédéral. À l'inverse, la confédération ne constitue pas un nouvel État mais seulement une association d'États souverains, où chaque État conserve sa pleine souveraineté et où les décisions sont prises à l'unanimité¹⁸⁴¹.

648 . Si l'on transpose, par analogie, cette distinction au sein du monde kanak, l'identité kanake est établie sur la base d'une autonomie clanique importante et il semblerait opportun d'envisager une organisation institutionnelle de nature confédérale qui empêcherait, en particulier, les institutions représentatives de l'ensemble du peuple kanak de modifier les équilibres internes sans recueillir l'accord unanime des chefferies kanakes. L'organisation de type confédéral reste néanmoins un concept purement occidental et ne représente sans doute pas toute la complexité de

¹⁸⁴⁰ LE FUR LOUIS, *État fédéral et confédération d'États*, Marchal et Billard, Paris, 1896, 839 p.

¹⁸⁴¹ PECH LAURENT, « Les formes de l'État et l'Union européenne : de la confédération à la fédération ? », dans Conférence de la Chaire de Recherche du Canada en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie, Montréal, 2002.

l'organisation kanake. Nous l'utilisons donc ici dans l'unique objectif de servir de modèle illustratif, de concept relai. Ainsi, il existerait un niveau national, permettant le fonctionnement coordonné des collectivités kanakes et gérant les relations avec l'État, et un niveau local assurant le fonctionnement et la gestion des collectivités kanakes¹⁸⁴².

649 . L'organisation sociale kanake a été précisée de manière claire dans la Charte du Peuple Kanak. Deux structures coutumières principales existent au niveau local, le clan qui « *est la base de l'organisation sociale Kanak*¹⁸⁴³ » et la chefferie qui détient « *les éléments constitutifs de la souveraineté autochtone que sont : un territoire, un peuple et une autorité exerçant son pouvoir sur tous les attributs liés à ladite souveraineté*¹⁸⁴⁴ ». L'idée que ces collectivités présentent les caractéristiques d'une personnalité morale de droit public est corroborée par les références aux notions de « *pouvoir* », « *contre-pouvoir* » et « *prises de décisions* » qui alimentent l'ensemble du chapitre de la Charte intitulé *De l'organisation sociale et des chefferies*. Étant établi que les chefferies détiennent les attributs de la souveraineté kanake, la circonscription de ces entités infra-nationales pourraient éventuellement être décidée à cette échelle.

650 . Au Canada, l'ingénierie institutionnelle mise en place par l'Accord Nisga'a et l'Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador montre la mise en œuvre d'une nouvelle gouvernance autochtone. Cette organisation pionnière possède un statut *sui generis* inspiré à la fois de la tradition juridique propre au peuple autochtone et de pratiques contemporaines infléchies par le droit étatique. La première étape de cette gouvernance va consister à délimiter « *les terres contrôlées par [les] collectivités[s] autochtone[s] et celles sur lesquelles les autochtones détiennent des droits d'usage des terres domaniales*¹⁸⁴⁵ ». La délimitation de ces terres recèle une importance prépondérante dans l'organisation

¹⁸⁴² FÉRAL FRANÇOIS, « L'adoption de la Charte du peuple Kanak de Nouvelle-Calédonie. Les prémices d'un pluralisme juridique : origine, fondements et perspectives des droits autochtones du peuple kanak », *op. cit.*, p. 19.

¹⁸⁴³ ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK, *Charte du Peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak*, *op. cit.*, art. 39.

¹⁸⁴⁴ *Ibid.*, art. 29.

¹⁸⁴⁵ OTIS GHISLAIN, « Rencontre des cultures juridiques dans la toundra subarctique : vers une nouvelle gouvernance foncière au Nunatsiavut », *Télescope*, 2009, p. 110.

institutionnelle autochtone puisqu'elles forment « *la base territoriale à l'intérieur de laquelle les gouvernements locaux des autochtones exercent leurs compétences*¹⁸⁴⁶ ». Les nations autochtones sont souvent propriétaires, en fief simple, de la première catégorie de terre¹⁸⁴⁷. Les territoires restants, représentant la majeure partie des territoires concernés par les Accords, conservent leur statut de terre domaniale et continuent d'appartenir à l'État. Bien que ces deux traités ne soient pas établis sur les mêmes bases, des analogies peuvent être réalisées afin d'identifier les droits généralement consentis aux peuples autochtones parties aux Accords. Outre le droit d'exercer leurs activités traditionnelles sur les terres domaniales situées à l'extérieur des terres qu'ils détiennent à titre exclusif, les autochtones peuvent être impliqués dans de nombreux projets visant l'utilisation, l'exploitation ou le développement de ces territoires tels que la participation à des comités de gestion de la faune par exemple¹⁸⁴⁸.

651 . Aux termes de l'Accord définitif Nisga'a, la Nation nisga'a détient 2000 km² de terre en fief simple, soit en pleine propriété, puis la possibilité de s'adonner à leurs activités traditionnelles sur un territoire domanial d'environ 43 939 km²¹⁸⁴⁹ qui correspond sensiblement aux terres qu'ils fréquentaient traditionnellement avant l'affirmation de la souveraineté européenne. De même, les Inuit du Labrador sont propriétaires en fief simple de 15 800 km² de terres et possèdent des droits sur la région du règlement des Inuit du Labrador, c'est-à-dire leur territoire traditionnel, couvrant une superficie totale de 121 210 km²¹⁸⁵⁰ ayant le statut de terres domaniales. Tout en englobant les réserves existantes avant la négociation,

¹⁸⁴⁶ GRAMMOND SEBASTIEN, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruylant / Editions Yvon Blais, coll. Droit, territoires, cultures, Bruxelles, 2003, *op. cit.*, p. 257.

¹⁸⁴⁷ *Accord définitif Nisga'a*, signé le 27 avril 1999 entre la Nation Nisga'a, la province de Colombie-Britannique et le Canada, *op. cit.*, chap. 3, art. 3 ; *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, signé le 22 janvier 2005 entre les Inuit du Labrador, la province de Terre-Neuve-et-Labrador et le Canada, *op. cit.*, art. 4.4.1.

¹⁸⁴⁸ GRAMMOND SEBASTIEN, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, *op. cit.*, p. 257.

¹⁸⁴⁹ Le peuple Nisga'a a la possibilité de pêcher dans la région de la Nass (26 838 km²) et de chasser dans la « zone faunique de la Nass » (16 101 km²). Les Nisga'a participent également aux Comités de gestion concernant la gestion du poisson et de la faune terrestre. À ce titre, ils établissent des avis et recommandations pour les gouvernements concernés. Cf. en ce sens : AFFAIRES AUTOCHTONES ET DEVELOPPEMENT DU NORD CANADA, « Prospérer-Rapport annuel 2002 sur l'Accord définitif Nisga'a », En ligne : <<http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/>>.

¹⁸⁵⁰ La région visée par le règlement compte une zone terrestre de 72 520 km² et une zone en mer de 48 690 km². Cf. en ce sens : AFFAIRES AUTOCHTONES ET DEVELOPPEMENT DU NORD CANADA, « Faits

les Accords attribuent une propriété foncière exclusive nettement plus conséquente aux nations autochtones¹⁸⁵¹. Il est par ailleurs à noter que les terres en fief simple autorisent un régime hybride permettant aux autochtones, tout en préservant leurs relations traditionnelles à la terre, de jouir, s'ils le désirent, des droits qu'offre le régime foncier occidental¹⁸⁵².

652 . L'ingénierie administrative et institutionnelle mise en place dans les Accords des Inuit du Labrador et Nisga'a offre un exemple intéressant et innovant de tentative d'édification d'un gouvernement autochtone. Les deux traités proclament le droit à l'autonomie gouvernementale des nations autochtones et déclarent que leurs droits s'exerceront conformément à l'Accord, ainsi qu'aux lois et à la Constitution de leur Nation¹⁸⁵³. Ces nouvelles formes d'autonomie gouvernementale diffèrent par bien des aspects des modèles traditionnels privilégiés par l'État davantage orientés vers un « *gouvernement locale unitaire*¹⁸⁵⁴ », s'apparentant à une municipalité et ne disposant pas de pouvoirs en matière de santé ou d'éducation. Elles créent semblablement deux ordres de gouvernement autochtones et instaurent par ce biais, une structure de type fédéral. Les pouvoirs sont ainsi répartis entre un gouvernement « national » ou supracommunautaire et des gouvernements locaux de villages ou de communautés.

653 . La Nation nisga'a a ainsi réparti ses pouvoirs entre un gouvernement régional, le gouvernement Nisga'a Lisims et quatre gouvernements de village¹⁸⁵⁵, tous dotés de la personnalité morale¹⁸⁵⁶. Ces autorités locales¹⁸⁵⁷ agissent par

saillants de l'Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador », En ligne : <<http://www.aadnc-aandc.gc.ca/aiarch/>>.

¹⁸⁵¹ *Accord définitif Nisga'a*, op. cit., Appendice A-1, « Index des cartes des Terres Nisga'a », pp. 7-8 ; *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, op. cit. Appendice A-1, « Index des cartes », p. 4.

¹⁸⁵² Une nuance doit cependant être apportée car les usages possibles des « Terres » divergent selon les Accords. Ainsi, l'Accord définitif Nisga'a permet à la Nation Nisga'a de vendre des parcelles de son territoire tandis que l'Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador n'autorise pas la concession de terres en pleine propriété. Cf. en ce sens : *Accord définitif Nisga'a*, op. cit., chap. 3, art. 4.a ; *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, op. cit., art. 4.4.5.

¹⁸⁵³ *Accord définitif Nisga'a*, op. cit., chap. 11, art. 6.

¹⁸⁵⁴ GRAMMOND SEBASTIEN, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, op. cit., p. 292.

¹⁸⁵⁵ *Accord définitif Nisga'a*, op. cit., chap. 11, art. 2.

¹⁸⁵⁶ *Ibid.*, chap. 11, art. 5.

¹⁸⁵⁷ Les quatre villages sont respectivement New Aiyansh, Gitwinksihlkw, Laxgalt'sap et Gingolx. Cf. en ce sens : *Constitution de la Nation Nisga'a*, ratifiée en octobre 1998, art. 25.1.b.

l'intermédiaire de leur chef de village et de leur conseil, élus par les citoyens niska'a résidant dans le village¹⁸⁵⁸. La Constitution niska'a, ratifiée en octobre 1998, est venue apporter certaines précisions quant à la composition et aux fonctions des gouvernements locaux. Il est indiqué que le nombre de conseillers de village varie en fonction du nombre d'habitants, le seuil maximal étant fixé à huit conseillers si le gouvernement rassemble une population de plus de huit cents personnes¹⁸⁵⁹. En outre, seul un citoyen niska'a peut être nommé à ce poste¹⁸⁶⁰, la Constitution instaurant ainsi un gouvernement ethnique où seuls peuvent voter et être élus des ressortissants de la communauté autochtone¹⁸⁶¹. L'Accord prévoit néanmoins un droit de participation pour les résidents non autochtones habitant sur les terres niska'a qui seront consultés sur les décisions les touchant de manière importante¹⁸⁶². Ces gouvernements de village disposent de prérogatives législatives¹⁸⁶³ et d'une autorité administrative¹⁸⁶⁴. Ils peuvent ainsi adopter des lois sur les terres des villages niska'a dans les domaines déterminés par l'Accord Niska'a¹⁸⁶⁵ tels que, l'établissement d'institutions publiques, les responsabilités et rémunérations des fonctionnaires¹⁸⁶⁶, l'utilisation, la gestion et le développement des terres de village niska'a¹⁸⁶⁷, l'ordre public¹⁸⁶⁸ ou encore les bâtiments, structures et ouvrages publics¹⁸⁶⁹. Cette législation sera adoptée aux termes d'une procédure qui implique *a minima* un vote à la majorité simple des membres du gouvernement et la signature de la loi¹⁸⁷⁰ par le conseiller en chef du village¹⁸⁷¹.

Par ailleurs, l'Accord prévoit l'établissement de locaux urbains permettant aux citoyens niska'a résidant à l'extérieur de la région du règlement, soit en milieu urbain

¹⁸⁵⁸ AFFAIRES AUTOCHTONES ET DEVELOPPEMENT DU NORD CANADA, « Rapport annuel 2001 sur l'Accord définitif Niska'a », En ligne : <<http://www.aadnc-aandc.gc.ca>>.

¹⁸⁵⁹ Le nombre de conseillers dans les gouvernements de village est au minimum de quatre pour une population inférieure à 201 habitants. Cf. en ce sens : *Constitution de la Nation Niska'a, op. cit.*, chap. 6, art. 42.1.b.

¹⁸⁶⁰ *Ibid.*, chap. 6, art. 42.3.

¹⁸⁶¹ Les gouvernements ethniques se distinguent des gouvernements publics où tous les citoyens de l'État sont représentés.

¹⁸⁶² *Accord définitif Niska'a, op. cit.*, chap. 11, art. 19 à 23.

¹⁸⁶³ *Constitution de la Nation Niska'a, op. cit.*, chap. 6, art. 43.

¹⁸⁶⁴ *Ibid.*, chap. 6, art. 44.

¹⁸⁶⁵ *Ibid.*, chap. 6, art. 43.2.a.

¹⁸⁶⁶ *Accord définitif Niska'a, op. cit.*, chap. 11, art. 35.a. et b.

¹⁸⁶⁷ *Ibid.*, chap. 11, art. 48.

¹⁸⁶⁸ *Ibid.*, chap. 11, art. 60.

¹⁸⁶⁹ *Ibid.*, chap. 11, art. 70.

¹⁸⁷⁰ *Constitution de la Nation Niska'a, op. cit.*, chap. 6, art. 43.3.

ou en dehors de la région du Nass, de participer au gouvernement Nisga'a Lisims et d'y être représentés¹⁸⁷². La Constitution nisga'a a ainsi institué trois zones locales urbaines, à Vancouver, Terrasse et Prince Rupert/Port Edward, réservant à la loi la possibilité d'en créer de nouvelles¹⁸⁷³.

654 . L'organisation institutionnelle des Inuit du Labrador est sensiblement la même. Deux ordres de gouvernement sont institués¹⁸⁷⁴, le gouvernement Nunatsiavut, ayant compétence sur les Inuit au niveau régional, et cinq gouvernements de communautés inuites¹⁸⁷⁵ au niveau local¹⁸⁷⁶. Ces gouvernements locaux sont composés d'un AngajukKâk, premier dirigeant et maire du gouvernement¹⁸⁷⁷, et de conseillers, tous élus au suffrage universel pour une durée de quatre ans¹⁸⁷⁸. Le nombre de conseillers diffère également en fonction de la population locale. Pour une communauté inuite de deux mille résidents ou moins, sept postes de conseillers seront à pourvoir, au-delà, neuf conseillers seront élus¹⁸⁷⁹. Les gouvernements communautaires inuits sont des gouvernements mixtes à majorité Inuit garantie ce qui assure leur contrôle par les autochtones. Le nombre de conseillers est ainsi divisé entre ceux représentant les nouveaux résidents¹⁸⁸⁰ qui ne peuvent se voir attribuer plus de deux sièges¹⁸⁸¹ et ceux représentant les Inuit, les résidents¹⁸⁸² et les

¹⁸⁷¹ Chef de village et conseiller en chef sont utilisés comme synonymes.

¹⁸⁷² *Accord définitif Nisga'a*, op. cit., chap. 11, art. 9.g.

¹⁸⁷³ *Constitution de la Nation Nisga'a*, op. cit., chap. 4, art. 26.2.

¹⁸⁷⁴ Le gouvernement Nunatsiavut et les gouvernements des communautés inuites sont des entités juridiques disposant de tous les attributs d'une personne physique. Cf. en ce sens : *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, signé le 22 janvier 2005 entre les Inuit du Labrador, la province de Terre-Neuve-et-Labrador et le Canada, op. cit., art. 17.4.1.

¹⁸⁷⁵ Les cinq communautés sont respectivement Nain, Hopedale, Postville, Makkovik et Rigolet.

¹⁸⁷⁶ *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, op. cit., art. 17.3.3.a et b.

¹⁸⁷⁷ *Ibid.*, art. 17.1.1.

¹⁸⁷⁸ *Constitution des Inuit du Labrador*, 1er décembre 2005, art. 10.4.11.

¹⁸⁷⁹ *Ibid.*, art.10.4.2.

¹⁸⁸⁰ *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, op. cit., art. 17.1.1 : « [...] "nouveau résident" s'entend d'un particulier : a) qui est non bénéficiaire ; b) qui est citoyen canadien ou résident permanent du Canada en vertu de la législation fédérale ; et c) qui est devenu résident habituel d'une communauté inuite après le 10 mai 1999 ».

¹⁸⁸¹ *Constitution des Inuit du Labrador*, op. cit., art. 10.4.3.

¹⁸⁸² Les résidents sont définis selon les mêmes caractéristiques que les nouveaux résidents à la différence qu'ils étaient déjà résidents habituels d'une communauté inuite avant le 10 mai 1999. Cf. en ce sens : *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, op. cit., art. 17.1.1.

descendants¹⁸⁸³. Chaque catégorie d'individus vote pour ses propres conseillers¹⁸⁸⁴. Enfin, tout résident âgé de seize ans peut voter pour l'élection de l'AngajukKâk¹⁸⁸⁵, ce dernier ne pouvant être qu'un adulte Inuk résidant habituellement dans la communauté¹⁸⁸⁶.

655 . Les gouvernements de communauté gouvernent librement¹⁸⁸⁷ au niveau local et il est précisé dans la Constitution inuite que les pouvoirs et fonctions qu'ils détiennent ne sauraient être entravés par le gouvernement Nunatsiavut sauf dispositions contraires de la Constitution¹⁸⁸⁸. À cet égard, tous projets de lois inuits nationaux qui auraient pour dessein d'affecter le statut, les institutions ou les pouvoirs des gouvernements communautaires doivent être publiés dans les communautés afin de leur permettre, ainsi qu'à toutes personnes intéressées, de faire des commentaires¹⁸⁸⁹.

Chaque gouvernement communautaire dispose d'une autorité législative, le conseil de communauté inuit¹⁸⁹⁰ et d'une autorité exécutive dévolue à l'AngajukKâk. L'autorité législative dispose du pouvoir d'édicter des règlements concernant les matières locales ou municipales. L'Accord des Inuit du Labrador a attribué deux séries de compétences législatives aux gouvernements communautaires, en fonction de la préséance accordée aux règlements ou aux lois nationales inuites en cas de conflits de normes¹⁸⁹¹. De manière générale¹⁸⁹², les gouvernements locaux se doivent de légiférer afin d'assurer des prestations de services publics¹⁸⁹³, de promouvoir le développement

¹⁸⁸³ Les descendants sont des individus non bénéficiaires, citoyens canadiens ou résidents permanents du Canada, nés après le 10 mai 1999, dont l'un des parents au moins était résident au moment de leur naissance et qui ont été résidents habituels d'une communauté inuite depuis leur naissance. Cf. en ce sens : *Ibid.*, art. 17.1.1.

¹⁸⁸⁴ *Constitution des Inuit du Labrador*, op. cit., art. 10.4.6, 10.4.7 et 10.4.8.

¹⁸⁸⁵ *Ibid.*, art. 10.4.4.

¹⁸⁸⁶ *Ibid.*, art. 10.4.5.

¹⁸⁸⁷ *Ibid.*, art. 10.1.4.

¹⁸⁸⁸ *Ibid.*, art. 10.1.5.

¹⁸⁸⁹ *Ibid.*, art. 10.2.5.

¹⁸⁹⁰ *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, op. cit., art. 17.40.1 ; *Constitution des Inuit du Labrador*, op. cit., art. 10.1.3.

¹⁸⁹¹ *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, op. cit., art. 17.41.1 à 17.41.4.

¹⁸⁹² *Constitution des Inuit du Labrador*, op. cit., art. 10.2.1.

¹⁸⁹³ Cf. notamment : *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, op. cit., art. 17.41.3.d : « la prestation de services tels que l'eau, les égouts, l'éclairage, l'enlèvement et l'élimination des déchets, le drainage des eaux pluviales, le déblaiement, l'enlèvement et l'élimination de la neige, ainsi que la prévention, la gestion et l'enlèvement de la glace dans les zones bâties ».

économique et social de la communauté¹⁸⁹⁴, ou encore de garantir un environnement sain et respectueux de la santé¹⁸⁹⁵. La Constitution inuite leur impose également d'assurer les normes minimales afin de mettre en œuvre une bonne administration financière et de maintenir la paix publique, l'ordre et la sécurité¹⁸⁹⁶. À cet égard, les gouvernements communautaires peuvent prévoir l'imposition de pénalités et de sanctions pour non respect des règlements édictés¹⁸⁹⁷.

Enfin, à l'instar de l'Accord Nisga'a, l'Accord Inuit prévoit l'établissement de sociétés communautaires pour représenter les intérêts des Inuit vivant à l'extérieur du territoire traditionnel inuit¹⁸⁹⁸. Il existe actuellement deux sociétés communautaires, la société NunaKatiget, représentant les habitants de Happy Valley-Goose et la société Sivunivut représentant North West River. L'article 4.2.6 de la Constitution inuite prévoit toutefois la possibilité de créer de nouvelles communautés permanentes par le biais d'une loi inuite votée à la majorité simple. Le président de chaque société communautaire est membre de l'Assemblée Nunatsiavut.

656 . À la manière des gouvernements de village nisga'a et des gouvernements communautaires inuits, les chefferies kanakes, au nombre de cinquante-sept, pourraient être reconnues comme collectivités kanakes locales, titulaires de la personnalité morale afin de représenter et d'agir pour le compte des résidents kanaks de ces circonscriptions. Une structuration du pouvoir au sein des chefferies existe d'ores et déjà. La Charte du Peuple Kanak indique qu'au sein des chefferies, le pouvoir est exercé par le chef et son conseil des chefs de clan sur un territoire déterminé, la tribu¹⁸⁹⁹. L'article 54 précise, en outre, que le président du conseil des chefs de clan préside les travaux du conseil et organise, avec l'aide de son bureau, le fonctionnement de la tribu. Cette organisation établit une séparation des pouvoirs

¹⁸⁹⁴ Cf. notamment : *ibid.*, art. 17.41.1.g. : « le développement économique communautaire, y compris le tourisme et l'établissement de zones d'amélioration des affaires ».

¹⁸⁹⁵ Cf. notamment : *ibid.*, art. 17.41.3.a : « la prévention de la pollution de l'eau, dans la communauté inuite, utilisée par le conseil de communauté inuite pour fournir l'approvisionnement municipal en eau ou qui est nécessaire pour l'utilisation future de la communauté inuite ».

¹⁸⁹⁶ *Constitution des Inuit du Labrador*, op. cit., art. 10.1.6.b.

¹⁸⁹⁷ Étant précisé que les pénalités et sanctions prescrites ne peuvent être plus sévères que celles susceptibles d'être imposées en vertu de la *Municipalities Act* de 1999. Cf. en ce sens : *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, op. cit., art. 17.28.5.

¹⁸⁹⁸ *Ibid.*, art. 17.3.4.c.

¹⁸⁹⁹ ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK, *Charte du Peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak*, adoptée par les chefferies coutumières de Nouvelle-Calédonie le 26 avril 2014, op. cit., art. 45.

entre le conseil délibérant de la collectivité mettant en place les normes juridiques s'appliquant sur le territoire et un organe exécutif, le président du conseil et son bureau, permettant l'application de ces mêmes normes juridiques. Si au Canada, les membres de l'autorité législative sont généralement élus, la représentation du groupe peut néanmoins procéder d'une modalité différente de celle de l'élection proprement dite. Cette hypothèse soulève de nombreuses contestations de la part des puissances occidentales convaincues selon Pierre Martin que « *l'élection constitue le principe de base de la démocratie représentative*¹⁹⁰⁰ ». La Déclaration universelle des droits de l'Homme elle-même fait ce lien en apparence indissociable entre démocratie et élections dans son article 21 alinéa 3 :

« La volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics ; cette volonté doit s'exprimer par des élections honnêtes qui doivent avoir lieu périodiquement, au suffrage universel égal et au vote secret ou suivant une procédure équivalente assurant la liberté du vote ».

Or, les clans kanaks utilisent souvent des procédures de cooptation, sur une base consensuelle, sans que par ailleurs, ce type de représentation ne soit contesté dans leur société. L'article 46 de la Charte du Peuple Kanak explique le mécanisme de nomination des chefs :

« Le clan de la chefferie constitue le poteau central de la grande case. Il propose ou nomme le chef qui est en général l'aîné de la branche aînée. Dans les Îles loyauté, la fonction de chef et de grand chef se transmet héréditairement. En général et dans tous les cas de figure, la nomination in fine d'un chef doit faire l'objet d'un consensus issu notamment de la consultation du/des clans dont c'est le rôle. Cela passe également par le respect de procédures particulières propres à chaque région coutumière et chaque chefferie ».

Imposer à ces derniers les règles du scrutin majoritaire risquerait d'entraîner nombre de conflits au sein de ces collectivités. D'une part, cela irait à l'encontre des

¹⁹⁰⁰ MARTIN PIERRE, *Les systèmes électoraux et les modes de scrutin*, Montchrestien, 2^{ème} éd., Paris,

mécanismes consensuels qui irriguent l'ensemble des valeurs kanakes¹⁹⁰¹. D'autre part, l'organisation kanake et les diverses responsabilités claniques se trouveraient bouleversées par l'instauration d'un système électif qui ne tiendrait nul compte de ces considérations organisationnelles. Ainsi par exemple, les membres des clans accueillis, malgré leur élection, ne seraient pas coutumièrement légitimes pour assurer le rôle de Président du conseil des chefs de clan¹⁹⁰².

Pour autant, si pour certains auteurs l'élection ne constitue pas nécessairement une condition intrinsèque de la démocratie, cette dernière doit toutefois, pour perdurer, veiller au respect des droits fondamentaux¹⁹⁰³. De ce fait, « *toute formule de dévolution du pouvoir par consensus devra [...] être respectueuse de la liberté d'expression, de la liberté d'association et de l'égalité politique des individus*¹⁹⁰⁴ ». À cet égard, si les Kanaks souhaitent conserver un mode de nomination consensuel, il leur faudra tenir compte des droits fondamentaux et tenter de pallier certaines dérives qui sont aujourd'hui contestées par un nombre important d'individus kanaks. Sont ainsi relevés des problèmes de transparence qui ne permettent pas d'identifier clairement les chefs¹⁹⁰⁵, des modes de cooptation trop flous et recouvrant des pratiques diverses¹⁹⁰⁶, et surtout une demande de parité de plus en plus importante de la part des femmes kanakes qui souhaitent, au moins dans les institutions nationales, être représentées et pouvoir siéger¹⁹⁰⁷. En 2003, le porte-parole du Sénat coutumier, Georges Mandaoué, répondant à l'ensemble de ces critiques explique : « *notre grand défi ce sont les traditions à sauvegarder même si l'évolution et la modernité sont inexorables [...]. Il y a des réformes à faire et une réorganisation à mettre en place.*

1997, p. 9.

¹⁹⁰¹ ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK, *Charte du Peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak*, op. cit., art. 18, 46, 50, 51, 52, 54.

¹⁹⁰² DEMMER CHRISTINE, BENSA ALBAN, HALPÉRIN JEAN-LOUIS, NAEPELS MICHEL, TRÉPIED BENOIT, SALOMON CHRISTINE et SORIANO ERIC, *Faire de la coutume un droit. Enjeux, histoire, questionnements*, Mission de recherche Droit et Justice, 2016, op. cit., p. 33.

¹⁹⁰³ OTIS GHISLAIN, « Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada », *Revue de droit de McGill*, vol. 49, 2004, p. 415.

¹⁹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁰⁵ DEMMER CHRISTINE, BENSA ALBAN, HALPÉRIN JEAN-LOUIS, NAEPELS MICHEL, TRÉPIED BENOIT, SALOMON CHRISTINE et SORIANO ERIC, *Faire de la coutume un droit. Enjeux, histoire, questionnements*, op. cit., p. 33 et p. 113.

¹⁹⁰⁶ *Ibid.*, p. 116.

¹⁹⁰⁷ GORODÉ DEWE, *Mwa Vée*, n° 48, p. 23, cité par : *ibid.*, pp. 130-131.

*En revanche, la parité n'a rien à voir avec la coutume*¹⁹⁰⁸ ». Cette affirmation devra sans nul doute être abandonnée si les Kanaks souhaitent établir des institutions véritablement démocratiques et respectueuses des droits de l'Homme.

657 . La Charte du Peuple Kanak prévoit la mise en œuvre de politiques ayant trait à un développement économique et social autochtone durable, solidaire et communautaire¹⁹⁰⁹, une maîtrise raisonnée des outils modernes de développement¹⁹¹⁰, l'apprentissage de la vie coutumière et de la langue en tribu¹⁹¹¹ ou encore le maintien de l'ordre public coutumier. Tout comme dans les gouvernements communautaires inuits par exemple, ces prérogatives pourraient être assurées par les chefferies au niveau local. Les conseils de chefs de clan seraient susceptibles d'établir des règlements dans tous les domaines précités. À ce titre, la personne morale réglerait elle-même les rapports entre ses membres et serait « *légitime à assurer une discipline interne en infligeant des sanctions et en réglementant leur domaine de compétence, voire en prenant des décisions unilatérales* »¹⁹¹². En d'autres termes, les autorités représentatives de ces personnes morales, soit les autorités coutumières kanakes, pourraient édicter des règles impératives à caractère général et impersonnel s'imposant aux membres du groupe.

658 . Cela nécessite de redéfinir le régime des actes coutumiers qui ne seraient plus considérés comme des actes conventionnels mais comme des actes administratifs, susceptibles d'un contrôle juridictionnel. En effet, les autorités coutumières prennent des décisions relatives à la gestion des terres, à leur mise en valeur, ou encore au droit civil. Certaines décisions sont intrinsèquement de nature réglementaire en raison de leur portée générale et impersonnelle et de leur opposabilité à tout individu résidant sur le territoire des chefferies. Ces dernières sont également amenées à trancher des litiges interclaniques. Différentes natures d'actes existent donc et l'institutionnalisation des chefferies en tant que collectivités

¹⁹⁰⁸ MANDAOUÉ GEORGES, cité par *ibid.*, p. 130.

¹⁹⁰⁹ ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK, *Charte du Peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak*, op. cit., art. 84.

¹⁹¹⁰ *Ibid.*, art. 85.

¹⁹¹¹ *Ibid.*, art. 98.

¹⁹¹² FÉRAL FRANÇOIS, « Quelques éléments de doctrine autochtoniste sur les institutions de Nouvelle-Calédonie », *Quelques aspects des droits du peuple autochtone en Nouvelle-Calédonie*, *Revue Juridique, Politique et Economique de Nouvelle-Calédonie*, n° 18, février 2011, op. cit., p. 16.

juridiques nécessiterait « *l'infléchissement de la rédaction des actes coutumiers tenant compte des différences de nature de palabres*¹⁹¹³ ».

659 . Au cours d'une démarche introspective débutée en mars 2011 par le biais de l'organisation d'un atelier « droit et coutume », les autorités kanakes soulevaient la problématique des institutions kanakes, au-delà des limites de l'Accord de Nouméa et de la loi organique de 1999. À la suite de cet atelier, lors d'un séminaire en 2012, ont été lancés les États généraux du peuple kanak et la définition du socle commun des valeurs¹⁹¹⁴ ayant mené à l'adoption de la Charte du Peuple Kanak le 12 avril 2014. Cette dernière fait de la question institutionnelle le point névralgique de « *l'émancipation du Peuple Kanak*¹⁹¹⁵ » en affirmant que « *le Peuple Kanak doit mettre en place par lui-même des institutions propres à le gouverner et à unifier son Droit*¹⁹¹⁶ ». À cet effet, les autorités coutumières estiment que la souveraineté du peuple kanak doit aujourd'hui s'exprimer « *à travers une instance qui soit l'émanation de l'ensemble des chefferies*¹⁹¹⁷ ». À ce titre et en tant qu'uniques « *représentants traditionnels et légitimes*¹⁹¹⁸ » de la société kanake, elles se sont érigées, aux termes de la Charte, en Assemblée du Peuple Kanak et ont délégué au Sénat coutumier la « *mission conventionnelle*¹⁹¹⁹ » d'organiser et de renforcer la souveraineté du peuple kanak et donc « *d'établir la composition et le fonctionnement des institutions kanak*¹⁹²⁰ », notamment au niveau national.

¹⁹¹³ FÉRAL FRANÇOIS, « L'adoption de la Charte du peuple Kanak de Nouvelle-Calédonie. Les prémices d'un pluralisme juridique : origine, fondements et perspectives des droits autochtones du peuple kanak », En ligne : <https://www.academia.edu/6921583/Ladoption_de_la_Charte_du_peuple_Kanak_de_Nouvelle-Cal%C3%A9donie>, *op. cit.*, p. 25.

¹⁹¹⁴ *Ibid.*, p. 11.

¹⁹¹⁵ ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK, *Charte du Peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak*, *op. cit.*, p. 30.

¹⁹¹⁶ *Ibidem.*

¹⁹¹⁷ ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK, *Charte du Peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak*, *op. cit.*, p. 30.

¹⁹¹⁸ *Ibid.*, Préambule, p. 10.

¹⁹¹⁹ *Ibid.*, p. 31.

¹⁹²⁰ FÉRAL FRANÇOIS, « L'adoption de la Charte du peuple Kanak de Nouvelle-Calédonie. Les prémices d'un pluralisme juridique : origine, fondements et perspectives des droits autochtones du peuple kanak », *op. cit.*, p. 21.

B | Les institutions nationales kanakes

660 . Actuellement, le Sénat coutumier est l'institution nationale chargée de représenter les chefferies kanakes auprès des institutions centrales de Nouvelle-Calédonie. Néanmoins son pouvoir est cantonné à l'émission d'avis ne liant pas le législateur néocalédonien et sa participation aux décisions législatives reste donc fortement limitée¹⁹²¹. Plusieurs solutions pourraient être envisagées pour donner davantage de poids au Sénat coutumier dans le processus d'édiction des lois ayant trait aux « affaires kanakes ».

661 . À l'instar des îles Fidji avant le coup d'État de décembre 2006, le système de vote pourrait être repensé, octroyant à la Seconde chambre un véritable pouvoir de décision. Si le Sénat fidjien n'était, à la différence du Sénat coutumier, pas entièrement composé de représentants coutumiers¹⁹²², il fallait cependant obtenir l'accord de neuf des quatorze sénateurs « coutumiers » pour qu'un projet ou une proposition de loi relatifs aux affaires autochtones fidjiennes puissent être adoptés par le Parlement¹⁹²³.

662 . Cette procédure permettait de mettre en place un « droit de veto » des sénateurs autochtones pour toutes les lois portant sur les affaires fidjiennes. L'instauration d'un tel mécanisme en Nouvelle-Calédonie donnerait aux représentants des chefferies kanakes le pouvoir d'imposer leur point de vue. La tradition juridique kanake étant basée sur le consensus et l'unanimité, il pourrait également être envisagé la nécessité d'un accord unanime du Sénat coutumier pour l'ensemble des projets et propositions de lois touchant les « affaires kanakes ».

663 . Si cette solution peut potentiellement pallier le manque de représentativité du peuple kanak, elle ne saurait faire oublier la différence

¹⁹²¹ *Ibid.*, p. 20.

¹⁹²² Le Sénat fidjien comprend trente-deux membres nommés par le Président de Fidji dont quatorze le sont sur proposition du Bose Levu Vakaturaga (Grand Conseil des chefs). Cf. en ce sens : DAVID CARINE, « Réflexions sur l'intégration de la coutume autochtone dans l'élaboration de la norme à partir du cas de la Nouvelle-Calédonie », dans MEYER NADEGE, DAVID CARINE (dir.), *L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale. Eléments d'ici et d'ailleurs...*, Bruylant, Bruxelles, 2012, *op. cit.*, pp. 211-212.

¹⁹²³ *Ibid.*, p. 212.

fondamentale entre une institution nationale kanake agissant en tant qu'institution néocalédonienne et la mise en place d'une institution kanake autonome incarnant véritablement l'autodétermination interne du peuple kanak. Actuellement, le Sénat coutumier fait office de deuxième chambre dans l'organisation législative étatique néocalédonienne et n'exerce donc pas l'autodétermination interne kanake. La solution idoine serait alors la reconnaissance d'une institution nationale dépositaire d'une personnalité juridique propre et titulaire d'un pouvoir législatif autonome qui répondrait adéquatement aux exigences de l'article 3 de la DDPA. Le traité Nisga'a et celui des Inuit du Labrador offrent des exemples probants de ce type d'ingénierie institutionnelle.

664 . L'Accord définitif Nisga'a reconnaît dès le départ le pouvoir constituant originaire des autorités autochtones. En vertu de l'Accord, la Nation nisga'a s'est dotée d'une Constitution lui permettant de créer et de régir le fonctionnement de ses institutions autonomes dans le cadre du traité¹⁹²⁴. Cette dernière, pour être adoptée, a obtenu le soutien de plus de soixante-dix pour cent des votants et a été ratifiée en octobre 1998. La Nation nisga'a dispose également d'un pouvoir constituant dérivé prévu par la Constitution¹⁹²⁵ lui permettant de modifier sa constitution selon la même procédure que celle prévue pour l'adoption de la Constitution originaire¹⁹²⁶. La Constitution nisga'a, dans le respect de l'Accord conclu avec le gouvernement fédéral et le gouvernement provincial, a ainsi précisé le fonctionnement de ses institutions.

Au niveau supracommunautaire, la Nation nisga'a dispose d'un gouvernement régional, le gouvernement Nisga'a Lisims, doté de tous les attributs d'une personne physique¹⁹²⁷. Le Gouvernement Nisga'a Lisims représente la Nation nisga'a dans l'exercice de ses droits, pouvoirs et privilèges¹⁹²⁸ et est notamment responsable des relations intergouvernementales avec le Canada et la Province de Colombie-Britannique¹⁹²⁹. Il se doit d'assurer par sa réglementation, tout comme les gouvernements de village, la protection de l'environnement de la région de la Nass,

¹⁹²⁴ *Accord définitif Nisga'a*, signé le 27 avril 1999 entre la Nation Nisga'a, la province de Colombie-Britannique et le Canada, *op. cit.*, chap. 11, art. 9.

¹⁹²⁵ *Constitution de la Nation Nisga'a*, ratifiée en octobre 1998, *op. cit.*, chap. 11, art. 61.

¹⁹²⁶ *Accord définitif Nisga'a*, *op. cit.*, chap. 11, art. 11.

¹⁹²⁷ *Ibid.*, chap. 11, art. 5.

¹⁹²⁸ *Constitution de la Nation Nisga'a*, *op. cit.*, art. 25.2.

l'accès à l'éducation de l'ensemble des citoyens nisga'a, ou encore la mise en place de services de santé et de services sociaux¹⁹³⁰. Il est constitué d'un corps législatif, d'un corps exécutif ainsi que d'un Conseil des Aînés qui a pour mission de fournir des conseils et une interprétation des lois traditionnelles afin de guider le gouvernement Nisga'a Lisims¹⁹³¹.

665 . Celui-ci est un gouvernement démocratique dont les quatre officiers principaux¹⁹³², élus¹⁹³³ par les citoyens nisga'a, sont respectivement le Président du Conseil, le Président exécutif, le Secrétaire-trésorier et le Président du Conseil des Aînés¹⁹³⁴ chargé de présider les réunions du Conseil des Aînés et de faire le lien avec l'organe exécutif¹⁹³⁵. Le Président du Conseil est le dirigeant de l'exécutif du gouvernement Nisga'a Lisims et conduit les délégations dans les relations intergouvernementales¹⁹³⁶. En cas de vacance ou d'incapacité temporaire de celui-ci, c'est au Président de l'exécutif que revient le rôle de le remplacer¹⁹³⁷. Ce dernier préside également les réunions de l'exécutif¹⁹³⁸. Enfin, le Secrétaire-trésorier a la responsabilité de l'administration des finances et préside, à cet égard, le Comité des finances nisga'a¹⁹³⁹. Ces quatre dirigeants font partie de l'organe exécutif qui comprend en outre, le conseiller en chef de chaque village nisga'a¹⁹⁴⁰ et un représentant des différents locaux urbains¹⁹⁴¹. L'élection de l'ensemble de ces dirigeants a lieu tous les quatre ans¹⁹⁴².

¹⁹²⁹ *Accord définitif Nisga'a*, op. cit., chap. 11, art. 3.

¹⁹³⁰ *Constitution de la Nation Nisga'a*, op. cit., art. 24.

¹⁹³¹ *Accord définitif Nisga'a*, op. cit., chap. 11, art. 9.i.

¹⁹³² *Constitution de la Nation Nisga'a*, op. cit., art. 36.a.

¹⁹³³ *Ibid.*, art. 38.2.

¹⁹³⁴ AFFAIRES AUTOCHTONES ET DEVELOPPEMENT DU NORD CANADA, « Prospérer-Rapport annuel 2002 sur l'Accord définitif Nisga'a », En ligne : <<http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/>>, op. cit.

¹⁹³⁵ *Constitution de la Nation Nisga'a*, op. cit., art. 39.4.

¹⁹³⁶ *Ibid.*, art. 39.1.

¹⁹³⁷ *Ibid.*, art. 39.2.b.

¹⁹³⁸ *Ibid.*, art. 39.2.a.

¹⁹³⁹ *Ibid.*, art. 39.3.a et b.

¹⁹⁴⁰ *Ibid.*, art. 36.b.

¹⁹⁴¹ *Ibid.*, art. 36.c.

¹⁹⁴² *Ibid.*, art. 28.

666 . Ils sont également représentés dans le corps législatif, le Wilp Si' ayuukhl Nisga'a, constitué de trente-six membres¹⁹⁴³ dont deux représentants de chaque locaux urbains, les conseillers¹⁹⁴⁴ et conseillers en chef de chaque village et les quatre dirigeants du gouvernement Nisga'a Lisims¹⁹⁴⁵. L'organe législatif est habilité à adopter toutes lois dans les domaines prévus par le traité Nisga'a¹⁹⁴⁶, tels que la citoyenneté¹⁹⁴⁷, la culture et la langue, l'ordre public, la paix et la sécurité ou encore les services sociaux et les services de santé. Il peut également transposer des lois provinciales ou fédérales qui trouveront ainsi à s'appliquer à la Nation nisga'a¹⁹⁴⁸ ou adopter des résolutions portant sur la mise en place d'un référendum national¹⁹⁴⁹. En outre, le Wilp Si' ayuukhl Nisga'a a le pouvoir de destituer un agent du gouvernement Nisga'a Lisims par le biais d'une résolution rencontrant l'approbation d'au moins deux tiers des membres de l'assemblée s'il s'avère que cet agent a une conduite inconsiderée ou une incapacité physique ou mentale l'empêchant de remplir convenablement ses fonctions¹⁹⁵⁰. La réciproque n'est en revanche pas prévue par la Constitution. Dans le cadre du pouvoir constituant dérivé, le pouvoir législatif peut aussi adopter des résolutions proposant des amendements à la Constitution nisga'a¹⁹⁵¹. En ce cas, après avoir adopté la résolution à la majorité simple, le Wilp Si' ayuukhl Nisga'a la transmet au pouvoir exécutif qui la renvoie au Conseil des Aînés afin de vérifier sa conformité aux valeurs et principes de la Nation nisga'a. Sur la base du rapport rendu par le Conseil des Aînés, le pouvoir législatif modifiera ou non sa résolution qui sera ensuite soumise à un référendum. La modification de la Constitution nécessitera l'approbation d'au moins soixante-dix pour cent des citoyens nisga'a votant et devra être conforme au Traité¹⁹⁵².

¹⁹⁴³ GOUVERNEMENT NISGA'A LISIMS, En ligne : <<http://www.nisgaanation.ca/>>.

¹⁹⁴⁴ Actuellement, et outre les conseillers en chef, le gouvernement de village New Aiyansh est représenté par sept conseillers de village, le gouvernement Gitwinksihlkw par cinq conseillers, le gouvernement Laxgalt'sap par six conseillers dont un sans droit de vote et le gouvernement Gingolx par cinq conseillers. Cf. en ce sens : GOUVERNEMENT NISGA'A LISIMS, En ligne : <<http://www.nisgaanation.ca/>>.

¹⁹⁴⁵ *Constitution de la Nation Nisga'a*, op. cit., art. 31.2.

¹⁹⁴⁶ *Ibid.*, art. 32.1.a.

¹⁹⁴⁷ *Accord définitif Nisga'a*, op. cit., chap. 11, art. 39.

¹⁹⁴⁸ *Constitution de la Nation Nisga'a*, op. cit., art. 32.1.b.

¹⁹⁴⁹ *Ibid.*, art.32.1.d.

¹⁹⁵⁰ *Ibid.*, art. 38.5.

¹⁹⁵¹ *Ibid.*, art. 32.1.c.

¹⁹⁵² *Ibid.*, chap. 11, art. 61.

667 . Le Conseil des Aînés précité est composé de chefs niska'a¹⁹⁵³, de matriarches niska'a¹⁹⁵⁴ et d'anciens niska'a¹⁹⁵⁵. Hormis le président, tous les autres membres du Conseil des Aînés sont nommés par le gouvernement Niska'a Lisims¹⁹⁵⁶. Ils sont appelés à se réunir à la demande du président du Conseil afin de considérer les questions qui leur sont soumises par le Wilp Si' ayuukhl Niska'a¹⁹⁵⁷, la Constitution niska'a préconisant leur saisine dans certains domaines particuliers tels que les amendements à la Constitution niska'a, les lois relatives à la langue et à la culture ou encore celles relatives à la citoyenneté¹⁹⁵⁸ afin d'apporter un éclairage sur les lois et pratiques traditionnelles dénommées les Ayuukhl Niska'a.

668 . Enfin, si une Cour niska'a n'est toujours pas créée à ce jour, l'Accord reconnaît un pouvoir judiciaire niska'a autorisant « *les autorités autochtones à constituer, maintenir et organiser*¹⁹⁵⁹ » une Cour niska'a pour l'application des lois autochtones¹⁹⁶⁰. C'est le gouvernement Niska'a Lisims qui aura la charge de nommer les juges de cette Cour¹⁹⁶¹, laissant en cela une marge de manœuvre intéressante au gouvernement pour sélectionner les juges les plus qualifiés dans la maîtrise de la langue, de la culture et de la tradition juridique autochtone¹⁹⁶². La Cour autochtone pourra en outre recourir à des assesseurs en la personne des Aînés afin de s'assurer de l'adéquation entre la peine prévue et les valeurs traditionnelles¹⁹⁶³. Pour autant, si la soumission du pouvoir judiciaire autochtone au respect des principes d'équité, d'indépendance et d'impartialité judiciaire¹⁹⁶⁴ peut s'interpréter comme une volonté de mettre en œuvre des principes directeurs communs afin d'harmoniser les systèmes

¹⁹⁵³ Les chefs niska'a sont dénommés Simgigat.

¹⁹⁵⁴ Les matriarches niska'a sont dénommées Sigidimhaanak.

¹⁹⁵⁵ *Constitution de la Nation Niska'a*, op. cit. art. 27.1.

¹⁹⁵⁶ *Ibid.*, art. 27.1.b.

¹⁹⁵⁷ *Ibid.*, art. 27.2.

¹⁹⁵⁸ *Ibid.*, art. 32.2.

¹⁹⁵⁹ OTIS GHISLAIN, « Fondements et limites de la reconnaissance judiciaire des cultures juridiques autochtones au Canada », dans OTIS GHISLAIN (dir.), *Le juge et le dialogue des cultures juridiques*, Karthala, coll. Les terrains du siècle, Paris, 2013, p. 106.

¹⁹⁶⁰ *Accord définitif Niska'a*, op. cit., chap. 12, art. 30.

¹⁹⁶¹ *Ibid.*, chap. 12, art. 37.

¹⁹⁶² OTIS GHISLAIN, « Fondements et limites de la reconnaissance judiciaire des cultures juridiques autochtones au Canada », op. cit., p. 108.

¹⁹⁶³ *Accord définitif Niska'a*, op. cit., chap. 12, art. 41.d.

¹⁹⁶⁴ *Ibid.*, chap. 12, art. 33.a.

juridiques étatique et autochtone¹⁹⁶⁵, les autres dispositions de l'Accord montre une volonté de contrôler et de limiter l'autonomie judiciaire de la Nation niska'a. Ainsi la Cour niska'a ne pourra commencer à exercer ces compétences qu'une fois reçu l'aval du Lieutenant-gouverneur en conseil, soit du gouvernement provincial, sur sa structure, ses procédures et le mode de sélection des juges¹⁹⁶⁶. Selon le professeur Ghislain Otis, « *un tel veto permet à la province d'exiger, si telle est sa politique, une large mesure d'unification hégémonique du droit judiciaire par la transplantation des normes étatiques dans le droit autochtone*¹⁹⁶⁷ ». Finalement, si la Cour niska'a est compétente notamment pour réviser les décisions administratives des institutions publiques niska'a, décider des poursuites en vertu des lois niska'a et trancher les différends entre citoyens niska'a¹⁹⁶⁸, toutes ses décisions sont susceptibles d'appel devant les juges étatiques¹⁹⁶⁹ ne maîtrisant le plus souvent ni la langue ni le droit autochtone.

669 . Le financement de l'ensemble des mesures prévues par l'Accord est réalisé par différents moyens, dont les redevances dues aux Niska'a à la suite de l'exploitation de leurs terres¹⁹⁷⁰, les taxations directes des citoyens niska'a sur les terres niska'a¹⁹⁷¹ et des transferts gouvernementaux renégociés tous les cinq ans¹⁹⁷².

670 . L'Accord des Inuit du Labrador lui confère également un pouvoir constituant qui a permis aux autorités autochtones de faire approuver par référendum, le 15 avril 2002, leur constitution avec plus de soixante-six pour cent des voix¹⁹⁷³. L'Accord et la Constitution confèrent à la Nation inuite un gouvernement régional

¹⁹⁶⁵ OTIS GHISLAIN, « Fondements et limites de la reconnaissance judiciaire des cultures juridiques autochtones au Canada », *op. cit.*, pp. 106-107.

¹⁹⁶⁶ *Accord définitif Niska'a*, *op. cit.*, chap. 12, art. 31 et 34.

¹⁹⁶⁷ OTIS GHISLAIN, « Fondements et limites de la reconnaissance judiciaire des cultures juridiques autochtones au Canada », *op. cit.*, p. 107.

¹⁹⁶⁸ *Accord définitif Niska'a*, *op. cit.*, chap. 12, art. 38.

¹⁹⁶⁹ *Ibid.*, chap. 12, art. 45 à 48.

¹⁹⁷⁰ MOTARD GENEVIEVE, *Le principe de personnalité des lois comme voie d'émancipation des peuples autochtones ?*, Thèse de droit, Université Laval, Québec, 2012, p. 73.

¹⁹⁷¹ *Accord définitif Niska'a*, *op. cit.*, chap. 16, art. 1.

¹⁹⁷² *Ibid.*, chap. 15, art. 3.

¹⁹⁷³ *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, signé le 22 janvier 2005 entre les Inuit du Labrador, la province de Terre-Neuve-et-Labrador et le Canada, *op. cit.*, art. 17.3.5.

comportant un organe exécutif réparti en sept départements¹⁹⁷⁴ et une assemblée législative démocratiquement élue¹⁹⁷⁵. Cette dernière est composée d'au moins seize membres dont les AngajukKâk de chaque gouvernement communautaire, les présidents des sociétés communautaires, le Président du Nunatsiavut et des membres ordinaires¹⁹⁷⁶ élus dans chaque circonscription¹⁹⁷⁷ par les citoyens inuits résidant habituellement dans ces circonscriptions et âgés de seize ans au moins¹⁹⁷⁸. Les membres ordinaires¹⁹⁷⁹ sont élus à la majorité relative¹⁹⁸⁰ pour un mandat de quatre ans¹⁹⁸¹, leur nombre étant susceptible de varier en fonction du nombre d'habitants des circonscriptions¹⁹⁸², aucune ne pouvant être représentée par plus de quatre membres¹⁹⁸³. L'Assemblée Nunatsiavut représente les Inuit au niveau national et assure le gouvernement Nunatsiavut dans le respect de la Constitution. À cet égard, elle adopte des lois notamment dans les domaines de la santé¹⁹⁸⁴, des services sociaux¹⁹⁸⁵, du mariage¹⁹⁸⁶ ou encore de l'adoption¹⁹⁸⁷, supervise les actions du Conseil exécutif Nunatsiavut et décide de la nomination du Premier ministre¹⁹⁸⁸, choisi parmi les membres ordinaires de l'Assemblée Nunatsiavut¹⁹⁸⁹. La Constitution inuite précise par ailleurs que les décisions doivent être prises, dans la mesure du possible, par consensus¹⁹⁹⁰. Enfin, il importe de préciser que si l'Accord ne confère

¹⁹⁷⁴ Les sept départements sont : le Secrétariat du Nunatsiavut, les Affaires Nunatsiavut, la Santé et le Développement social, l'Éducation et le Développement économique, la Terre et les Ressources naturelles, la Culture, les loisirs et le tourisme et enfin, les Finances et Ressources Humaines.

¹⁹⁷⁵ GOUVERNEMENT DU NUNATSIYAVUT, En ligne : <<http://www.nunatsiavut.com>>.

¹⁹⁷⁶ *Constitution des Inuit du Labrador*, 1^{er} décembre 2005, *op. cit.*, art. 4.1.2.

¹⁹⁷⁷ Sauf augmentation du nombre de circonscriptions prévues par l'art. 4.2.6 de la Constitution Inuite (par le biais d'une loi inuite votée à la majorité simple), les circonscriptions sont au nombre de sept, une pour chaque gouvernement communautaire, une pour la région de Upperlake Melville permettant de représenter les citoyens des sociétés communautaires, et une pour les citoyens inuit résidants au Canada en dehors des régions précitées. Cf. en ce sens : *Ibid.*, art. 4.1.7.

¹⁹⁷⁸ Ils doivent, en outre, ne pas avoir été déclarés inaptes au vote par un tribunal. Cf. en ce sens : *Ibid.*, art. 4.10.2.

¹⁹⁷⁹ Seuls des Inuit peuvent être élus à cette fonction. Cf. en ce sens : *Ibid.*, art. 4.3.1.

¹⁹⁸⁰ *Ibid.*, art. 4.2.2.

¹⁹⁸¹ *Ibid.*, art. 4.4.1.

¹⁹⁸² Si une circonscription compte plus de mille habitants, deux membres ordinaires sont élus. Au delà de trois mille habitants les citoyens élisent trois membres, ce chiffre pouvant aller jusqu'à quatre si la circonscription dénombre plus de quatre mille habitants. Cf. en ce sens : *Ibid.*, art. 4.2.3.

¹⁹⁸³ *Ibid.*, art. 4.2.4.

¹⁹⁸⁴ *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, *op. cit.*, art. 17.13.1.

¹⁹⁸⁵ *Ibid.*, art. 17.15.1.

¹⁹⁸⁶ *Ibid.*, art. 17.17.1.

¹⁹⁸⁷ *Ibid.*, art. 17.18.9.

¹⁹⁸⁸ *Constitution des Inuit du Labrador*, *op. cit.*, art. 4.1.3.

¹⁹⁸⁹ *Ibid.*, art. 5.3.1.

¹⁹⁹⁰ *Ibid.*, art. 4.15.2.

pas de compétence criminelle au gouvernement inuit, il prévoit toutefois que les lois inuites¹⁹⁹¹ « *peuvent prévoir l'imposition de sanctions y compris une peine d'emprisonnement, une amende ou les deux à des personnes trouvées coupables de violations des lois inuites*¹⁹⁹² ».

671 . La Constitution inuite prévoit que le gouvernement dispose d'un Président¹⁹⁹³, chef du gouvernement Nunatsiavut et de l'exécutif, élu pour un mandat de quatre ans¹⁹⁹⁴. Seuls les Inuit, âgés de seize ans et plus, résidant au Canada¹⁹⁹⁵, pourront voter pour l'élection du Président¹⁹⁹⁶, qui sera élu à la majorité absolue des votes exprimés¹⁹⁹⁷. Dans le cas contraire, un second vote opposera les deux candidats arrivés en tête¹⁹⁹⁸. Pour être éligible, le Président doit être Inuk, âgé de vingt-cinq au moins et ne pas avoir fait l'objet d'un emprisonnement.

Celui-ci est chargé de défendre et de faire respecter la Constitution¹⁹⁹⁹. À cet effet, il peut s'opposer à toute action du Conseil exécutif ou de ses membres qui s'avèrerait contraire à la Constitution inuite, à l'Accord des Inuit du Labrador, à la Constitution du Canada ou aux accords intergouvernementaux²⁰⁰⁰. À l'inverse, il peut exiger qu'une action soit entreprise afin de faire respecter lesdites normes²⁰⁰¹. De la même manière, aucun projet de loi, ordonnance, résolution ou autre décision de l'Assemblée législative n'a force de loi s'il n'a pas été sanctionné et signé par le Président²⁰⁰², qui peut s'y refuser s'il estime la norme inconstitutionnelle²⁰⁰³. Son refus devra toutefois être motivé. Membre de l'Assemblée législative, le Président doit impérativement

¹⁹⁹¹ Il en est de même pour les gouvernements communautaires qui peuvent également prévoir l'imposition de pénalités et de sanctions comme conséquence d'une violation de ses dispositions. Cf. en ce sens : *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador, op. cit.*, art. 17.28.5.

¹⁹⁹² *Ibid.*, art. 17.28.3.

¹⁹⁹³ *Constitution des Inuit du Labrador, op. cit.*, art. 3.1.1.

¹⁹⁹⁴ *Ibid.*, art. 3.4.3.

¹⁹⁹⁵ *Ibid.*, art. 3.3.1.

¹⁹⁹⁶ *Ibid.*, art. 3.3.2 et 3.3.3.

¹⁹⁹⁷ *Ibid.*, art. 3.3.4.

¹⁹⁹⁸ *Ibid.*, art. 3.3.5.

¹⁹⁹⁹ *Ibid.*, art. 3.1.2.

²⁰⁰⁰ *Ibid.*, art. 3.2.16.

²⁰⁰¹ Ces actions du Président nécessitent une ordonnance écrite, motivée et publiée. Cf. en ce sens : *Ibid.*, art 3.2.17 et 3.2.18.

²⁰⁰² *Ibid.*, art. 3.2.2.

²⁰⁰³ *Ibid.*, art. 3.2.4.

être présent pour qu'une décision soit prise²⁰⁰⁴ mais il ne dispose d'un vote délibératif que s'il y a une égalité dans les voix ou si la question nécessite un vote de soutien des deux tiers ou plus des membres de l'Assemblée²⁰⁰⁵. Celle-ci a par ailleurs la faculté de le destituer par un vote d'au moins quatre cinquième des membres pour des motifs graves tels que la violation de la Constitution inuite²⁰⁰⁶.

Le Président nomme également les membres du Conseil exécutif, dont le Premier ministre²⁰⁰⁷ choisi par l'Assemblée, ainsi que les autres membres²⁰⁰⁸, choisis par le Premier ministre parmi les membres ordinaires de l'Assemblée Nunatsiavut²⁰⁰⁹. Aucun changement ou renvoi ne peut avoir lieu sans l'accord du Premier ministre et si un membre perd sa place à l'Assemblée, il est automatiquement destitué de ses fonctions au Conseil exécutif²⁰¹⁰. En outre, le Président sera contraint de changer de Premier ministre si celui-ci ne dispose plus de la confiance de l'organe législatif²⁰¹¹.

672 . L'autorité exécutive ainsi constituée doit mettre en oeuvre les lois inuites, développer et appliquer une politique nationale pour les Inuit du Nunatsiavut, superviser et coordonner les actions des divers départements et divisions existants au sein du gouvernement Nunatsiavut et éventuellement proposer des projets de lois²⁰¹². À cet effet, elle peut par ailleurs engager d'autres personnes qui composeront le «Service civil Nunatsiavut²⁰¹³ ».

L'exécutif est ainsi réparti entre plusieurs départements ou ministères, chacun chargé de prérogatives spécifiques²⁰¹⁴. Deux départements, le Secrétariat Nunatsiavut et le ministère des affaires Nunatsiavut, disposent de compétences générales. Le Secrétariat Nunatsiavut, composé du Président, du Secrétaire du Conseil exécutif du Nunatsiavut et du Directeur des communications, fournit conseils et soutien

²⁰⁰⁴ *Ibid.*, art. 4.1.5.1.

²⁰⁰⁵ *Ibid.*, art. 4.1.5.7.

²⁰⁰⁶ *Ibid.*, art. 3.5.1.

²⁰⁰⁷ *Ibid.*, art. 3.2.6.

²⁰⁰⁸ *Ibid.*, art. 3.2.9.

²⁰⁰⁹ *Ibid.*, art. 3.2.10.

²⁰¹⁰ *Ibid.*, art. 3.2.11.

²⁰¹¹ *Ibid.*, art. 3.2.8.

²⁰¹² *Ibid.*, art. 5.2.3.

²⁰¹³ *Ibid.*, art. 5.8.2.

²⁰¹⁴ GOUVERNEMENT DU NUNATSIAVUT, En ligne : <<http://www.nunatsiavut.com>>, *op. cit.*

administratif au Conseil exécutif. Il gère également les relations intergouvernementales avec le gouvernement du Canada et celui de Terre-Neuve-et-Labrador ainsi que les services et activités de communication, notamment entre les Inuit du Labrador et leur gouvernement national²⁰¹⁵. Le ministère des affaires Nunatsiavut est, sous la direction du Premier ministre, chargé principalement de la gestion générale du gouvernement et de la bonne mise en œuvre de l'Accord.

Les cinq autres départements ont des compétences plus ciblées. Le ministère des terres et ressources naturelles²⁰¹⁶ opère sur l'ensemble des questions relatives à l'utilisation, la protection et le développement des ressources renouvelables et non renouvelables sur les Terres des Inuit du Labrador mais également dans la région du règlement des Inuit du Labrador²⁰¹⁷. Il est également chargé d'appliquer les dispositions de l'Accord concernant les ressources²⁰¹⁸. Le ministère de la santé et du développement social établit des programmes de santé basés notamment sur les dépendances, le contrôle des maladies transmissibles ou encore les soins à domicile. Le département de la culture, des loisirs et du tourisme agit pour préserver la culture et la langue autochtone par le biais de deux divisions, le Centre culturel Torngâsok et la division « les jeunes, les aînés et les loisirs ». Une troisième division est chargée du développement d'un tourisme durable profitable à l'économie inuite. Le ministère de l'éducation et du développement économique poursuit deux objectifs intrinsèquement liés, soit la commercialisation de biens et de services en adéquation avec les valeurs inuites et le développement de formations professionnelles ou postsecondaires qui permettraient à terme aux individus de saisir les opportunités offertes par la Nation inuite²⁰¹⁹. Enfin, le ministère des finances, des ressources humaines et des technologies de l'information gère principalement la fonction publique Nunatsiavut et les différents financements assurant leur autonomie. Le

²⁰¹⁵ Ainsi, par exemple, une équipe d'agents de liaison communautaire (CLO) travaillent ainsi au niveau local afin de transmettre diverses informations entre le service de communication du secrétariat Nunatsiavut et les Inuit du Labrador.

²⁰¹⁶ Ce ministère dispose ainsi de quatre divisions portant successivement sur les terres, les ressources renouvelables, les ressources non renouvelables et l'environnement.

²⁰¹⁷ Cette dénomination concerne les terres qui n'ont pas été octroyées en fief simple aux Inuit.

²⁰¹⁸ *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, signé le 22 janvier 2005 entre les Inuit du Labrador, la province de Terre-Neuve-et-Labrador et le Canada, *op. cit.*, chap. 4 à 6 et 8 à 15.

²⁰¹⁹ GOUVERNEMENT DU NUNATSIAVUT, *op. cit.*

gouvernement Nunatsiavut reçoit en effet des fonds provenant de différentes sources. D'une part, l'Accord a prévu un transfert de capitaux²⁰²⁰ en vertu de deux contrats de fiducie²⁰²¹, d'autre part, le gouvernement Nunatsiavut dispose de revenus de sources propres tels que la taxation directe des Inuit²⁰²² et éventuellement celle d'autres individus résidant sur les Terres des Inuit du Labrador²⁰²³.

673 . L'ensemble des actions du Conseil Nunatsiavut est contrôlé par l'Assemblée qui se réserve le droit de poser toutes questions aux membres du Conseil exécutif sur la performance et les activités du gouvernement²⁰²⁴. Le Premier ministre doit, en outre, présenter un rapport annuel à l'assemblée Nunatsiavut²⁰²⁵. Ces structures rendent compte d'une organisation autochtone capable de mettre en œuvre des politiques nationales sans toutefois que les institutions centrales ne prennent le pas sur les autorités locales. En définitive, l'Assemblée donne une large orientation politique au Conseil exécutif et les différents départements du gouvernement Nunatsiavut « *doivent appliquer les lois de Nunatsiavut et transformer l'orientation politique de l'Assemblée Nunatsiavut en programmes et services adaptés*²⁰²⁶ ». Cette formulation laissant entendre que l'exécutif national est subordonné aux décisions du pouvoir législatif. Pour rappel, ce dernier est composé des AngajuKak de chaque gouvernement communautaire et des présidents des sociétés communautaires, ce afin de faire valoir les attentes de leurs collectivités respectives, ainsi que de membres ordinaires nommés dans chaque collectivité. L'exécutif dépend entièrement de cette représentativité locale puisque ses membres ne peuvent le rester s'ils ne sont plus membres de l'Assemblée législative.

674 . Enfin, au même titre que les Nisga'a, les Inuit se sont vus conférer une compétence judiciaire qu'ils n'ont à ce jour toujours pas mise en œuvre. L'instauration d'une Cour inuite est ainsi prévue²⁰²⁷ pour juger toutes violations aux

²⁰²⁰ Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador, *op. cit.*, art. 19.1.1.

²⁰²¹ Ce sont le Fonds d'affectation spéciale pour le règlement des sinistres des terres des Inuit du Labrador et le Fonds d'affectation spéciale pour la mise en œuvre des revendications territoriales des Inuit du Labrador.

²⁰²² Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador, *op. cit.*, art. 20.2.1.

²⁰²³ *Ibid.*, art. 20.3.1.

²⁰²⁴ Constitution des Inuit du Labrador, *op. cit.*, art. 5.9.1.

²⁰²⁵ *Ibid.*, art. 5.9.2.

²⁰²⁶ *Ibidem.*

²⁰²⁷ Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador, *op. cit.*, art. 17.31.

lois et règlements inuits et pour trancher toutes questions portant sur ces mêmes lois et règlements²⁰²⁸. Elle a également compétence pour entendre les appels des décisions administratives inuites²⁰²⁹, imposer des pénalités pour violation des règlements et des lois inuites²⁰³⁰ et délivrer des sommations ou des mandats à l'appui de l'exécution des lois inuites et des règlements²⁰³¹. Toutefois, cette apparente autonomie judiciaire fait l'objet des mêmes restrictions que celles imposées à la Cour niska'a. Soumise aux mêmes principes d'indépendance judiciaire, d'impartialité et d'équité²⁰³², sa structure ainsi que la procédure et le mode de sélection des juges doivent également être approuvés par le Lieutenant-gouverneur au conseil avant que la Cour ne puisse exercer sa compétence²⁰³³. En outre, si seul le gouvernement Nunatsiavut peut nommer les juges de la Cour inuite²⁰³⁴, il ne pourra le faire que selon les normes de qualification et de compétences judiciaires qui auront été convenues avec la province²⁰³⁵. Enfin, si l'Accord autorise le pouvoir législatif à élaborer des lois relatives aux règles de preuve²⁰³⁶ permettant ainsi à la Cour de moduler ces exigences en tenant compte du contexte culturel autochtone²⁰³⁷, reste que les décisions de la Cour sont susceptibles d'appel devant les juridictions étatiques²⁰³⁸, ce qui risque de rendre cet effort d'adaptation inopérant.

675 . En Nouvelle-Calédonie, le Sénat coutumier²⁰³⁹ pourrait être dépositaire de compétences de coordination permettant de fusionner les souverainetés coutumières. L'Assemblée du Peuple Kanak a en effet confié par le biais de la Charte portant *socle commun des valeurs et principes fondamentaux de la civilisation kanak*,

²⁰²⁸ *Ibid.*, art. 17.31.10.

²⁰²⁹ *Ibid.*, art. 17.31.12.

²⁰³⁰ *Ibid.*, art. 17.31.14.a.

²⁰³¹ *Ibid.*, art. 17.31.14.c.

²⁰³² *Ibid.*, art. 17.31.2.a.

²⁰³³ *Ibid.*, art. 17.31.4.

²⁰³⁴ *Ibid.*, art. 17.31.7.

²⁰³⁵ *Ibid.*, art. 17.31.2.b.

²⁰³⁶ *Ibid.*, art. 17.31.3.

²⁰³⁷ OTIS GHISLAIN, « Fondements et limites de la reconnaissance judiciaire des cultures juridiques autochtones au Canada », dans OTIS GHISLAIN (dir.), *Le juge et le dialogue des cultures juridiques*, Karthala, coll. Les terrains du siècle, Paris, 2013, *op. cit.*, p. 108.

²⁰³⁸ *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, *op. cit.*, art. 17.31.21 et 17.31.22.

²⁰³⁹ Pour des raisons de commodité et de meilleure compréhension, la terminologie « Sénat coutumier » est employée dans cette thèse. Néanmoins, rien n'oblige les Kanaks à conserver cette dénomination issue du droit étatique. Leur volonté de s'affranchir de l'héritage colonial les

un rôle conventionnel au Sénat coutumier. Il a ainsi été chargé, à l'instar du gouvernement Nisga'a Lisims et du département du Secrétariat Nunatsiavut, de régir les relations intergouvernementales en « *[redéfinissant] un cadre mutuellement accepté des relations du Peuple Kanak à l'État français et au Territoire de Nouvelle-Calédonie quel qu'en soit le devenir*²⁰⁴⁰ ». Ayant « *compétence sur le droit coutumier*²⁰⁴¹ », chargé « *de porter la légitimité autochtone*²⁰⁴² » et d' « *organiser [...] la souveraineté du Peuple Kanak*²⁰⁴³ », le Sénat coutumier, outre sa compétence législative, revêt à l'heure actuelle l'apparence d'un organe exécutif chargé de mettre en œuvre les délibérations et politiques de l'Assemblée du Peuple Kanak²⁰⁴⁴. Cette fonction est transitoire et de nouvelles institutions seront peut-être mises en place pour assister le Sénat coutumier. Cependant, l'administration du droit kanak suppose aujourd'hui la mise en place d'institutions centrales capables d'organiser de manière autonome les services administratifs kanaks²⁰⁴⁵. La logique de l'organisation kanake supposerait un exécutif fonctionnel sans réel pouvoir décisionnel, à l'image du gouvernement Nunatsiavut qui assure « *une séparation du pouvoir entre les niveaux politique et opérationnel du gouvernement*²⁰⁴⁶ », le premier étant assuré par les représentants de l'Assemblée Nunatsiavut, le second par les départements du gouvernement Nunatsiavut. En outre, cette autonomie ne pourra être assurée que si ces institutions centrales disposent de finances propres et de la capacité d'en être ordonnateurs²⁰⁴⁷, leur permettant ainsi de ne plus dépendre entièrement du gouvernement néocalédonien. Enfin, la souveraineté étant détenue par les chefferies kanakes, il pourrait être envisageable de repenser la composition du Sénat coutumier

incitera sans doute, au même titre que les Nisga'a et les Inuit, à « autochtoniser » le nom de leurs institutions autonomes.

²⁰⁴⁰ ASSEMBLÉE DU PEUPLE KANAK, *Charte du Peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak*, adoptée par les chefferies coutumières de Nouvelle-Calédonie le 26 avril 2014, *op. cit.*, p. 31.

²⁰⁴¹ *Ibid.*, p. 30.

²⁰⁴² *Ibid.*, p. 31.

²⁰⁴³ *Ibidem.*

²⁰⁴⁴ FÉRAL FRANÇOIS, « L'adoption de la Charte du peuple Kanak de Nouvelle-Calédonie. Les prémices d'un pluralisme juridique : origine, fondements et perspectives des droits autochtones du peuple kanak », En ligne : <https://www.academia.edu/6921583/Ladoption_de_la_Charte_du_peuple_Kanak_de_Nouvelle-Cal%C3%A9donie>, *op. cit.*, p. 14.

²⁰⁴⁵ *Ibid.*, p. 21.

²⁰⁴⁶ GOUVERNEMENT DU NUNATSIAVUT, En ligne : <<http://www.nunatsiavut.com>>, *op. cit.*

²⁰⁴⁷ Soit le fait de disposer d'un pouvoir de décision financière.

en tant qu'assemblée législative afin que celui-ci reflète l'ensemble de la société kanake et représente réellement les souverainetés locales²⁰⁴⁸. Le Sénat coutumier serait dépositaire d'une compétence législative portant sur les affaires coutumières et pourrait adopter les lois en privilégiant le consensus, valeur prégnante dans la société kanake. Il pourrait ainsi adopter des lois portant par exemple sur les affaires internes des institutions nationales kanakes, la préservation des savoirs traditionnels, la protection de l'environnement, l'éducation ou encore la santé. Certains de ces domaines pourront également être du ressort des institutions locales. Si, au sein de leurs autorités respectives les deux institutions ont édicté des normes, ces dernières seraient toutes deux susceptibles d'être appliquées simultanément dans la mesure où elles n'entrent pas en conflit. Dans le cas contraire, il pourrait être prévu comme dans les Accords Nisga'a et Inuit une prépondérance en faveur de la loi nationale²⁰⁴⁹.

676 . Si la mise en place de ces institutions se révèle compatible avec les aspirations de la société kanake, il resterait alors à envisager les types de compétence que se verraient octroyer ces nouvelles institutions.

²⁰⁴⁸ Soit éventuellement cinquante-sept sièges *a minima*, un pour chaque chefferie. Les chefs pourraient éventuellement être accompagnés de conseillers ce qui augmenterait encore le nombre de sièges.

²⁰⁴⁹ *Constitution de la Nation Nisga'a*, ratifiée en octobre 1998, *op. cit.*, chap. 5, art. 35 ; *Constitution des Inuit du Labrador*, 1^{er} décembre 2005, *op. cit.*, art. 13.1.2.

SECTION II | LES MODALITÉS D'EXERCICE DES COMPÉTENCES AUTOCHTONES

677 . Au vu de la démographie existante en Nouvelle-Calédonie, une réflexion portant sur les différents types de compétence pouvant être dévolus aux institutions kanakes paraît opportune (§1). Par ailleurs, les Kanaks, en concertation avec l'État, devront déterminer les modalités de dévolution et d'articulation des compétences autochtones et étatiques (§2).

§ 1 | TYPE DE COMPÉTENCE ET PLACE DE LA COUTUME : EXPOSÉ DES ALTERNATIVES

678 . Si les États-nations contemporains fondent encore majoritairement leurs structures politiques sur une base territoriale²⁰⁵⁰, une autre solution recourant au statut personnel des individus permettrait une coexistence harmonieuse de plusieurs ordres juridiques (A). De surcroît, il serait opportun de se questionner sur la place que les Kanaks octroieraient à la coutume dans l'élaboration du droit kanak contemporain (B).

²⁰⁵⁰ MOTARD GENEVIEVE, *Le principe de personnalité des lois comme voie d'émancipation des peuples autochtones ?*, Thèse de droit, Université Laval, Québec, 2012, *op. cit.*, p. 109.

A | *Entre territorialité et personnalité des lois*

679 . Dans les États-nations obéissant à une logique d'uniformité normative tels que la France, il n'y a de pouvoir juridique que par le territoire²⁰⁵¹ qui constitue l'unique support de la puissance publique. En d'autres termes et selon le professeur Ghislain Otis, cette tradition juridique occidentale postule que :

« le territoire constitue le foyer essentiel de fixation du droit, point de souveraineté ou de pouvoir sans une emprise spatiale, de sorte qu'une collectivité humaine sans territoire propre ne saurait prétendre à aucun ordre juridique différencié. [...] sauf exception, le territoire marque la limite de validité d'un ordre juridique. Au-delà du territoire, point d'ordre juridique²⁰⁵² ».

Les lois ainsi édictées s'appliquent à toutes les personnes, les choses et les biens situés sur un territoire strictement circonscrit²⁰⁵³. Ce dernier se retrouve alors généralement perçu comme *« le support exclusif de l'autorité, comme théâtre d'une appartenance commune, égalitaire et citoyenne à un espace politique affranchi des allégeances communautaires²⁰⁵⁴ »*. Cette volonté de prohiber toute différenciation citoyenne est également l'apanage de l'égalité formelle telle que conçue par le républicanisme²⁰⁵⁵. Convaincue que la reconnaissance des identités ethnoculturelles serait le terreau d'une division nationale, l'égalité formelle crée le mythe d'une société unifiée garantie par l'égalité des droits, devoirs et libertés concédés à tous les individus. C'est oublier que l'égalité formelle, associée au principe de territorialité, engendre un droit unique qui reste cependant influencé par les intérêts et

²⁰⁵¹ OTIS GHISLAIN et MOTARD GENEVIEVE, « De Westphalie à Waswanipi : la personnalité des lois dans la gouvernance crie », *Les Cahiers du droit*, vol. 50, n° 1, 2009, p. 123.

²⁰⁵² OTIS GHISLAIN, « Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone », *Les Cahiers de droit*, vol. 47, n° 4, 2006, p. 785.

²⁰⁵³ MOTARD GENEVIEVE, *Le principe de personnalité des lois comme voie d'émancipation des peuples autochtones ?*, *op. cit.*, p. 93.

²⁰⁵⁴ OTIS GHISLAIN et MOTARD GENEVIEVE, « Le dépassement de la territorialité dans les ententes d'autonomie gouvernementale autochtone au Canada », dans GAGNÉ NATACHA, MARTIN THIBAUT et SALAÛN MARIE (dir.), *Autochtonies. Vues de France et de Québec*, Presses de l'Université Laval, coll. Mondes Autochtones, Québec, 2009, p. 130.

²⁰⁵⁵ LEVADE ANNE, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, n° 111, 2004, *op. cit.*, p. 58.

préconceptions du groupe majoritaire²⁰⁵⁶. L'homogénéisation du droit par le biais du principe de territorialité « *véhicule presque immanquablement des traits culturels du groupe national numériquement majoritaire dont les membres se trouvent de facto favorisés quant à leur capacité d'accéder à cette culture commune et d'en tirer profit*²⁰⁵⁷ ».

680 . Ainsi, dans un contexte étatique où la communauté autochtone est dispersée voire enclavée au sein d'un territoire majoritairement contrôlé par les allochtones, l'adoption d'un critère purement territorial d'attribution des pouvoirs autochtones ne semble pas être la solution appropriée. Or, il existe à côté de ce principe de territorialité, un principe de personnalité des lois qui lie l'application de la loi au statut des individus. La loi ne s'applique pas uniformément sur un territoire mais vise des individus indépendamment de leur localisation géographique²⁰⁵⁸. Cela signifie que la compétence est fondée « *sur l'appartenance au groupe plutôt que sur le lien territorial*²⁰⁵⁹ ». S'il est possible de craindre une intensification du communautarisme et un enfermement identitaire, il ne faut toutefois pas perdre de vue que la territorialité est également source de contraintes identitaires dès lors qu'elle « *habilite le groupe dominant à mobiliser les institutions politiques au service de sa culture et de son identité*²⁰⁶⁰ ». Il sera également possible de lutter contre un enfermement communautaire en permettant éventuellement aux individus de changer de statut, hypothèse déjà prévue en Nouvelle-Calédonie par l'article 13 de la loi organique du 19 mars 1999.

681 . Le principe de personnalité des lois n'est toutefois jamais intégral et si le rattachement d'un individu à un ordre juridique n'est plus exclusivement déterminé en fonction de son rattachement à un territoire donné, certaines matières resteront toutefois subordonnées à une application purement territoriale²⁰⁶¹. Cette imbrication des deux principes est présente en Nouvelle-Calédonie où un statut personnel est

²⁰⁵⁶ KYMLICKA WILL, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit de minorités*, La Découverte, coll. Textes à l'appui / Politique et société, Paris, 2001, *op. cit.*, p. 13.

²⁰⁵⁷ OTIS GHISLAIN, « Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone », *op. cit.*, p. 790.

²⁰⁵⁸ MOTARD GENEVIEVE, *Le principe de personnalité des lois comme voie d'émancipation des peuples autochtones?*, *op. cit.*, pp. 97-98.

²⁰⁵⁹ OTIS GHISLAIN, « Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone », *op. cit.*, p. 803.

²⁰⁶⁰ *Ibid.*, p. 796.

²⁰⁶¹ *Ibid.*, p. 787.

reconnu aux Kanaks leur permettant d'être régis par le droit coutumier, mais uniquement dans les domaines circonscrits du droit civil et des terres coutumières. Pour autant et ainsi que l'explique le professeur Ghislain Otis, il importe de distinguer le principe de personnalité agissant comme critère d'application d'une norme du principe de personnalité opérant comme critère d'attribution et de délimitation d'une compétence normative²⁰⁶².

En Nouvelle-Calédonie, la situation s'avère quelque peu complexe. Si le droit coutumier est reconnu et permet aux autorités coutumières de prendre des décisions relatives à leurs membres, la situation s'avère plus délicate lorsque les Kanaks souhaitent faire adopter des lois du pays portant sur les affaires coutumières. La procédure législative étatique prévue tend en effet à soumettre l'adoption de ces lois à la volonté d'un Congrès néocalédonien à majorité non-kanak. Lors de cette étape spécifique, il y a « *personnalité des lois applicables à chaque groupe* »²⁰⁶³ mais aucune réelle autonomie normative n'est reconnue expressément aux institutions nationales kanakes dans la production du droit coutumier.

682 . Plusieurs circonstances peuvent légitimer la prévalence du principe de personnalité des lois. En premier lieu, la situation géographique et démographique apparaît déterminante. Sur des territoires où le poids démographique des autochtones est faible, l'application du principe de territorialité, associée à l'idéal de participation citoyenne, ne leur permettra pas de faire entendre leurs attentes. Elle mènera à plus ou moins long terme à une politique assimilationniste des autochtones, non nécessairement volontaire, mais factuellement prévisible, à tout le moins dans l'ordre juridique étatique²⁰⁶⁴. Le principe de personnalité est alors vecteur d'égalité, permettant « *à tous les citoyens de participer et de se reconnaître dans l'ordre juridique qui les gouverne* »²⁰⁶⁵.

Il ne faut cependant pas dénier les attraits du principe de territorialité. Pour un groupe autochtone majoritaire sur un territoire, les compétences territoriales seront

²⁰⁶² *Ibid.*, p. 788.

²⁰⁶³ *Ibidem.*

²⁰⁶⁴ Il faut garder à l'esprit que les autochtones pourront s'autodéterminer en dehors du cadre étatique. Néanmoins, le principe de territorialité les soumettra juridiquement aux normes étatiques.

²⁰⁶⁵ MOTARD GENEVIEVE, *Le principe de personnalité des lois comme voie d'émancipation des peuples autochtones?*, op. cit., p. 107.

naturellement privilégiées. Accréditer une compétence uniquement personnelle dans ce cas de figure reviendrait à omettre le rôle prépondérant qu'occupe le territoire dans les référents identitaires des autochtones.

683 . En Nouvelle-Calédonie, le choix du type de compétence sera donc susceptible de varier en fonction des régions. Ainsi, les Îles Loyauté dont le territoire est presque uniquement constitué des terres coutumières²⁰⁶⁶ et où la population est très largement kanake puisque représentant 94% de la population²⁰⁶⁷, privilégieront sans doute les compétences territoriales. Dans cette situation, le maintien d'un gouvernement public représentant l'ensemble de la population du territoire ne paraît pas inenvisageable. Un tel gouvernement peut être mis en place car tout en répondant aux besoins de l'ensemble de la population, il reste en pratique contrôlé par les autochtones²⁰⁶⁸.

684 . Les gouvernements publics sont à dissocier des gouvernements ethniques. Ces derniers sont privilégiés dans les territoires à forte densité allochtone afin d'éviter une dépossession de la prise de décision politique²⁰⁶⁹ mais ils peuvent également être instaurés si le droit coutumier est imprégné d'un référent ethnique auquel seuls les membres de la communauté autochtone pourront être assujettis²⁰⁷⁰.

Si cette solution était choisie, elle devrait être assortie de compétences personnelles permettant de ne pas entraver la démocratie. Une compétence territoriale limitée aux aspects fonciers et à la gestion et l'usage des ressources pourrait être envisagée comme au Canada. Certes, ce gouvernement ethnique, restreignant le corps électoral aux seuls autochtones, contreviendrait à la démocratie mais le faible pourcentage de

²⁰⁶⁶ Les terres coutumières représentent selon une estimation, 97% du territoire des Îles Loyauté. Cf. en ce sens : DITTT, Service du cadastre, cité par : JOST CHRISTIAN, « Contraintes et enjeux de développement de la Nouvelle-Calédonie. Quel schéma d'aménagement et de développement à l'horizon 2025 ? », *Echo Géo*, 2010, En ligne : <URL : <http://echogeo.revues.org/11612>>, p. 6.

²⁰⁶⁷ Au dernier recensement de 2014, les Îles Loyauté dénombrent 17 191 Kanaks pour un total de 18 297 habitants. Cf. en ce sens : ISEE NOUVELLE-CALEDONIE, « Evolution de la population selon la communauté d'appartenance et la province de résidence », En ligne : <<http://www.isee.nc/population/recensement/communautes>>.

²⁰⁶⁸ GRAMMOND SEBASTIEN, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruylant / Editions Yvon Blais, coll. Droit, territoires, cultures, Bruxelles, 2003, *op. cit.*, p. 293.

²⁰⁶⁹ OTIS GHISLAIN, « Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone », *op. cit.*, p. 810.

²⁰⁷⁰ OTIS GHISLAIN, « La quête de coutume : réflexions sur la "post-territorialité" dans la gouvernance autochtone », dans NOREAU PIERRE (dir.), *Gouvernance autochtone : reconfiguration d'un avenir collectif : nouvelles perspectives et processus émergents*, Thémis, Montréal, 2010, pp. 157-158.

non-autochtones résidant sur les Îles Loyauté²⁰⁷¹ ainsi que son champ d'action limitée²⁰⁷² pourraient légitimer cette entorse. De plus, il pourrait être prévu dans ces domaines des mécanismes de participation pour les non-kanaks concernant des sujets les intéressant particulièrement²⁰⁷³. En outre, la soumission des autres matières à une compétence personnelle atténuerait cet écueil. Les autochtones relèveraient des lois établies par leur communauté, tandis que les allochtones continueraient à être régis par le droit commun étatique. Les non-membres n'étant pas soumis à l'autorité autochtone, ils ne pourraient exiger la participation démocratique à l'élaboration des lois autochtones, leurs droits politiques étant par ailleurs sauvegardés par le biais de leur participation aux institutions étatiques²⁰⁷⁴.

685 . La situation sur la Grande Terre apparaît plus délicate. Dans le Nord de l'île, les Kanaks, bien que majoritaires²⁰⁷⁵ coexistent avec une part importante de la population néocalédonienne. Il serait théoriquement possible de conserver un gouvernement public dépositaire de compétences territoriales. Les Kanaks représentant plus de 70% de la population²⁰⁷⁶, ils conserveraient la mainmise sur les orientations politiques au sein des institutions représentatives.

Le choix de cette option resterait néanmoins suspendu à un certain nombre de considérations. Les Kanaks devraient mettre en œuvre des politiques concernant l'ensemble de la population vivant sur le territoire et donc régir également la vie des non-autochtones sur des sujets les plus divers tels que la santé, l'éducation ou encore le logement. Établissant une analyse de l'Entente conclue entre le Canada et les Cris d'Eeyou Istchee le 10 juillet 2007, Geneviève Motard et Ghislain Otis ont analysé le rejet de cette option, ce malgré une démographie favorable aux autochtones :

²⁰⁷¹ Selon le dernier recensement de 2014, les non-autochtones représentent 6% de la population des Îles Loyauté. Cf. en ce sens : ISEE NOUVELLE-CALEDONIE, « Recensement de la population-Population des provinces selon la communauté d'appartenance, aux différents recensement », En ligne : <<http://www.isee.nc/population/recensement/communautes>>, *op. cit.*

²⁰⁷² OTIS GHISLAIN, « Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone », *op. cit.*, p. 791.

²⁰⁷³ Cette possibilité est développée dans le paragraphe 690.

²⁰⁷⁴ *Ibid.*, p. 811.

²⁰⁷⁵ En 2014, les Kanaks représentent 70,5% de la population de la Province Nord. Cf. en ce sens : ISEE NOUVELLE-CALEDONIE, *Evolution de la population selon la communauté d'appartenance et la province de résidence*, *op. cit.*

²⁰⁷⁶ ISEE NOUVELLE-CALEDONIE, *Recensement de la population-Population des provinces selon la communauté d'appartenance, aux différents recensement*, *op. cit.*

« Les Cris ont sans doute mesuré les implications d'un tel scénario, notamment du point de vue de leurs priorités – politiques, sociales et économiques – ainsi que des ressources financières et humaines nécessaires à la mise en œuvre de programmes universels efficaces dans ces domaines. Toutes ces matières sont "personnalisables" de sorte qu'une compétence personnelle à leur égard permettra d'emblée aux Cris de contrôler ces aspects de la vie de leur société distinctive tout en laissant à l'État la responsabilité pour les non-Cris²⁰⁷⁷ ».

Les multiples rapports du Sénat coutumier font état de préoccupations importantes concernant le paupérisme urbain²⁰⁷⁸, la délinquance de la jeunesse, le patrimoine ou encore le foncier²⁰⁷⁹. Il est donc probable que leurs intentions soient avant tout de concentrer leurs actions sur les membres de leur communauté. En outre, les Accords de Matignon et l'Accord de Nouméa démontrent une volonté de pacifier les relations conflictuelles qui ont toujours ponctué la vie de l'archipel. Il est fortement incertain de penser que les non-Kanaks accepteront d'être gouvernés selon le droit kanak, soit qu'ils soient attachés aux lois républicaines reflétant davantage leur culture et leurs valeurs, soit qu'ils fassent montre d'une certaine méfiance envers une communauté ethnoculturelle qui n'est pas la leur²⁰⁸⁰.

686 . Il pourrait alors être privilégié un gouvernement ethnique disposant de compétences personnelles sur des matières telles que le droit civil, l'éducation, les affaires sociales, la culture et la langue et de compétences territoriales sur les terres coutumières pour ce qui concerne les affaires foncières, l'aménagement du territoire ou l'environnement par exemple. Dans le Sud de la Grande Terre, cette décision apparaît la seule apte à permettre une certaine autonomie normative du peuple kanak.

²⁰⁷⁷ OTIS GHISLAIN et MOTARD GENEVIEVE, « De Westphalie à Waswanipi : la personnalité des lois dans la gouvernance crie », *Les Cahiers du droit*, vol. 50, n° 1, 2009, *op. cit.*, p. 146.

²⁰⁷⁸ ANAYA S. JAMES, *La situation du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie*, Rapport du Rapporteur Spécial sur les droits des peuples autochtones, Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, 18^{ème} session, 14 septembre 2011, A/HRC/18/35/Add.6, *op. cit.*, partie IV, sous-partie F – Disparités sociales et économiques persistantes.

²⁰⁷⁹ SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, *Rapport sur les institutions coutumières. 1988-2018*, Nouméa, 2015, *op. cit.*, pp. 7-8.

²⁰⁸⁰ OTIS GHISLAIN et MOTARD GENEVIEVE, « De Westphalie à Waswanipi : la personnalité des lois dans la gouvernance crie », *op. cit.*, pp. 146-147.

En effet, la population est majoritairement allochtone²⁰⁸¹, par ailleurs les Kanaks ne bénéficient que d'une superficie restreinte de terres coutumières ne couvrant que 9% du territoire²⁰⁸². En outre, et sur l'ensemble de la Grande Terre, de nombreux autochtones vivent en dehors du territoire traditionnel, soit que celui-ci soit trop restreint, soit que leur mode de vie contemporain les conduise à habiter en dehors des terres coutumières²⁰⁸³.

687 . La situation est très semblable pour la Nation niska'a et celle des inuit du Labrador et c'est en partie pour ces raisons que le principe de personnalité des lois est progressivement adopté dans les accords relatifs à l'autonomie gouvernementale autochtone conclus au Canada, en conjonction toutefois avec le principe de territorialité sur l'assise foncière de propriété exclusive autochtone.

La Nation niska'a est composée d'environ six mille individus dont seulement 40% vivent actuellement sur le territoire traditionnel consacré par l'entente²⁰⁸⁴. En outre, les Niska'a ne représentent que 40% des personnes résidant sur le territoire couvert par l'entente, bien qu'ils soient très majoritaires sur les terres villageoises dont ils ont la propriété exclusive²⁰⁸⁵. Le choix d'une compétence territoriale générale sur l'ensemble du territoire couvert par l'entente laisserait à la marge une partie considérable des citoyens niska'a et nécessiterait, pour ne pas nuire à la démocratie, un gouvernement public qui marginaliserait inéluctablement la communauté autochtone au sein des institutions gouvernementales.

La Nation niska'a a ainsi fait le choix d'instaurer des institutions purement ethniques assorties de compétences personnelles en quelques matières. Un certain nombre de compétences législatives personnelles ont été reconnues au gouvernement

²⁰⁸¹ En 2014, 26,1% de la population de la Province Sud appartient à la communauté kanake. Cf. en ce sens : ISEE NOUVELLE-CALEDONIE, *Évolution de la population selon la communauté d'appartenance et la province de résidence*, op. cit.

²⁰⁸² Cf. notamment : ADRAF, *Bilan chiffré de la réforme foncière. 1978-2010*, ADRAF, Nouméa, 2010, op. cit. ; ISEE NOUVELLE-CALEDONIE, « Terres coutumières », En ligne : <<http://www.isee.nc/societe/societe-kanak/organisation-sociale>>.

²⁰⁸³ ISEE NOUVELLE-CALEDONIE, « Population vivant en tribu en 2004 », 2004, cité par : JOST CHRISTIAN, *Contraintes et enjeux de développement de la Nouvelle-Calédonie. Quel schéma d'aménagement et de développement à l'horizon 2025 ?*, op. cit., p. 5.

²⁰⁸⁴ MOTARD GENEVIEVE, *Le principe de personnalité des lois comme voie d'émancipation des peuples autochtones ?*, op. cit., p. 69.

²⁰⁸⁵ *Ibidem*.

Nisga'a Lisims, notamment dans le domaine des services sociaux²⁰⁸⁶, de l'adoption²⁰⁸⁷, des services à l'enfance et à la famille²⁰⁸⁸ ou encore de dévolution des biens culturels²⁰⁸⁹. Enfin, le gouvernement Nisga'a Lisims et les gouvernements de village possèdent, en vertu de l'Accord, des compétences personnelles dans des domaines plus spécifiques tels que la citoyenneté²⁰⁹⁰ ou la culture et la langue²⁰⁹¹.

Les parties à l'Accord des Inuit du Labrador ont aménagé une gamme plus large de compétences personnelles pour le Gouvernement Nunatsiavut. Il est explicitement prévu que des lois ne concernant que les Inuit pourront être votées dans des domaines tels que la santé²⁰⁹², les services sociaux²⁰⁹³, le mariage²⁰⁹⁴, l'adoption²⁰⁹⁵ ou encore les relations familiales²⁰⁹⁶. De plus, tel qu'il sera expliqué ci-après, l'application du droit coutumier inuit est limitée aux seuls Inuit.

688 . Ce principe de personnalité des lois, outre le fait qu'il permette d'envisager une autonomie normative en milieu majoritairement allochtone a également comme avantage de régir les individus indépendamment de leur localisation dans l'espace. Pourtant, au Canada, si les frontières juridiques ne sont plus entièrement conditionnées par le territoire, il reste que les compétences personnelles des institutions autochtones ne trouvent pas à s'appliquer sur l'ensemble du territoire canadien.

Le professeur Ghislain Otis distingue à cet égard, personnalité plénière et personnalité simple. La compétence personnelle est plénière dès lors que « *le critère de personnalité est l'unique facteur attributif de compétence aux institutions d'un*

²⁰⁸⁶ *Accord définitif Nisga'a*, signé le 27 avril 1999 entre la Nation Nisga'a, la province de Colombie-Britannique et le Canada, *op. cit.*, chap. 11, art. 78.

²⁰⁸⁷ *Ibid.*, chap. 11, art. 96.

²⁰⁸⁸ *Ibid.*, chap. 11, art. 89.

²⁰⁸⁹ *Ibid.*, chap. 11, art. 115.

²⁰⁹⁰ *Ibid.*, chap. 11, art. 39.

²⁰⁹¹ *Ibid.*, chap. 11, art. 41.

²⁰⁹² Pour plus de détails, cf. *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, signé le 22 janvier 2005 entre les Inuit du Labrador, la province de Terre-Neuve-et-Labrador et le Canada, *op. cit.*, art. 17.13.1.

²⁰⁹³ *Ibid.*, art. 17.15.1.

²⁰⁹⁴ *Ibid.*, art. 17.17.1.

²⁰⁹⁵ *Ibid.*, art. 17.18.9.

²⁰⁹⁶ *Ibid.*, art. 17.18.1.

groupe, sans référence spatiale autre que celle qui est inhérente à l'État²⁰⁹⁷ ». Cette compétence « universelle²⁰⁹⁸ » prévaut en France, où le statut personnel suit l'individu sur l'ensemble du territoire étatique. La Cour d'appel de Besançon dans une décision du 13 juin 1995²⁰⁹⁹ a en effet indiqué que le statut personnel s'applique tout autant sur le territoire dont est originaire l'individu qu'en métropole :

« Ces coutumes d'origine religieuse dont la loi française a garanti le libre exercice ne sont pas des coutumes locales dont le domaine aurait été circonscrit à la région dont étaient originaires leurs bénéficiaires, mais constituaient et constituent encore un statut particulier attaché à la personne, pouvant donc être invoqué par son titulaire sur toute l'étendue du territoire français ».

Au Canada, « les lieux d'expression des compétences législatives personnelles²¹⁰⁰ » sont délimités. La compétence s'apparente alors à une personnalité simple puisque « l'appartenance personnelle à un groupe, tout en constituant la condition nécessaire du jeu d'une compétence et de l'application d'une norme, se trouve néanmoins combinée à une exigence de rattachement à une partie spécifique du territoire étatique²¹⁰¹ ». Ainsi que l'explique Geneviève Motard, la compétence personnelle trouve à s'appliquer sur le territoire ancestral, bien plus vaste que les terres villageoises de propriété autochtone exclusive, ainsi que sur le territoire de la Province partie à l'accord. En revanche, « le principe de personnalité n'a cependant pas permis aux nations dont les terres ancestrales sont divisées entre plusieurs entités fédérées de dépasser ce cadre étatique²¹⁰² », refusant ainsi aux autochtones une application déterritorialisée de leurs lois sur l'ensemble du territoire de l'État canadien.

²⁰⁹⁷ OTIS GHISLAIN, « Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone », *Les Cahiers de droit*, vol. 47, n° 4, 2006, *op. cit.*, p. 789.

²⁰⁹⁸ LAFARGUE REGIS, *La coutume face à son destin: réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, L.G.D.J, coll. Droit et société. Recherches et travaux, n° 22, Paris, 2010, *op. cit.*, p. 93.

²⁰⁹⁹ CA Besançon, 13 juin 1995, *Mlles Narmada et Radjeswari c/ M.P.*, arrêt n° 476.

²¹⁰⁰ MOTARD GENEVIEVE, *Le principe de personnalité des lois comme voie d'émancipation des peuples autochtones ?*, *op. cit.*, p. 202.

²¹⁰¹ OTIS GHISLAIN, « Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone », *op. cit.*, p. 789.

²¹⁰² MOTARD GENEVIEVE, *Le principe de personnalité des lois comme voie d'émancipation des peuples autochtones ?*, *op. cit.*, pp. 205-206.

689 . Enfin, la satisfaction de l'autonomie gouvernementale autochtone passera également par l'octroi de certaines compétences territoriales, à tout le moins sur la partie de son territoire traditionnel où le peuple autochtone détient des droits collectifs de propriété exclusive. En effet, si certains théoriciens de la personnalité des lois, tels que Karl Renner, estiment que l'autonomie autochtone peut se concevoir sans support territorial²¹⁰³, ils omettent toutefois les nombreux attraits de la territorialité tels que son intérêt économique. Cette dernière offre également « *un lieu de diffusion de la langue et des symboles nationaux dans la sphère publique [et permet de garantir] un ordre juridique conforme à [la] culture juridique [autochtone]*²¹⁰⁴ ». De plus, le principe de territorialité permet aux peuples autochtones de contrôler l'usage et l'exploitation des terres et des ressources dont il a la propriété exclusive.

De surcroît, une analyse des divers domaines juridiques existants montre que certaines compétences ne sont pas personnalisables. Si les matières des domaines civil, social ou culturel, voire même ceux portant sur l'utilisation des ressources naturelles peuvent faire l'objet d'une législation personnelle, il en est qui, intrinsèquement rattachés à la terre, ne trouveront pas d'équivalent pratique dans un gouvernement déterritorialisé, limitant donc leurs domaines de compétence par rapport à ceux d'un gouvernement territorialisé²¹⁰⁵. Geneviève Motard illustre cette problématique avec l'exemple du zonage. Dans le domaine de l'urbanisme, cette réglementation consiste à organiser la répartition d'un territoire en zones, en déterminant pour chacune d'elles les conditions de l'utilisation du sol. À défaut d'une harmonisation des législations, cette compétence ne saurait être personnalisée sauf à prêter à un même espace des caractéristiques différentes voire purement contradictoires.

690 . Sur les terres coutumières, une compétence territoriale sur les aspects fonciers, la gestion et l'usage des ressources, ou encore la perception de certains impôts pourrait alors être envisagée. Le Traité Nisga'a²¹⁰⁶ et celui des Inuit du

²¹⁰³ *Ibid.*, pp. 98-99.

²¹⁰⁴ OTIS GHISLAIN, « Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone », *op. cit.*, p. 792.

²¹⁰⁵ MOTARD GENEVIEVE, *Le principe de personnalité des lois comme voie d'émancipation des peuples autochtones ?*, *op. cit.*, p. 217.

²¹⁰⁶ *Accord définitif Nisga'a*, *op. cit.*, chap. 11, art. 44 à 58.

Labrador²¹⁰⁷ ont ainsi institué une compétence territoriale sur les terres appartenant en propre aux peuples autochtones. Cette pratique existe d'ores et déjà en Nouvelle-Calédonie où les terres coutumières sont régies par le droit coutumier. Un droit de participation pour les résidents non-autochtones atténuerait également l'atteinte faite au principe de participation citoyenne. L'Accord Nisga'a prévoit une compétence territoriale sur les questions foncières portant notamment sur la gestion et l'aménagement des terres nisga'a²¹⁰⁸ ou encore la réglementation concernant le fonctionnement des entreprises présentes sur son territoire²¹⁰⁹. Bien que disposant de gouvernements ethniques, l'Accord prévoit à ce sujet que les individus allochtones habitant sur les terres nisga'a seront consultés sur les décisions les touchant et ce, de façon importante²¹¹⁰. Les Inuit du Labrador ont, quant à eux, opté pour des gouvernements locaux mixtes qui réservent environ 25% des sièges aux résidents non-autochtones dans les conseils²¹¹¹.

691 . Une fois déterminés les types de compétence nécessaires à l'autonomie normative autochtone, il peut être intéressant de s'interroger sur la place qui sera réservée à la coutume dans l'ordre juridique autochtone. Il importe en effet de préciser que, sans douter de l'attachement des communautés à leurs traditions, rien n'oblige les peuples autochtones à faire de la coutume la source principale du droit produit par leur nouvelle organisation institutionnelle.

B | Les sources du droit autochtone contemporain

692 . La Nation nisga'a a par exemple convenu que la coutume ou les lois traditionnelles nisga'a n'ont pas valeur de source formelle du droit nisga'a aux fins de l'Accord. Seule la loi nisga'a édictée par le Wilp Si'ayuukhl Nisga'a sera la source formelle du droit nisga'a, étant entendu que la loi « *comprend la législation, les lois,*

²¹⁰⁷ Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador, *op. cit.*, partie 17.9.

²¹⁰⁸ Accord définitif Nisga'a, *op. cit.*, art. 44.a.

²¹⁰⁹ *Ibid.*, art. 47.b.

²¹¹⁰ *Ibid.*, chap. 11, art. 19 à 23.

²¹¹¹ GOUVERNEMENT DU NUNATSIYUT, En ligne : <<http://www.nunatsiavut.com>>, *op. cit.*

*les ordonnances, les règlements, les décrets en conseil, les règlements administratifs fédéraux, de la Colombie-Britannique et Nisga'a, et la common law, mais [...] ne comprend pas les Ayuukhl Nisga'a ou les Ayuuk [soit les lois traditionnelles nisga'a]*²¹¹² ». En revanche, cela n'empêchera pas le législateur autochtone de s'inspirer de la coutume dans la formulation de la loi et donc, *a fortiori*, d'en faire une source matérielle du droit nisga'a, ou même de la recevoir par renvoi dans le corpus législatif²¹¹³. En d'autres termes, la mise en œuvre d'un droit nisga'a dans le cadre de l'Accord ne représentera pas nécessairement une transcription de la coutume, seule la volonté du législateur étant souveraine en ce domaine. Toutefois, bien que la coutume demeure formellement exo-étatique, elle reste en réseau avec le droit étatique autochtone puisque la Constitution nisga'a a instauré le Conseil des Aînés dont la fonction est de fournir des conseils et d'interpréter la coutume²¹¹⁴ lors du processus législatif. Le fait que ce Conseil soit constitué de chefs héréditaires, de matriarches et d'Aînés grandement respectés par les Nisga'a²¹¹⁵ laisse entrevoir l'importance et l'éventuel impact de ses avis. Cet effet est d'autant plus notable que la Constitution nisga'a engage le législateur à respecter l'autorité des Ayuuk²¹¹⁶.

693 . L'Accord des Inuit du Labrador donne une force normative plus importante et plus directe à la coutume. Il est ainsi loisible à la Nation inuite de prévoir dans sa constitution, dans la limite des compétences dévolues à son gouvernement, les matières qu'elle souhaite voir réglementer par sa coutume²¹¹⁷. À cet effet, la Constitution inuite a d'ailleurs déclaré que le droit coutumier²¹¹⁸ est le droit commun fondamental des Inuit²¹¹⁹ et que ce dernier s'applique automatiquement en l'absence de loi inuite régissant une matière précise. Si une loi inuite est votée, la loi et la coutume s'appliqueront simultanément²¹²⁰. Néanmoins, en présence d'un

²¹¹² *Accord définitif Nisga'a*, op. cit., chap. 1, p. 10. Cf. également : *Constitution de la Nation Nisga'a*, ratifiée en octobre 1998, op. cit., art. 62.

²¹¹³ OTIS GHISLAIN, « La place des cultures juridiques et des langues autochtones dans les traités d'autonomie gouvernementale au Canada », *Revue de droit de McGill*, vol. 54, 2009, p. 243.

²¹¹⁴ Les lois et pratiques traditionnelles nisga'a sont appelées Ayuuk ou Ayuukhl Nisga'a. Cf. en ce sens : *Accord définitif Nisga'a*, op. cit., chap. 1, p. 4.

²¹¹⁵ *Constitution de la Nation Nisga'a*, op. cit., art. 27.

²¹¹⁶ *Ibid.*, chap. 1, art. 2.c.

²¹¹⁷ *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, op. cit., art. 17.3.4.e.

²¹¹⁸ *Constitution des Inuit du Labrador*, 1er décembre 2005, op. cit., art. 9.1.1.

²¹¹⁹ *Ibid.*, art. 9.1.2.

²¹²⁰ *Ibid.*, art. 9.1.4.a.

conflit entre la loi et la coutume, le droit coutumier aura préséance sauf à prouver la volonté expresse du législateur de privilégier la loi²¹²¹. En outre, pour garantir l'effectivité de la coutume sans recourir à la preuve de son existence²¹²², le législateur se réserve la possibilité de rédiger la coutume afin de lui donner force de loi²¹²³. Dans ce cas, un registre des lois coutumières sera exigé²¹²⁴.

Il est par ailleurs intéressant de noter que le droit coutumier, même légiféré, ne trouvera à s'appliquer qu'aux Inuit en vertu de l'article 17.3.4.e de l'Accord qui précise expressément que l'application du droit coutumier se fera en faveur des Inuit²¹²⁵. Il paraît alors nécessaire de dissocier droit coutumier et droit inuit légiféré²¹²⁶ et de comprendre que l'application de l'un ou de l'autre pourra dépendre du statut personnel de l'individu, même dans les domaines où le gouvernement inuit possède des compétences territoriales²¹²⁷. Le droit légiféré a vocation à s'appliquer à tous simultanément avec la coutume mais en cas de conflit cette dernière prévaudra en général pour ce qui concerne les Inuit. Ainsi, droit coutumier et droit légal peuvent coexister mais en cas de conflit, Inuit et non-Inuit pourraient théoriquement se voir appliquer des droits différents, sauf si le législateur fait le choix délibéré de suspendre ou d'abroger la coutume²¹²⁸.

694 . Le peuple kanak pourra vraisemblablement choisir, nonobstant certaines variantes, entre ces deux solutions qui accordent une place très différente à la coutume. Si rien dans les faits ne prohibe un remaniement complet de la situation existante, l'attachement des Kanaks à leurs valeurs traditionnelles, corroboré par l'adoption de la Charte, laisse présager une reconnaissance du droit coutumier en tant que droit formel des Kanaks. En effet, si en matière de droit civil, les personnes de

²¹²¹ *Ibid.*, art. 9.1.4.b.

²¹²² *Ibid.*, art. 9.1.6.b et art. 9.1.7.

²¹²³ *Ibid.*, art. 9.1.5.

²¹²⁴ *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, *op. cit.*, art. 17.5.1.a.

²¹²⁵ OTIS GHISLAIN et MOTARD GENEVIEVE, « De Westphalie à Waswanipi : la personnalité des lois dans la gouvernance crie », *Les Cahiers du droit*, vol. 50, n° 1, 2009, *op. cit.*, p. 150.

²¹²⁶ OTIS GHISLAIN, « Rencontre des cultures juridiques dans la toundra subarctique : vers une nouvelle gouvernance foncière au Nunatsiavut », *Télescope*, vol. 15, n° 3, automne 2009, *op. cit.*, p. 113.

²¹²⁷ Pour rappel, dans les autres domaines, les non-Inuit sont régis par les lois étatiques, provinciales et fédérales.

²¹²⁸ *Ibidem*.

statut coutumier kanak sont régies par leurs coutumes²¹²⁹, les Kanaks ont fait part de leurs frustrations au Rapporteur Spécial James Anaya en soulignant le fait que le droit pénal coutumier n'était pas reconnu par l'État²¹³⁰. De plus, malgré le fait que la loi organique de 1999 ait envisagé la possibilité de modifier le mode de désignation des sénateurs coutumiers²¹³¹, ces derniers souhaitent continuer à être nommés selon leurs us et coutumes²¹³². Si ces diverses illustrations ne permettent pas de présager le choix que les Kanaks établiront dans l'avenir, elles semblent néanmoins démontrer une volonté de reconnaissance officielle du droit coutumier. Or, laisser ce dernier en dehors du droit autochtone étatique ne permettrait pas de le légitimer.

695 . La réponse apportée à la place de la coutume par la Nation inuite semble alors une solution idoine car elle illustre « *l'affirmation la plus résolue de la vitalité du droit coutumier dans l'ordre juridique autochtone*²¹³³ ». Les Kanaks pourront ainsi vivre sous l'égide du droit coutumier. Ce droit coutumier pourra rester oral ou éventuellement être retranscrit par le biais de « lois coutumières ». Les avis sur cette question restent encore majoritairement partagés dans la doctrine française. Certains auteurs, tel Régis Lafargue, incriminent la « *croyance en une supériorité du droit écrit*²¹³⁴ » et préconisent le maintien d'un droit coutumier oral. La rédaction aurait, en contrepartie, pour avantages de légitimer la coutume aux yeux de tous mais également de l'adapter formellement aux considérations actuelles et de montrer le pouvoir des autochtones sur l'élaboration et l'évolution de leur droit. En outre, l'écriture permettrait d'alléger considérablement le fardeau de la preuve en cas de conflit.

²¹²⁹ LOI ORGANIQUE N° 99-209 DU 19 MARS 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F., n° 0068, 21 mars 1999, p. 4197, *op. cit.*, art. 7.

²¹³⁰ ANAYA S. JAMES, *La situation du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie*, Rapport du Rapporteur Spécial sur les droits des peuples autochtones, Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, 18^{ème} session, 14 septembre 2011, A/HRC/18/35/Add.6, *op. cit.*, p. 9.

²¹³¹ LOI ORGANIQUE N° 99-209 DU 19 MARS 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, *op. cit.*, art. 137, al. 3 : « *Pour les renouvellements du sénat coutumier intervenant à compter de 2005, ses membres peuvent être élus dans chaque aire coutumière selon des modalités et par un collège électoral déterminés par une loi du pays* ».

²¹³² SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, *Rapport sur l'état de la situation du peuple kanak – peuple autochtone de la Kanaky- Nouvelle-Calédonie*, 2011, *op. cit.*

²¹³³ OTIS GHISLAIN, « La place des cultures juridiques et des langues autochtones dans les traités d'autonomie gouvernementale au Canada », *op. cit.*, p. 245.

²¹³⁴ LAFARGUE REGIS, *La coutume face à son destin: réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, L.G.D.J, coll. Droit et société. Recherches et travaux, n° 22, Paris, 2010, *op. cit.*, p. 339.

La solution inuite, dissociant droit coutumier et droit légiféré pourrait également s'avérer une possibilité intéressante, bien que délicate politiquement, pour les Îles Loyauté si elles choisissaient, dans le cadre d'un gouvernement mixte, de mettre en œuvre une compétence territoriale. L'application du droit coutumier pourrait être réservée aux seuls Kanaks et l'application du droit légiféré, éventuellement inspiré du droit étatique, s'appliquerait à tous simultanément avec le droit coutumier. En cas de conflits, le droit coutumier prévaudrait pour les Kanaks. Cette proposition permettrait aux institutions locales kanakes de disposer de compétences territoriales sans nécessairement soumettre les non-autochtones au droit coutumier kanak. En dernier lieu cependant, c'est aux Kanaks qu'il reviendra d'effectuer ce choix.

696 . Enfin, dans l'objectif d'assurer une transition harmonieuse et d'éviter les vides juridiques susceptibles de se former, la législation étatique ou le droit coutumier existant actuellement en vertu de l'Accord de Nouméa resteraient en vigueur tant que les institutions autochtones n'auraient pas établi de normes dans leurs domaines de compétences. Par ailleurs, rien n'interdit que les Kanaks adoptent, par l'entremise du Sénat coutumier ou des autorités locales, selon le champ de compétence concerné, des lois reproduisant les législations étatiques. Cette solution pourrait être adoptée concernant certaines matières que la coutume ne régit pas actuellement²¹³⁵ et dans l'hypothèse où les Kanaks opteraient pour une co-application de droits à l'image des Inuit, ce afin de régir le droit légiféré applicable aux non-kanaks.

697 . Que le droit coutumier devienne ou non le droit commun fondamental des Kanaks, sa relation avec l'ordre juridique étatique devra être établie, étant entendu que l'établissement d'une relation égalitaire entre les ordres juridiques sera délicate à acquérir.

²¹³⁵ Le cas pourra éventuellement se présenter dans des domaines très spécifiques et spécialisés tels que le droit des entreprises par exemple.

§2 | LA RECONNAISSANCE DES DROITS AUTOCHTONES : ENTRE MARCHANDAGE ET COMPROMIS

698 . Quels que soit les type des compétences, territoriales ou personnelles, qui seront éventuellement dévolus aux institutions autochtones, il reste à définir de quelles manières seront régulées les relations entre les divers ordres juridiques (A). La future consultation relative à l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie paraît être le moment opportun pour envisager une évolution des relations entre le peuple kanak, l'État français et/ou la Nouvelle-Calédonie (B).

A | L'organisation des relations entre les ordres juridiques

699 . La question du partage des compétences soulève parallèlement plusieurs problématiques, liées entre autre au régime exclusif ou partagé de ces compétences (1) et au fait que l'État se refuse à reconnaître aux autochtones certains domaines de compétence (2).

1 | LES CONFLITS DE NORMES

700 . Au Canada, un État fédéral, la question du partage des compétences entre les ordres de gouvernement est un enjeu fondamental de l'ordre constitutionnel. La loi fondamentale organise, depuis 1867, une répartition des compétences entre le pouvoir fédéral central et les entités fédérées, soit les provinces. En 1982, la reconnaissance constitutionnelle des droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones est venue ajouter un surplus de complexité et favoriser un enchevêtrement plus dense encore des attributions législatives. Dans la mesure où un droit ancestral ou un traité fonde une compétence autochtone, celle-ci ne vient pas supplanter les compétences fédérales et provinciales existantes pour les mêmes matières mais elle s'y ajoute. En effet, tel que le reconnaissait la Cour suprême du

Canada dans l'affaire Sparrow, l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 ne vient abroger ni les compétences fédérales ni les compétences provinciales. Ces compétences doivent donc être conciliées et articulées. En d'autres termes, les compétences autochtones reconnues constitutionnellement ne peuvent être exclusives puisque, selon la matière concernée, elles coexisteront soit avec la compétence fédérale soit avec la compétence provinciale.

Cette configuration sera fort difficile à modifier en raison de la grande rigidité du processus de révision constitutionnelle au Canada.

701 . Les réformes constitutionnelles en France apparaissent plus facilement envisageables. L'article 89 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que l'initiative de la révision appartient concurremment au Président de la République sur proposition du Premier ministre et aux membres du Parlement. Le projet ou proposition de révision doit ensuite être voté par l'Assemblée Nationale et le Sénat en termes identiques avant d'être approuvé par référendum. Il est en outre possible d'éviter le référendum en soumettant le projet au Parlement convoqué en Congrès. La révision sera approuvée si elle réunit les trois cinquièmes des suffrages. La loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998 relative à la Nouvelle-Calédonie venant rétablir le titre XIII de la Constitution portant sur les *Dispositions transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie*, illustre parfaitement cette procédure et montre qu'une modification de la Constitution a d'ores et déjà eu lieu pour tenter de résoudre les problématiques inhérentes à l'archipel. Elle prévoit entre autre l'élaboration d'une loi organique²¹³⁶ qui établira un transfert définitif de compétences de l'État à la Nouvelle-Calédonie²¹³⁷. Une nouvelle révision constitutionnelle pourrait voir le jour et reconnaître l'existence du peuple kanak sur le territoire de Nouvelle-Calédonie ainsi que son droit à l'autodétermination interne. À ce titre, la Constitution pourrait alors reconnaître la compétence exclusive des institutions kanakes dans les domaines touchant spécifiquement l'autochtonité, tels que les terres coutumières, le statut coutumier ou encore la culture, les savoirs traditionnels, le patrimoine, l'éducation, les services sociaux et les langues autochtones. Une compétence étant exclusive

²¹³⁶ La loi organique du 19 mars 1999.

« lorsqu'un seul ordre de gouvernement peut l'exercer à l'exclusion des autres²¹³⁸ », il serait alors possible de parler réellement de souveraineté partagée entre l'État et le peuple kanak.

702 . Néanmoins, dans un État où se côtoient plusieurs ordres juridiques, l'expérience démontre que les chevauchements de compétences sont pratiquement inévitables. Ainsi, la théorie du double aspect développée au Canada montre que même dans l'hypothèse de compétences exclusives, des conflits de normes sont susceptibles d'apparaître. Une même matière peut en effet revêtir plusieurs aspects qui tendent à relever de paliers de compétences différents²¹³⁹. En d'autres termes, et ainsi que l'explique la Cour Suprême, « des sujets qui à un égard et pour un motif précis relèvent de l'art. 92 [compétences provinciales] peuvent, à un autre égard et pour un autre motif, relever de l'art. 91 [compétence fédérale]²¹⁴⁰ ».

L'arrêt *Mangat*²¹⁴¹ de la Cour suprême en date du 18 octobre 2001 offre à cet égard un exemple intéressant. Dans cette affaire, une loi fédérale permettait aux étrangers de se faire représenter devant les tribunaux administratifs, en matière d'immigration, par une personne qui n'était pas avocate. Une loi provinciale en revanche, interdisait à toute personne n'étant pas avocat d'exercer devant un tribunal. *A priori*, il s'agissait là de compétences exclusives, l'une portant sur l'organisation des tribunaux administratifs, l'autre portant sur la réglementation de l'exercice du droit par la province²¹⁴². La Cour a cependant déterminé que « la représentation des étrangers par un conseil [...] comporte un aspect fédéral et un aspect provincial²¹⁴³ ».

²¹³⁷ LOI CONSTITUTIONNELLE N° 98-610 DU 20 JUILLET 1998 relative à la Nouvelle-Calédonie, adoptée par le Congrès, J.O.R.F., n° 166, 21 juillet 1998, p. 11143, *op. cit.*, art. 3 ; CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958, J.O.R.F., 5 octobre 1958, p. 9151, *op. cit.*, art. 77.

²¹³⁸ GRAMMOND SEBASTIEN, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruylant / Editions Yvon Blais, coll. Droit, territoires, cultures, Bruxelles, 2003, *op. cit.*, p. 100.

²¹³⁹ GELINAS FABIEN, « La doctrine des immunités interjuridictionnelles dans le partage des compétences : éléments de systématisation », *La Revue juridique Thémis*, vol. 28, n° 2-3, 1993, p. 514.

²¹⁴⁰ *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, p. 130, cité par : Cour suprême, 18 octobre 2001, *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, p. 142.

²¹⁴¹ *Ibidem*.

²¹⁴² *Ibid.*, p. 144.

²¹⁴³ *Ibid.*, p. 115.

Le fait que la matière supporte un double aspect emporte les mêmes conséquences que lors des conflits en cas de compétences partagées, c'est-à-dire que les règles de prépondérance trouvent à s'appliquer²¹⁴⁴. Au Canada, c'est le principe de la prépondérance de la loi fédérale qui a été retenu par la jurisprudence.

Le fardeau de prouver un conflit de loi reste toutefois onéreux en raison d'une jurisprudence qui privilégie, chaque fois que cela est possible, l'application des lois édictées par les deux ordres de gouvernement²¹⁴⁵. La Cour suprême a imposé aux tribunaux la règle selon laquelle « *il est souhaitable d'adopter une approche restrictive des principes comme celui de la prépondérance fédérale*²¹⁴⁶ », de sorte que chaque « *fois qu'on peut légitimement interpréter une loi fédérale de manière qu'elle n'entre pas en conflit avec une loi provinciale, il faut appliquer cette interprétation de préférence à toute autre qui entraînerait un conflit*²¹⁴⁷ ».

703 . La jurisprudence canadienne a répertorié deux types de conflits de lois pouvant entraîner l'application de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales. La première forme de conflits de lois est le conflit opérationnel d'application entre loi fédérale et provinciale « *où une loi dit "oui" et l'autre dit "non", de sorte que l'observance de l'une entraîne l'inobservance de l'autre*²¹⁴⁸ ». Dans l'affaire *Mangat* par exemple, il n'y avait pas de conflit de ce type car l'individu étranger pouvait techniquement se faire représenter par un avocat et respecter ainsi les deux législations²¹⁴⁹ puisque la loi fédérale n'interdisait pas le recours à un avocat. En vertu de ce premier type de conflit, la règle de prépondérance était inapplicable et les deux lois pouvaient coexister. Cette définition du conflit d'application permet de ne

²¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 145.

²¹⁴⁵ Cour suprême, 30 septembre 2011, *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, [2011] 3 R.C.S. 134, p. 166 ; Cour suprême, 26 juin 2014, *Nation Tsilhqot'in c/ Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256, *op. cit.*, pp. 317-318 ; Cour suprême, 13 novembre 2015, *Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd*, [2015] 3 R.C.S. 419, p. 437.

²¹⁴⁶ Cour suprême, 22 décembre 2011, *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, [2011] 3 R.C.S. 837, p. 867.

²¹⁴⁷ Cour suprême, 9 août 1982, *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, p. 356 ; Cour suprême, 31 mai 2007, *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, p. 53 ; Cour suprême, 1^{er} février 2013, *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, [2013] 1 R.C.S. 271, p. 305 ; Cour suprême, 13 novembre 2015, *Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd*, *op. cit.*, p. 437.

²¹⁴⁸ Cour suprême, 9 août 1982, *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 191 ; Cour suprême, 1^{er} février 2013, *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, *op.cit.*, p. 307.

²¹⁴⁹ Cour suprême, 8 décembre 2011, *Québec (Procureur général) c. Canada (Ressources humaines et Développement social)*, [2011] 3 R.C.S. 635, p. 649.

pas faire systématiquement jouer la doctrine de la prépondérance fédérale en prenant en considération que « *l'observance de la loi la plus stricte entraîne nécessairement le respect de l'autre*²¹⁵⁰ ».

704 . La jurisprudence a cependant dégagé une seconde forme de conflit susceptible de faire jouer la règle de la prépondérance fédérale, le conflit d'objectifs législatifs²¹⁵¹. En d'autres termes, « *pour déterminer s'il y a un conflit d'objectifs législatifs, il faut se demander si le but poursuivi par le Parlement est compatible avec celui du législateur provincial [ce qui] requiert d'examiner les deux dispositions dans leur contexte législatif [...] global*²¹⁵² ». Or, dans l'affaire Mangat, l'objectif de la loi fédérale était de faciliter l'accès des étrangers au processus d'immigration, car « *il peut être difficile de trouver des avocats qui parlent couramment d'autres langues, en plus de bien connaître différentes cultures [et que] la possibilité de se faire représenter par un non-avocat peut favoriser l'absence de formalisme et la célérité*²¹⁵³ ». L'intention de cette législation était donc contrecarrée par la législation provinciale qui imposait la présence d'un avocat, entraînant de ce fait un conflit d'objectifs.

En substance, la règle de la prépondérance fédérale s'applique donc s'il est impossible pour un individu de respecter simultanément les deux législations ou si une loi provinciale vient entraver l'objet d'une loi fédérale²¹⁵⁴.

705 . Dans la cadre des traités modernes, la pratique est quelque peu différente et si la règle de la prépondérance s'applique, elle n'est pas nécessairement en faveur du gouvernement fédéral. Dans l'Accord Inuit, le conflit est défini comme étant un « *conflit réel en cours*²¹⁵⁵ », faisant référence au conflit opérationnel d'application tel

²¹⁵⁰ Cour suprême, 18 octobre 2001, *Law Society of British Columbia c. Mangat*, op. cit., p. 154.

²¹⁵¹ *Ibidem*.

²¹⁵² Cour suprême, 1^{er} février 1990, *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121, p. 155 ; Cour suprême, 31 mai 2007, *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, op. cit., pp. 52-53 ; Cour suprême, 8 décembre 2011, *Québec (Procureur général) c. Canada (Ressources humaines et Développement social)*, op. cit., pp. 646-647.

²¹⁵³ Cour suprême, 18 octobre 2001, *Law Society of British Columbia c. Mangat*, op. cit., p. 149.

²¹⁵⁴ Cour suprême, 18 mars 2005, *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188, p. 195.

²¹⁵⁵ *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, signé le 22 janvier 2005 entre les Inuit du Labrador, la province de Terre-Neuve-et-Labrador et le Canada, op. cit., art. 1.1.1, p. 5.

que défini par la Cour suprême²¹⁵⁶. Si ni l'Accord Inuit ni l'Accord Nisga'a ne définissent l'incompatibilité, ce terme « *renvoie vraisemblablement à toute divergence appréciable entre les lois, ce qui comprend ce que la jurisprudence relative au partage des compétences appelle le "conflit d'objet" ou d'intention*²¹⁵⁷ ». Ainsi, en présence de ces deux formes de conflits, les Accords Nisga'a et Inuit précisent pour chaque attribution de compétence, quelle loi – fédérale, provinciale ou autochtone – aura la prépondérance.

706 . Une analyse de ces Accords permet de constater qu'il n'existe qu'un nombre limité de domaines où, en présence d'un conflit ou d'une incompatibilité, la loi autochtone l'emporte sur les lois fédérales ou provinciales. Cette affirmation doit en outre être nuancée car même en cas de prépondérance autochtone, celle-ci peut, dans des situations exceptionnelles, être mises de côté au profit de la loi fédérale ou provinciale. L'article 35(1) permet en effet à l'État de justifier une atteinte à une clause d'un traité si cette atteinte est justifiée selon les critères issus de l'arrêt Sparrow.

En règle générale, les matières à prépondérance autochtone touchent aux spécificités autochtones. L'Accord Nisga'a prévoit ainsi une prépondérance autochtone dans les domaines de la citoyenneté²¹⁵⁸, de la culture et de la langue²¹⁵⁹, des guérisseurs autochtones²¹⁶⁰, ou encore de l'éducation²¹⁶¹. En revanche, des domaines tels que l'ordre public²¹⁶², les circulations et transports²¹⁶³, la célébration des mariages²¹⁶⁴, les services sociaux²¹⁶⁵ ou la santé²¹⁶⁶ sont soumis à la prépondérance des lois fédérales et fédérées. Pour les Inuit, la situation est relativement plus complexe puisque dans

²¹⁵⁶ OTIS GHISLAIN, « L'autonomie gouvernementale autochtone et l'option de loi en matière de statut personnel », *Les Cahiers de droit*, vol. 55, n° 3, 2014, p. 603.

²¹⁵⁷ *Ibidem*.

²¹⁵⁸ *Accord définitif Nisga'a*, signé le 27 avril 1999 entre la Nation Nisga'a, la province de Colombie-Britannique et le Canada, *op. cit.*, chap. 11, art. 40.

²¹⁵⁹ *Ibid.*, chap. 11, art. 43.

²¹⁶⁰ *Ibid.*, chap. 11, art. 86.

²¹⁶¹ *Ibid.*, chap. 11, art. 101 et 105.

²¹⁶² *Ibid.*, chap. 11, art. 62.

²¹⁶³ *Ibid.*, chap. 11, art. 74.

²¹⁶⁴ *Ibid.*, chap. 11, art. 76.

²¹⁶⁵ *Ibid.*, chap. 11, art. 79.

²¹⁶⁶ *Ibid.*, chap. 11, art. 83.

certaines domaines tels que la santé ou les services sociaux, la prépondérance est partagée en fonction des sujets²¹⁶⁷.

707 . En définitive, il semble que l'État exploite sa position dominante pour « *faire prévaloir une conception restrictive de l'autonomie autochtone*²¹⁶⁸ », cantonnée aux strictes spécificités autochtones. De surcroît, l'exercice de nombre de compétences autochtones est soumis à l'application de critères obligatoires concernant particulièrement le contenu des lois promulguées. Ces restrictions sont particulièrement présentes dans les domaines où l'État a consenti à une prépondérance autochtone²¹⁶⁹. Cette technique permet, sous couvert d'autonomie, de contrôler la législation autochtone en imposant des principes issus du droit étatique. Ainsi, le domaine de l'éducation comporte l'obligation de recruter des enseignants détenant des certificats d'enseignements provinciaux valides²¹⁷⁰ ou à tout le moins titulaires d'une reconnaissance professionnelle issue de normes comparables à celles des enseignants provinciaux²¹⁷¹ dans les matières autres que l'apprentissage de la langue et de la culture autochtone. En matière d'adoption où les lois niska'a et inuites ont prépondérance en cas de conflit de normes, les Accords stipulent également que l'adoption doit être assujettie au respect d'un critère principal, celui de l'intérêt de l'enfant²¹⁷². Cette précaution apparaît d'autant plus superfétatoire aujourd'hui que la Charte inuite, par exemple, prévoit expressément que les intérêts de l'enfant sont d'une importance primordiale pour toutes les questions le concernant²¹⁷³.

Il apparaît que le gouvernement fédéral s'est octroyé le droit de déterminer « *dans une grande mesure les tenants et aboutissants de l'autonomie autochtone et de diffuser la culture politique et juridique occidentale dans la vie des institutions*

²¹⁶⁷ Cf. notamment : *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, op. cit., Partie 17.13, art. 17.13.4 et 17.13.5 et Partie 17.15, art. 17.15.4 et 17.15.7.

²¹⁶⁸ OTIS GHISLAIN, « Comparaisons. L'autochtonisme aux États-Unis et au Canada, les défis de la décolonisation du rapport aux peuples premiers », dans FABERON JEAN-YVES, FAYAUD VIVIANE, REGNAULT JEAN-MARC (dir.), *Destin des collectivités politiques d'Océanie : peuples, populations, nations, Etats, territoires, pays, patries, communautés, frontières*, PUAM, t. I, Aix-en-Provence, 2011, op. cit., p. 292.

²¹⁶⁹ GRAMMOND SEBASTIEN, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruylant / Editions Yvon Blais, coll. Droit, territoires, cultures, Bruxelles, 2003, op. cit., p. 331.

²¹⁷⁰ *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, op. cit., art. 17.12.3.b.

²¹⁷¹ *Accord définitif Niska'a*, op. cit., chap. 11, art. 100.b.

²¹⁷² *Ibid.*, chap. 11, art. 96.a ; *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, op. cit., art. 17.18.10.a.

*autochtones*²¹⁷⁴ ». Ce constat est d'autant plus déroutant que les Nisga'a et les Inuit se sont engagés, au travers de leur traité respectif, à appliquer la Charte canadienne des droits et libertés²¹⁷⁵. Leur droit à l'autonomie gouvernementale est donc déjà assorti d'une limite intrinsèque dont le non-respect engendrerait la violation du traité²¹⁷⁶. Il est alors envisageable de penser que cet engagement solennel de la part des autochtones est une garantie suffisante quant au contenu de leurs lois. Il n'était nul besoin de leur imposer, sauf à reproduire les modèles coloniaux²¹⁷⁷, de nouvelles exigences qui amenuisent encore leur autonomie.

708 . En Nouvelle-Calédonie, la présence de compétences exclusives dans des domaines tels que l'éducation, la culture, la santé, ou encore les services sociaux amoindrirait vraisemblablement le risque de conflits de normes sans toutefois l'écarter entièrement, la théorie du double aspect pouvant également jouer. Il conviendrait alors d'établir des règles de prépondérance autochtone ou étatique dans certaines matières. Ainsi, à titre d'exemple, il est possible de revenir sur les attributions des divers clans au sein de la chefferie. Comme expliqué précédemment, il existe au sein de l'organisation kanake, des clans dits de l'intérieur pratiquant l'agriculture et des clans côtiers. Si tous peuvent pêcher pour la consommation familiale, seuls les clans côtiers peuvent effectuer des pêches collectives pour les distribuer à la population ou les destiner à la revente commerciale. Afin de garantir l'harmonie au sein de la chefferie, les clans de l'intérieur pourraient donc se voir interdire par les institutions locales autochtones le droit de pratiquer la pêche dans un but commercial. Or, la Nouvelle-Calédonie est compétente en vertu de l'article 22 alinéa 19 de la loi organique de 1999, en matière de droit de la concurrence qui, fortement inspiré du droit français trouve également sa source dans le décret d'Allarde en date des 2 et 17 mars 1791 affirmant le principe de la liberté du

²¹⁷³ *Constitution des Inuit du Labrador*, 1^{er} décembre 2005, *op. cit.*, art. 2.4.22.

²¹⁷⁴ OTIS GHISLAIN, « Comparaisons. L'autochtonisme aux États-Unis et au Canada, les défis de la décolonisation du rapport aux peuples premiers », *op. cit.*, p. 292.

²¹⁷⁵ *Accord définitif Nisga'a*, *op. cit.*, chap. 2, art. 9 ; *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, *op. cit.*, art. 2.18.1.

²¹⁷⁶ OTIS GHISLAIN, « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte canadienne ? », *Revue de droit d'Ottawa*, vol. 36, 2005, *op. cit.*, pp. 156-157.

²¹⁷⁷ MOTARD GENEVIEVE, *Le principe de personnalité des lois comme voie d'émancipation des peuples autochtones?*, Thèse de droit, Université Laval, Québec, 2012, *op. cit.*, p. 230.

commerce et de l'industrie et consacrant à la fois la liberté d'entreprendre et la liberté d'exploiter dans le cadre d'une concurrence claire et loyale. Dans ce cas, la mise en place d'une prépondérance autochtone pourrait être envisagée afin que ne soit pas appliquée la liberté du commerce dans ce cas particulier.

Le problème risque également de se poser en matière de prélèvement des ressources naturelles. En effet, si les Kanaks peuvent obtenir des compétences territoriales sur les terres coutumières, ces mêmes compétences sur les zones d'influence coutumière²¹⁷⁸ restent plus délicates à appliquer. Aussi, il est possible que soient accordées aux institutions kanakes, sur ces zones, des compétences personnelles relatives au prélèvement de ressources fauniques ou halieutiques par exemple. Le prélèvement de ces mêmes ressources par les non-autochtones sera réglementé par les provinces. Des conflits seraient alors susceptibles d'intervenir relativement aux quotas ou encore aux politiques de conservation ou de périodes d'ouverture des droits de chasse. Si une norme autochtone interdit l'exploitation pour permettre la reproduction des espèces et qu'une norme provinciale ne met pas cette restriction en œuvre, il y aura certainement conflit d'objectifs législatifs. La solution hiérarchique, selon laquelle un ordre primerait sur l'autre entraînant l'instauration de règles de prépondérance, pourrait dès lors être envisagée. Geneviève Motard envisage également une autre possibilité, celle de la coopération procédant à l'harmonisation des solutions en présence. Les procédures de cogestion telles que mentionnées précédemment permettraient, par la voie de la négociation, l'articulation des normes propres à chaque entité²¹⁷⁹.

709 . Enfin, dans le domaine des compétences, une autre problématique apparaît. Il est en effet des domaines de compétences que l'État s'emploie à refuser aux autochtones, tels que le droit criminel²¹⁸⁰.

²¹⁷⁸ Pour rappel, les zones d'influence coutumière (ZIC) sont les terres privées et les terres des collectivités sur lesquelles les Kanaks estiment posséder une légitimité ancestrale.

²¹⁷⁹ MOTARD GENEVIEVE, *Le principe de personnalité des lois comme voie d'émancipation des peuples autochtones?*, op. cit., pp. 311 et s.

²¹⁸⁰ *Accord définitif Nisga'a*, op. cit., chap. 11, art. 61 ; *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, op. cit., art. 17.28.2.

2 | UN DOMAINE DE COMPÉTENCE ÉCARTÉ : LE DROIT PÉNAL

710 . Dans le respect de la libre détermination des peuples autochtones, les Kanaks devraient pouvoir prétendre à une compétence en matière de droit pénal. Il paraît en effet difficile de concevoir un droit coutumier pouvant « *valablement définir les règles civiles de la propriété [par exemple] sans que l'on en tire aucune conséquence en droit pénal sur les infractions qui sanctionnent les atteintes à la propriété*²¹⁸¹ ». Selon Éric Durauffour, magistrat en charge de la section détachée des Îles Loyauté du tribunal de première instance de Nouméa de 2009 à 2012, « *le risque est l'ineffectivité du droit coutumier, privé de tout moyen de coercition pour garantir son autorité*²¹⁸² ». Certes, si une telle compétence était accordée aux autorités coutumières, il faudrait nécessairement négocier les limites de ce droit car il est fortement improbable que la France accepte l'application d'un droit pénal coutumier si ce dernier ne garantit pas le respect des droits de l'Homme. La question se posera de manière accrue concernant certaines sanctions traditionnelles telles que les châtiments corporels²¹⁸³. En effet, l'article 3 de la *Convention Européenne des Droits de l'Homme* dispose que « *nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* » et les atteintes à l'intégrité corporelle devront sans doute être remises en cause avant toute discussion sur la reconnaissance d'un droit pénal coutumier. De plus, la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* dispose clairement en son article 34 que :

« *les peuples autochtones ont le droit de promouvoir, de développer et de conserver leurs structures institutionnelles et leurs coutumes, spiritualités, traditions, procédures ou pratiques particulières et, lorsqu'ils existent, leurs systèmes ou coutumes juridiques, en conformité avec les normes internationales relatives aux Droits de l'Homme* ».

²¹⁸¹ MALABAT VALERIE, « La prise en compte de la coutume kanak en droit pénal » dans CORNUT ÉTIENNE, DEUMIER PASCALE (dir.), *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, Rapport de recherche réalisé avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, Convention n° 214.02.18.14, décembre 2016, p. 212.

²¹⁸² DURAFFOUR ÉRIC, « Pour que le châtimement soit un honneur », dans CORNUT ÉTIENNE, DEUMIER PASCALE (dir.), *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, op.cit., p. 237.

Cette première exigence est légitimée par les peuples autochtones qui ont inscrit, dès le départ, leurs revendications dans la matrice des droits fondamentaux universels²¹⁸⁴ et qui, aujourd'hui, s'appuient sur la DDPA elle-même pour justifier leurs revendications.

711 . Si le droit international des droits de l'Homme ne définit pas explicitement les actes relevant de traitements cruels, inhumains ou dégradants²¹⁸⁵, le Rapporteur spécial sur la torture a cependant déclaré que « *le châtement corporel est en contradiction avec l'interdiction de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants*²¹⁸⁶ ». Il définit en outre les châtements corporels comme regroupant entre autres peines, la flagellation, la lapidation ou encore le marquage au fer²¹⁸⁷. De plus, si l'article premier de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* précise que la torture ne saurait s'étendre « *à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles* », le Rapporteur des Nations Unies sur la torture a précisé que :

« Le Rapporteur spécial n'ignore pas qu'un petit nombre de gouvernements et d'experts juridiques sont d'avis que les châtements corporels ne devraient pas être considérés comme une torture ou une peine ou un traitement cruel, inhumain ou dégradant, [...s'ils] sont dûment prévus par la législation nationale. [...] Le Rapporteur spécial n'est pas d'accord avec cette interprétation. Selon lui, l'expression "sanctions légitimes" se réfère

²¹⁸³ MALABAT VALERIE, « La prise en compte de la coutume kanak en droit pénal », dans CORNUT ÉTIENNE, DEUMIER PASCALE (dir.), *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, op. cit., p. 224.

²¹⁸⁴ OTIS GHISLAIN ET MELKEVIK BJARNE, *Peuples autochtones et normes internationales : Analyse et textes relatifs au régime de protection identitaire des peuples autochtones*, Y. Blais, Cowansville, 1996, op.cit., p. 20.

²¹⁸⁵ L'article 1^{er} de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants définit uniquement la torture comme étant un « *acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physique ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne [...]* ». Cf. en ce sens : *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Résolution 29/46 adoptée le 10 décembre 1984, entrée en vigueur le 26 juin 1987, art. 1^{er}.

²¹⁸⁶ S. RODLEY NIGEL, *Question des droits de l'Homme de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement en particulier : torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Conseil économique et social, Commission des droits de l'Homme, 53^{ème} session, 10 janvier 1997, E/CN.4/1997/7, para. 6.

*nécessairement aux pratiques largement admises par la communauté internationale comme étant légitimes telles que la privation de liberté par l'emprisonnement, que l'on retrouve dans pratiquement tous les systèmes de justice pénale*²¹⁸⁸ ».

Son opinion est corroborée par deux avis du Comité des droits de l'Homme²¹⁸⁹ qui affirment que l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants protégée par l'article 7 du PIDCP s'étend « *aux peines corporelles, y compris les châtiments excessifs infligés à titre de sanction pénale ou de mesure éducative ou disciplinaire*²¹⁹⁰ ».

712 . Certes, les Kanaks pourraient contester ce point de vue en arguant que l'emprisonnement est tout aussi peu respectueux des droits de l'Homme que ne l'est leurs sanctions physiques²¹⁹¹. Si cette remarque peut inciter à une réflexion théorique portant sur la prédominance des conceptions occidentales des peines légitimes, les Kanaks s'appuient néanmoins sur la DDPA pour justifier leurs droits, et il serait fortement contestable que ces derniers puissent écarter dans ce document les dispositions qui leur disconviennent. De surcroît, la Charte du Peuple Kanak indique expressément dans son préambule que :

« la reconnaissance des droits du Peuple Kanak encouragera, au sein de l'État, des relations harmonieuses et de coopération avec les autres populations présentes en Nouvelle-Calédonie, fondées sur les principes de justice, de démocratie, de respect des droits de l'homme, de non-discrimination et de bonne foi ».

²¹⁸⁷ *Ibid.*, para. 5.

²¹⁸⁸ *Ibid.*, para. 7 et 8.

²¹⁸⁹ *Rapport du Comité des droits de l'Homme*, Assemblée générale, 37^{ème} session, 22 septembre 1982, supplément n° 40, A/37/40 ; *Rapport du Comité des droits de l'Homme*, Assemblée générale, 9 octobre 1992, supplément n° 40, A/47/40.

²¹⁹⁰ *Rapport du Comité des droits de l'Homme*, op. cit., annexe VI, partie A, al. 5.

²¹⁹¹ PARISOT VALERIE, « Justice pénale républicaine et droit coutumier kanak », dans PESSINA DASSONVILLE STEPHANE (dir.), *Le statut des peuples autochtones – A la croisée des savoirs*, Karthala – Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris – UMR de droit comparé, coll. Cahiers d'Anthropologie du droit, Paris, 2012, p. 201.

De même, lors de la proclamation de la Charte du Peuple Kanak, le Président du Sénat coutumier Paul Vakié a affirmé que « *la Charte ou la Déclaration qui en découlera, devra trouver sa place dans toutes les constitutions aux côtés de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dont elle est par définition une composante*²¹⁹² ». Il semble donc que les Kanaks souhaitent intégrer leur Charte dans l'ensemble plus vaste de la Déclaration de 1789 et des droits de l'Homme en général.

713 . Au Canada, les gouvernements niska'a et inuit jouissent de compétences pénales accessoires à leurs compétences matérielles sans pour autant disposer d'une compétence criminelle au sens strict²¹⁹³. Cette compétence est assujettie au respect des droits fondamentaux. Les Inuit du Labrador ont également établi une Charte inuite des droits et responsabilités, insérée au chapitre deux de leur Constitution. Cette dernière garantit notamment l'égalité entre hommes et femmes²¹⁹⁴, le droit à la dignité humaine²¹⁹⁵, le droit à l'intégrité du corps humain²¹⁹⁶, la liberté d'expression²¹⁹⁷, les droits de l'enfant²¹⁹⁸ ou encore le droit à la libre circulation²¹⁹⁹. Des droits axés sur le politique et la pratique des institutions inuites sont également instaurés. Ainsi, la Charte prévoit des élections libres, équitables²²⁰⁰ et secrètes²²⁰¹, des actions administratives licites et équitables²²⁰² et une justice impartiale²²⁰³.

²¹⁹² ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK, *Charte du Peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak*, adoptée par les chefferies coutumières de Nouvelle-Calédonie le 26 avril 2014, *op. cit.*, « Proclamation de la Charte du Peuple Kanak », p. 42.

²¹⁹³ Au Canada, la pratique actuelle semble davantage axée sur la prise en compte des sanctions autochtones au sein même des juridictions criminelles. Ainsi la Cour suprême indique que « *le juge chargé d'infliger la peine envisage les sanctions raisonnables autres que l'incarcération en ce qui concerne les délinquants autochtones. De toute évidence s'il existe un programme ou une tradition de sanctions substitutives dans une communauté autochtone, et que le délinquant peut obtenir soutien et surveillance, il sera peut-être facile de trouver et d'imposer une mesure de rechange* ». Cf. en ce sens : Cour suprême, 23 avril 1999, *R. c. Gladue*, [1999] 1. R.C.S. 688, p. 736. Cette solution est par ailleurs envisagée par certains juristes français qui prônent une reconnaissance effective de la coutume au sein du droit pénal français. Cf. en ce sens : MALABAT VALERIE, « La prise en compte de la coutume kanak en droit pénal » dans CORNUT ÉTIENNE, DEUMIER PASCALE (dir.), *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, *op.cit.*, pp. 211-232 ; DURAFFOUR ÉRIC, « Pour que le châtime soit un honneur », dans CORNUT ÉTIENNE, DEUMIER PASCALE (dir.), *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, *op.cit.*, pp. 233-242.

²¹⁹⁴ *Constitution des Inuit du Labrador*, *op. cit.*, art. 2.4.1.

²¹⁹⁵ *Ibid.*, art. 2.4.5.

²¹⁹⁶ *Ibid.*, art. 2.4.7.

²¹⁹⁷ *Ibid.*, art. 2.4.9.

²¹⁹⁸ *Ibid.*, art. 2.4.21.

²¹⁹⁹ *Ibid.*, art. 2.4.13.

²²⁰⁰ *Ibid.*, art. 2.4.10.

²²⁰¹ *Ibid.*, art. 2.4.11.

²²⁰² *Ibid.*, art. 2.4.34.

Outre ces droits-libertés garantis à chaque individu inuit, la Charte prévoit également des droits-créances impliquant une intervention des institutions inuites pour leur mise en œuvre concrète. Il s'agit principalement de droits sociaux tels que le droit à un environnement sain et respectueux de la santé²²⁰⁴, l'accès à l'eau, à la nourriture et à des services de santé²²⁰⁵ et le droit à l'éducation²²⁰⁶. Quelques articles s'appuient également sur la Charte canadienne, empruntant des définitions²²⁰⁷ ou précisant que l'observance de cette dernière sur certains points, tels que la liberté de conscience et de religion par exemple, ne s'oppose pas à des aménagements, comme le fait pour les institutions inuites de pratiquer des cérémonies religieuses ou spirituelles, gratuites et volontaires²²⁰⁸. Enfin, la Charte, souscrivant aux obligations de l'Accord, indique clairement dans son article 2.1.8 que les droits et libertés garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* devront être appliqués par les institutions inuites à l'égard des membres de la communauté.

714 . Il est alors loisible de se demander pourquoi la question du droit criminel est formellement exclue des négociations sur l'autonomie gouvernementale²²⁰⁹ puisque les autorités autochtones sont assujetties à la Charte canadienne. Ce d'autant plus que « *le droit criminel est un domaine intimement lié à la vie communautaire et s'avère être fort important pour le bon développement des communautés autochtones en général*²²¹⁰ ». Il faut néanmoins souligner que l'entente inuite prévoit qu'à la demande du Gouvernement Nunatsiavut, le Canada et la Province pourront entreprendre des négociations avec ce dernier dans le but de parvenir « *à une entente*

²²⁰³ *Ibid.*, art. 2.4.36.

²²⁰⁴ *Ibid.*, art. 2.4.20.

²²⁰⁵ *Ibid.*, art. 2.4.23.

²²⁰⁶ *Ibid.*, art. 2.4.24 et 2.4.25.

²²⁰⁷ La Charte reprend ainsi les exemples de discriminations prohibées par l'article 15 de la Charte canadienne : « *La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques* ». Cf. en ce sens : *Ibid.*, art. 2.4.4.

²²⁰⁸ *Ibid.*, art. 2.4.8.

²²⁰⁹ GOUVERNEMENT DU CANADA, *Guide de la politique fédérale sur l'autonomie gouvernementale : l'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*, Ottawa, 1995, p. 8.

²²¹⁰ MOTARD GENEVIEVE, *Le principe de personnalité des lois comme voie d'émancipation des peuples autochtones?*, Thèse de droit, Université Laval, Québec, 2012, *op. cit.*, p. 224.

prévoyant l'exécution des lois d'application générale ; [étant] entendu que celles-ci comprennent le droit criminel²²¹¹ ».

715 . Si une Déclaration découlait éventuellement de la Charte du Peuple Kanak, celle-ci pourrait sans doute intégrer un article exposant expressément le respect des droits de l'Homme afin de satisfaire les exigences étatiques en ce domaine. Cette Déclaration apparaîtrait alors suffisante pour justifier une compétence législative kanake dans les domaines des affaires coutumières, y compris le droit pénal, sans que par ailleurs le droit kanak ne soit astreint aux respects de critères spécifiques, comme le sont les Accords Nisga'a et Inuit. Il paraît en effet quelque peu réducteur de penser que ces peuples autochtones ne soient pas à même de garantir le bien-être de leurs citoyens sans l'intervention salvatrice de la culture juridique étatique. Si le garde-fou du respect des droits de l'Homme était instauré, l'existence d'un droit pénal coutumier pourrait être, semble-t-il, reconnu. Ce d'autant plus que le désir est prégnant parmi les responsables coutumiers kanaks d'appliquer une justice pénale en tribu. Entretenant aujourd'hui une démarche politique visant à autonomiser la sphère coutumière²²¹², un ancien sénateur coutumier explique au cours d'un entretien avec Michel Naepels :

« Actuellement, nous on souhaite également que les clans n'aillent pas directement porter leurs affaires devant le tribunal, c'est ça aussi le travail qu'on est en train de faire aujourd'hui sur le chantier du socle commun de nos valeurs, parce qu'on parle également de responsabiliser les chefferies coutumières, qu'on prenne en charge nos affaires, c'est ce qu'on appelle la justice coutumière²²¹³ ».

Pour l'heure, il n'existe pas légalement de justice pénale coutumière et selon le magistrat Régis Lafargue :

²²¹¹ *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, signé le 22 janvier 2005 entre les Inuit du Labrador, la province de Terre-Neuve-et-Labrador et le Canada, *op. cit.*, art. 17.29.6.b.

²²¹² DEMMER CHRISTINE, BENSALBAN, HALPÉRIN JEAN-LOUIS, NAEPELS MICHEL, TRÉPIED BENOÎT, SALOMON CHRISTINE et SORIANO ERIC., *Faire de la coutume un droit. Enjeux, histoire, questionnements*, Mission de recherche Droit et Justice, 2016, *op. cit.*, p. 60.

²²¹³ *Ibid.*, pp. 60-61.

« L'ignorance du droit pénal coutumier, la négation de l'autorité du chef et de la parole collective qu'il transmet est d'une portée considérable. Le débat ne se réduit pas à une querelle de juristes : cette ignorance est une négation des symboles et de l'identité kanaks. Elle recèle la remise en cause de l'organisation sociale traditionnelle. Elle manifeste la permanence des idées et des méthodes : la logique de rupture qui a fondé la colonisation de la Nouvelle-Calédonie. Elle expose toujours le droit, dit par le juge, à être bafoué par le chef. Or ce chef – que la loi pénale prétend dépouiller de ses attributs – c'est "la parole du clan" comme le soulignait le pasteur Leenhardt : le symbole d'une société luttant pour préserver son identité²²¹⁴ ».

Les institutions nationales et locales pourraient alors prévoir l'imposition de pénalités et de sanctions en cas de non-respect du droit kanak. Par ailleurs, des tribunaux kanaks chargés de faire appliquer l'ensemble du droit kanak pourraient être instaurés dans la mesure où ils respecteraient les principes d'indépendance de la justice, d'impartialité et d'équité nécessaires au respect des droits de l'Homme.

716 . Pour que cela puisse se réaliser, l'État doit mettre en œuvre des méthodes d'administration moins rigides et plus égalitaires, basées sur le dialogue, la négociation et le compromis avec les acteurs non-étatiques, tels que les Kanaks. Pour autant, si la théorie est louable, la pratique montre une certaine suprématie de l'État à laquelle il apparaît difficile d'échapper.

B | L'idéal du compromis : de la suprématie étatique à l'égalité entre les parties

717 . Il est admis que les négociations supposent un degré de participation des peuples autochtones qui contribue à stabiliser et à pérenniser les relations entre eux et

²²¹⁴ LAFARGUE REGIS, *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*, Recherche subventionnée par le GIP « Mission de Recherche Droit et Justice », 2001, *op. cit.*, p. 91.

les autorités étatiques²²¹⁵. Cependant, il serait utopique de penser que cette pratique emporte une relation strictement égalitaire. Ainsi, au Canada, la suprématie historique de l'État continue de se profiler, notamment dans les mécanismes de négociation qui, sous couvert de sécurité juridique, font des traités, selon Jocelyn Maclure, une sorte de « *camisole de force légale*²²¹⁶ ».

718 . Pour les peuples autochtones, la négociation revêt un intérêt fondamental car elle postule « *la reconnaissance de leur statut égal en tant que nations*²²¹⁷ ». De surcroît, leur nécessaire implication dans le processus rend beaucoup plus légitime l'édiction des droits qui en découle. Christian Thuderoz précise que la négociation consiste en un « *exercice démocratique de définition collective d'un avenir commun*²²¹⁸ ». Il ne pouvait être trouvé conceptualisation plus adaptée à la réalité néocalédonienne. En effet, le préambule de l'Accord de Nouméa dispose que « *le passé a été le temps de la colonisation. Le présent est le temps du partage, par le rééquilibrage. L'avenir doit être le temps de l'identité, dans un destin commun* ». Pourtant, il semble que le terme « destin commun » employé par l'Accord ne corresponde pas exactement à ce qu'envisageait Christian Thuderoz. Dans une France qui ne reconnaît pas l'existence de peuples autochtones sur son territoire, un avenir commun serait conçu comme un nouveau départ occultant la souveraineté originelle et les droits précoloniaux des Kanaks afin de construire un avenir exempt de toute revendication historique²²¹⁹.

719 . Pour autant, si la pratique des négociations est souvent perçue comme une solution appropriée pour instaurer, par le biais de discussions, des rapports consentis et donc plus harmonieux entre l'État et les communautés autochtones, elle reste une démarche politique délicate dépendant d'un rapport de force. Elle se déroule

²²¹⁵ ST-HILAIRE MAXIME, *La lutte pour la pleine reconnaissance des droits ancestraux. Problématique juridique et enquête philosophique*, Thèse de droit, Université Laval, Québec, 2013, p. 17.

²²¹⁶ MACLURE JOCELYN, « Définir les droits constitutionnels des peuples autochtones. La "nouvelle" approche du Québec », *Ethique publique*, 2005, En ligne : <<https://ethiquepublique.revues.org/1995#quotation>>, para. 35.

²²¹⁷ LEYDET DOMINIQUE, « Autochtones et non-autochtones dans la négociation de nouveaux traités : enjeux et problèmes d'une politique de la reconnaissance », *Négociations*, n° 8, 2007, *op. cit.*, p. 55.

²²¹⁸ THUDEROZ CHRISTIAN, *Négociations. Essai de sociologie du lien social*, PUF, Paris, 2000, p. 281.

²²¹⁹ FÉRAL FRANÇOIS, « Quelques éléments de doctrine autochtoniste sur les institutions de Nouvelle-Calédonie », *Quelques aspects des droits du peuple autochtone en Nouvelle-Calédonie, Revue Juridique, Politique et Economique de Nouvelle-Calédonie*, n° 18, février 2011, *op. cit.*, p. 13.

rarement à armes égales et n'implique pas nécessairement une entente parfaite entre les protagonistes. En d'autres termes, il ne s'agit pas d'un cadre neutre permettant de prendre des décisions à plusieurs de manière totalement égalitaire²²²⁰. Michael Coyle lie la négociation à l'exercice du pouvoir qu'il définit comme étant « *la capacité à générer des effets dans l'environnement et, en particulier dans le contexte d'une négociation, comme l'habileté à exercer une influence sur d'autres ou sur leur entourage*²²²¹ ». Ce pouvoir dépend au premier chef de la nécessité que revêt l'accord pour les parties. Il s'avère en effet que la présence de solutions alternatives conditionne corrélativement les rapports de force. Cela signifie que la solution négociée sera d'autant plus attractive que les solutions de rechange seront limitées ou moins favorables. Or, l'État ne gagne que peu de chose à négocier.

720 . Au Canada, le maintien du *statu quo*, ou les conséquences politiques de l'échec d'un accord n'auront que peu d'impact dans la vie des gouvernements canadiens²²²², même s'il importe de ne pas sous-estimer les répercussions que sont susceptibles d'avoir certaines décisions judiciaires sur les politiques et pratiques gouvernementales²²²³. Au contraire le maintien d'un *statu quo* semble aujourd'hui inenvisageable pour les peuples autochtones. L'échec d'un accord serait relativement oppressif pour les peuples autochtones et le résultat d'un recours judiciaire éventuellement envisagé pour pallier cet insuccès resterait grandement incertain²²²⁴. Ces constatations montrent clairement qu'au Canada, le rapport de force est en faveur de la Couronne.

721 . Une analyse empirique des négociations dans le cadre d'un déséquilibre des forces met en exergue le comportement adopté par les parties. Ainsi, la partie la plus forte a tendance à privilégier « *des tactiques de négociations hostiles et insiste*

²²²⁰ HERVÉ CAROLINE et RODRIGUE JULIE, « La négociation politique : Conciliations et contradictions - Présentation », *Les Cahiers du CIERA*, n° 3, 2009, p. 4.

²²²¹ COYLE MICHAEL, « Les négociations sur la gouvernance autochtone au Canada : pouvoir, culture et imagination », *Télescope, La gouvernance autochtone*, vol. 15, n° 3, 2009, *op. cit.*, p. 16.

²²²² *Ibid.*, pp. 19-20.

²²²³ L'arrêt *Nation Haïda* a remis en cause les politiques gouvernementales relativement à la mise en place de projets sur le territoire sans le consentement des autochtones. Cf. en ce sens : Cour suprême, 18 novembre 2004, *Nation Haïda c/ Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, *op. cit.*

²²²⁴ La Cour suprême a rejeté, sans trancher sur le fond de la question, deux demandes expresses pour reconnaître l'existence d'un droit à l'autonomie gouvernementale. Cf. en ce sens : Cour suprême, 22 août 1996, *R. c/ Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, *op. cit.* ; Cour suprême, 11 décembre 1997, *Delgamuukw c/ Colombie britannique*, [1997] 3 R.C.S., *op. cit.*

sur la catégorisation des résultats²²²⁵ », tandis que l'autre partie, plus vulnérable, dissimulera instinctivement ses informations, réduisant en cela les chances d'une meilleure compréhension réciproque. Dominique Leydet distingue divers mécanismes de négociation allant du marchandage à la véritable délibération, en passant par le compromis entre les parties. Si la délibération fait œuvre d'utopisme en présumant le fait que les parties arrivent à se détacher de leurs préoccupations pour se consacrer uniquement à la désignation de l'argument le plus juste, il reste que les acteurs de la négociation naviguent la plupart du temps entre marchandage et compromis²²²⁶. Le marchandage est tributaire des rapports de force et dénote un comportement purement stratégique des parties qui tentent d'obtenir une entente correspondant le plus possible à leurs aspirations initiales²²²⁷. Le compromis, *a contrario*, est la démarche vers laquelle il faudrait tendre pour espérer arriver à un accord mutuellement acceptable, basé sur une attitude coopérative. Plusieurs conditions doivent alors être rassemblées afin d'appréhender le conflit comme « *un problème commun à résoudre plutôt que comme une bataille à gagner*²²²⁸ ».

722 . Il ne faut cependant pas diaboliser les intentions des États. Ceux-ci cherchent vraisemblablement aujourd'hui à mettre en œuvre un compromis avec les peuples autochtones. Ces mécanismes instaurant des rapports de force sont, pour la plupart, inconscients et traduisent ce que John Rawls qualifie de « *désaccord raisonnable*²²²⁹ », impliquant le fait que des individus partageant des valeurs et cultures différentes, puissent difficilement arriver à s'entendre, et ce malgré une réelle volonté de coopérer. Ainsi, au Canada, l'État et les nations autochtones possèdent naturellement deux visions divergentes de la pratique des traités. L'appréhension du lien relationnel démontre, dès le départ, une dissension susceptible de porter préjudice aux négociations. Instinctivement, les gouvernements fédéral et provinciaux considèrent que les discussions se déroulent avec des minorités du Canada, par essence « *subordonnées et dans une forme de soumission à l'État fédéral*

²²²⁵ COYLE MICHAEL, « Les négociations sur la gouvernance autochtone au Canada : pouvoir, culture et imagination », *op. cit.*, p. 20.

²²²⁶ LEYDET DOMINIQUE, « Pluralisme et compromis », dans DE NANTEUIL MATTHIEU, NACHI MOHAMED (dir.), *Eloges du compromis. Pour une nouvelle pratique démocratique*, Academia-Bruylant, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 60-80.

²²²⁷ *Ibid.*, pp. 62-63.

²²²⁸ *Ibid.*, p. 64.

²²²⁹ RAWLS JOHN, *Libéralisme politique*, PUF, Catherine Audard, Paris, 1995, *op. cit.*, pp. 85-86.

et à la province²²³⁰ ». Cette conception initiale de la relation heurte les peuples autochtones qui espéraient, par le biais des traités, l'instauration d'un nouveau rapport avec l'État « *fondé sur la reconnaissance de leur statut égal en tant que nations ayant vocation à se gouverner elles-mêmes* »²²³¹. Inconsciemment, une forme de colonialisme perdure donc encore et procure l'impression que l'État consent de manière magnanime à discuter avec une minorité vindicative.

723 . Dès lors, si l'on considère que le compromis paraît être le meilleur moyen d'assurer entre les différents membres de la société une cohabitation stable et pérenne, la norme d'égalité doit être de mise. Cette « *éthique de la négociation* »²²³² serait un idéal à atteindre et ce dans l'optique d'une véritable reconnaissance des peuples autochtones et de leur ordre juridique. Si les propos précités semblent correspondre en tous points aux revendications des autochtones, il n'est ici pas de parti pris. Il faut en effet comprendre qu'il est naturellement plus difficile d'intégrer ce principe d'égalité pour un État ayant eu une histoire coloniale et un pouvoir hégémonique que pour des peuples ayant été, depuis l'arrivée des Européens, placés en situation d'infériorité.

²²³⁰ TULLY JAMES, « Réexamen du processus d'établissement des traités en Colombie-Britannique », dans *Parlons franchement à propos des traités*, Commission du droit du Canada / British Columbia treaty commission, 2001, p. 10.

²²³¹ LEYDET DOMINIQUE, « Autochtones et non-autochtones dans la négociation de nouveaux traités : enjeux et problèmes d'une politique de la reconnaissance », *op. cit.*, p. 55.

²²³² GOVIER TRUDY, « Éthique de la négociation : confiance, reconnaissance », dans *Parlons franchement à propos des traités*, Commission du droit du Canada / British Columbia treaty commission, Ottawa, 2001, p. 105.

CONCLUSION DU TITRE II

724 . Il faut garder en mémoire que la situation des peuples autochtones canadiens et kanak diverge par bien des aspects. L'histoire coloniale, l'organisation étatique, la tradition juridique et constitutionnelle, la situation démographique et l'étendue du territoire en sont des exemples probants. Néanmoins, l'étude de l'ensemble des divers mécanismes mis en œuvre au Canada pourrait offrir à la société kanake un terreau riche d'innovations et de réflexions qui serait susceptible de les aider à dessiner les contours de l'avenir qu'ils souhaitent construire.

725 . À la veille de la consultation référendaire sur l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie, l'analyse des ententes globales conclues entre le Canada et les peuples autochtones ainsi que les solutions jurisprudentielles de la Cour suprême pourraient apporter un éclairage non négligeable aux pouvoirs publics français et contribueraient potentiellement à mettre en adéquation le droit français et les normes internationales relatives aux peuples autochtones.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

726 . Eugen Ehrlich sociologue allemand du début du XX^{ème} siècle estimait que « *le centre de gravité du développement du droit, à notre époque, comme en tout temps, ne doit être cherché ni dans la législation, ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence, mais dans la société elle-même*²²³³ ». Or, il a pu être constaté que l'État français, tenant compte des différents lieux de pouvoir, se renouvelle, se transforme, car il ne saurait durablement subsister sous une forme autoritaire qui ne respecterait pas les spécificités identitaires. Les diverses révisions constitutionnelles confirment cette impression et mettent en exergue le fait que le pouvoir constituant « *possède la spontanéité créatrice. Il peut tout, et il n'est pas soumis d'avance à une constitution donnée*²²³⁴ ».

727 . Il n'est donc pas impossible de penser que l'État français, vingt ans après l'Accord de Nouméa, puisse entamer de nouvelles négociations avec le peuple kanak qui soient plus respectueuses de leur identité autochtone. Ainsi que l'indique la CNCDH dans ses recommandations, il importe que les pouvoirs publics prennent désormais :

« définitivement acte de l'engagement de principe souscrit par la France lorsqu'elle a voté la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones de 2007, et en tire toutes les conséquences pratiques afin que soit utilisé, sur la scène nationale et internationale, le terme de "peuples autochtones" [...] s'agissant des Kanaks [et qu'une] politique volontariste, cohérente et continue des pouvoirs publics à l'égard des peuples

²²³³ EHRLICH EUGEN, *Principes fondamentaux de la sociologie du droit*, 1913, préface, cité par : COMMAILLE JACQUES, « Sociologie juridique », dans ALLAND DENIS, RIALS STEPHANE (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003, p. 1423.

²²³⁴ BASTID PAUL, *Sieyès et sa pensée*, Slatkine, Genève, 1970, p. 375.

autochtones [soit mise en place] pour respecter, protéger et mettre en œuvre l'ensemble des leurs droits²²³⁵ ».

²²³⁵ CNCDH, *Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : La situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des amérindiens de Guyane*, J.O.R.F., n° 0061, 12 mars 2017, texte n° 33, *op. cit.*, p. 107, recommandations n° 3 et 4.

CONCLUSION GENERALE

728 . Portés sur le devant de la scène internationale depuis plus d'un demi-siècle, les questionnements relatifs aux droits des peuples autochtones ne cessent de s'intensifier. Ce droit, dynamisé par la multiplication des instances dévolues à cette problématique comme l'instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones en 2000 et la mise en place d'un Rapporteur spécial depuis 2001, se concrétise aujourd'hui par l'adoption de déclarations telles que la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* en 2007 et plus récemment la *Déclaration américaine des droits des peuples autochtones* adoptée le 15 juin 2016. La lecture de ces déclarations et de la doctrine afférente témoigne d'une volonté affirmée de reconnaître des droits collectifs particuliers aux peuples autochtones et particulièrement le droit à l'autodétermination interne et des droits sur leurs terres ancestrales.

7729 . Ces observations initiales nous ont amenés à nous intéresser à l'archipel néocalédonien, berceau de troubles croissants et continus depuis le milieu des années 1980. Les revendications politiques dans cette colonie de peuplement montrent que le peuple autochtone kanak originaire, resté sous souveraineté française à l'issue des vagues de décolonisation²²³⁶, s'il a exigé un temps l'indépendance, oriente désormais en partie sa démarche de décolonisation en termes de droits des peuples autochtones. L'enjeu postcolonial ne relève donc plus tant de l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie que de la libre détermination d'un peuple qui ne désire plus être soumis aux diktats d'un droit républicain imposé. Cette nouvelle dynamique politique et juridique, accentuée par le référendum prévu à la fin de l'année 2018 sur

²²³⁶ GUYON STEPHANIE et TRÉPIED BENOIT, « Les autochtones de la République : Amérindiens, Tahitiens et Kanak face aux legs colonial français », dans BELLIER IRENE (dir.), *Peuples autochtones dans le monde. Les enjeux de la reconnaissance*, L'Harmattan, coll. Horizons autochtones, Paris, 2013, p. 94.

l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie nous a poussé à nous intéresser au concept d'autochtonie et à son utilisation par le peuple kanak.

7730 . Si aucune définition définitive de la catégorie « autochtone » n'a été juridiquement arrêtée en droit international, quelques caractéristiques développées par José Martinez Cobo puis précisées par la suite sont communément acceptées. Tous les peuples autochtones ont donc comme point commun fondamental le fait d'avoir été dépossédé en tant que peuple originaire de leurs territoires et de leurs ressources au cours de la colonisation et d'avoir été dominés et soumis, par une politique assimilationniste, à un droit étatique dont ils souhaitent aujourd'hui s'affranchir. Ces peuples, en minorité politique et marginalisés économiquement, socialement et politiquement, s'auto-identifient en tant que peuples autochtones et, refusant de se voir nier culturellement²²³⁷, revendiquent leur particularisme culturel et leurs droits aux terres et ressources ainsi que la reconnaissance de leur propre système juridique.

Les Kanaks de Nouvelle-Calédonie entrent sans conteste dans ce schème et si certains leaders indépendantistes refusent de s'appuyer sur les droits autochtones²²³⁸ pour lutter contre les inégalités²²³⁹, souhaitant privilégier la voix des urnes pour faire entendre leur position, l'adoption de la *Charte du Peuple Kanak* par les autorités coutumières, indiquant explicitement que « *le Peuple Kanak est le peuple autochtone de Nouvelle-Calédonie*²²⁴⁰ », témoigne bien qu'une nouvelle stratégie kanake émerge aujourd'hui sur l'archipel.

731 . Pour les Kanaks investis dans les structures coutumières :

²²³⁷ GAGNÉ NATACHA, « Les peuples autochtones : une catégorie en développement », dans BEAUDET PIERRE, SCHAFER JESSICA, HASLAM PAUL (dir.), *Introduction au développement international. Approches, acteurs, enjeux*, Presses de l'Université d'Ottawa, Ottawa, 2008, pp. 372-390.

²²³⁸ DEMMER CHRISTINE, BENZA ALBAN, HALPÉRIN JEAN-LOUIS, NAEPELS MICHEL, TRÉPIED BENOIT, SALOMON CHRISTINE et SORIANO ÉRIC, *Faire de la coutume un droit. Enjeux, histoire, questionnements*, Mission de recherche Droit et Justice, 2016, p. 128.

²²³⁹ GUYON STEPHANIE et TRÉPIED BENOIT, « Les autochtones de la République : Amérindiens, Tahitiens et Kanak face aux legs colonial français », *op. cit.*, p. 112.

²²⁴⁰ ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK, *Charte du Peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak*, adoptée par les chefferies coutumières de Nouvelle-Calédonie le 26 avril 2014, Mémoire, p. 3.

« la promotion de l'identité kanak par l'Accord de Nouméa s'apparente, de ce point de vue, à un outil politique à la disposition des "autorités coutumières" pour préserver les intérêts du "peuple autochtone", face à – voire contre – un projet de "destin commun", soupçonné de n'être qu'une hypocrisie coloniale de plus, malgré la signature du FLNKS apposée au document²²⁴¹ ».

Il est vrai que si certains Kanaks refusent encore de se reconnaître dans la catégorie de peuple autochtone y voyant *« une notion de peuple minoritaire²²⁴² »*, force est de constater que l'indépendance, telle qu'envisagée par l'Accord de Nouméa, ne permettra pas aux Kanaks de s'émanciper de la voie de la majorité européenne.

732 . Le positionnement des coutumiers en faveur de l'autochtonie nous a incité à nous pencher plus attentivement sur l'Accord de Nouméa pour mettre en évidence que la volonté d'un « destin commun » inscrit dans cet accord *« n'équivaut [...] pas à une autonomie interne plus poussée de la communauté kanak au sein de son État²²⁴³ »*.

Il est vrai que l'Accord de Nouméa, faisant acte de résipiscence quant aux dommages causés par la colonisation, a mis en œuvre *« des innovations politico-juridiques considérables, aux antipodes de la tradition républicaine française²²⁴⁴ »*, dont la reconnaissance de l'identité kanake. Toutefois, la manœuvre était réfléchie. Alain Christnacht, conseiller du Premier ministre Lionel Jospin lors de l'Accord de Nouméa, explique que l'apaisement des tensions nécessaire à une saine négociation devait nécessairement passer par l'étape d'un premier compromis en faveur du peuple kanak. Il indique : *« la porte d'entrée c'était le geste fort que constituait la reconnaissance du fait colonial. C'est par là qu'on est entré. Bien sûr. Il*

²²⁴¹ GUYON STEPHANIE et TRÉPIED BENOIT, « Les autochtones de la République : Amérindiens, Tahitiens et Kanak face aux legs colonial français », *op. cit.*, p. 112.

²²⁴² Entretien du 2 octobre 2014 entre DEMMER CHRISTINE et D'ANGLEBERMES JEAN-LOUIS, membre du gouvernement et militant UC, cité par : DEMMER CHRISTINE, BENSALBA ALBAN, HALPÉRIN JEAN-LOUIS, NAEPELS MICHEL, TRÉPIED BENOIT, SALOMON CHRISTINE et SORIANO ERIC, *Faire de la coutume un droit. Enjeux, histoire, questionnements*, *op. cit.*, p. 128.

²²⁴³ *Ibid.*, p. 16.

²²⁴⁴ CNCDH, *Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : La situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des amérindiens de Guyane*, *op.cit.*, p. 24.

*fallait reconnaître ce que la colonisation avait été*²²⁴⁵ ». Cette reconnaissance était effectivement désirée par les Kanaks qui la considéraient comme une première étape indispensable avant l'indépendance. Rock Wamytan, chef coutumier kanak et indépendantiste confirme cet objectif : « *pour nous c'était clair, on voulait la reconnaissance et ensuite on avance et on va vers la décolonisation, l'indépendance*²²⁴⁶ ».

733 . Cette ambition n'est cependant pas entièrement partagée par l'État français et, à l'issue de ce premier compromis, le rapport de force oriente fortement les négociations en faveur des projets de l'État. Reconnaisant l'identité autochtone, l'Accord la dissout aussitôt dans un destin commun et une souveraineté partagée avec les autres communautés de l'archipel. François Garde, conseiller d'Alain Christnacht au moment de la négociation reconnaît d'ailleurs cette prétention de l'État. Il explique que la narration historique du préambule avait un objectif clairement défini, celui de proposer, expliquer et assumer « *comment passer d'une opposition Kanaks-non-Kanaks à une opposition Calédoniens-non-Calédoniens*²²⁴⁷ ». L'apparent compromis de la reconnaissance de l'identité kanake et de la décolonisation du peuple kanak se mue en un marchandage acceptant de reconnaître le droit à l'indépendance mais au profit du territoire dans son intégralité. Si dès le départ, « indépendance », « décolonisation », et « autodétermination » sont donc au cœur des enjeux, l'histoire prouve « *que la nature de la question (sur la forme d'autodétermination et pour qui) est au cœur des conflits et des négociations que le peuple kanak a eus et a toujours avec l'État qui l'a colonisé*²²⁴⁸ ».

734 . Dès la déclaration de Nainville-les-Roches²²⁴⁹, l'autodétermination du peuple kanak est détournée au profit de celle du territoire dans son ensemble puisque

²²⁴⁵ CHRISTNACHT ALAIN, cité par : DEMMER CHRISTINE, BENZA ALBAN, HALPÉRIN JEAN-LOUIS, NAEPELS MICHEL, TRÉPIED BENOIT, SALOMON CHRISTINE et SORIANO ERIC, *Faire de la coutume un droit. Enjeux, histoire, questionnements*, op. cit., p. 108.

²²⁴⁶ Entretien du 19 octobre 2014 entre DEMMER CHRISTINE et WAMYTAN ROCK, cité par : *Ibid.*, p. 110.

²²⁴⁷ GARDE FRANÇOIS, « Le préambule de l'accord de Nouméa, prologue d'une histoire officielle ? », *RFDC*, vol. 4, n° 64, 2005, p. 810.

²²⁴⁸ GRAFF STEPHANIE, « Quand combat et revendication kanak ou politique de l'État français manient indépendance, décolonisation, autodétermination et autochtonie en Nouvelle-Calédonie », *Le Journal de la Société des Océanistes*, n° 134, 2012, p. 62.

²²⁴⁹ Déclaration de Nainville-les-Roches du 12 juillet 1983, intégralement reproduite dans : SENAT FRANÇAIS, *Débats parlementaires. Statut de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, J.O.R.F., 11 juillet 1984, n° 58, p. 2116.

l'article 2 du document admet « *la reconnaissance de la légitimité du peuple kanak premier occupant du territoire se voyant reconnaître en tant que tel un droit inné et actif à l'indépendance* », mais circonscrit immédiatement cet exercice « *dans le cadre de l'autodétermination prévue et définie par la Constitution de la République française* » et l'ouvre également « *pour des raisons historiques aux autres ethnies dont la légitimité est reconnue par les représentants du peuple kanak* ». Cette déclaration constitue la ligne directrice de tous les accords qui ont suivi, en atteste le premier volet du document d'orientation de l'Accord de Nouméa sur la prise en compte de l'identité autochtone. Si les négociations se sont focalisées sur la détermination et la restriction du corps électoral, les négociateurs eux-mêmes ont reconnu « *que les questions plus "techniques" des modalités de reconnaissance identitaire, dont la volonté de pluralisme juridique souhaité par le Sénat coutumier, ne furent guère débattues*²²⁵⁰ ». Par ailleurs, l'État, chargé de la rédaction définitive de l'Accord, est intervenu pour que certains termes telles « souveraineté » ou « indépendance » du peuple kanak soient remplacés au profit de termes juridiquement moins contraignants tels que l'« identité »²²⁵¹. Rock Wamytan présent lors de cette étape rend compte de ce qu'il a observé :

« C'est l'État qui était chargé de la rédaction. Nous on discutait. Il faisait la synthèse puis il a amené la rédaction. On discutait les virgules, les articles définis, indéfinis. C'est Christnacht et Garde. Je pense que c'est plutôt Garde. C'était lui le scribe. C'était plutôt lui qui écrivait. On a passé un moment à discuter sur les termes. Ils n'osaient pas mettre "l'indépendance". Ils mettaient des termes flous "communauté de destin" je sais plus bien... Il faut appeler les choses comme elles sont. Les Kanaks doivent retrouver leur dignité, leur identité. Ça veut dire indépendance. Ne plus être sous tutelle d'un autre peuple [...]»²²⁵².

²²⁵⁰ DEMMER CHRISTINE, BENSA ALBAN, HALPÉRIN JEAN-LOUIS, NAEPELS MICHEL, TRÉPIED BENOIT, SALOMON CHRISTINE et SORIANO ÉRIC, *Faire de la coutume un droit. Enjeux, histoire, questionnements*, op. cit., p. 111.

²²⁵¹ *Ibid.*, p. 117.

²²⁵² Entretien du 19 octobre 2014 entre DEMMER CHRISTINE et WAMYTAN ROCK, cité par : *Ibidem*.

C'est pourtant ce à quoi se refuse la France depuis bientôt quarante ans. La question de l'indépendance, qui a toujours été au cœur des négociations, n'est plus celle du peuple kanak mais celle de la Nouvelle-Calédonie. De plus en plus de Kanaks, supportés par de nombreuses institutions et associations²²⁵³, portent aujourd'hui la voix de l'autochtonie, seule désormais véritablement apte à permettre une autodétermination interne. Ils estiment que l'Accord de Nouméa n'a pas reconnu les droits des Kanaks et revendiquent « *de nouvelles garanties légales, politiques et financières pour que les droits du peuple kanak soient respectés dans la société calédonienne, [...] et ce quelle que soit l'évolution statutaire du pays*²²⁵⁴ ».

735 . L'Accord de Nouméa se clôturera à l'issue du référendum. Ainsi que l'indique Stéphanie Guyon et Benoît Trépiéd, « *les cartes seront rebattues et personne ne sait ce qu'il adviendra de cette architecture constitutionnelle*²²⁵⁵ » mais il reste possible de penser que « *la trajectoire de la Nouvelle-Calédonie à l'intérieur de la République continuera peut-être à déroger aux règles élémentaires de l'État-nation unitaire, voire constituera le laboratoire expérimental d'une remise en cause plus globale de ces règles à l'échelle nationale*²²⁵⁶ ». Pour qu'une telle expérimentation se fasse en faveur de la reconnaissance affirmée de l'autochtonie, certains concepts fondamentaux profondément ancrés dans la tradition juridique française doivent semble-t-il être reconsidérés.

Ainsi en est-il de la théorie de l'État-nation qui, telle que développée par les puissances occidentales, induit le fait que l'État :

« *se pense dans une relation de supériorité et d'extériorité à l'égard de la société civile [...]. Principe d'ordre et source de toute rationalité publique,*

²²⁵³ Il peut ainsi être cité de manière non exhaustive, le Conseil National des peuples autochtones (CNDPA), l'Union nationale pour le peuple kanak (UNPK), le Conseil autochtone pour la gestion des ressources naturelles en Kanaky-Nouvelle-Calédonie (CAUGERN), ou encore l'Union syndicale des travailleurs Kanak et des salariés (UTSKE).

²²⁵⁴ TRÉPIED BENOIT, « Les enjeux de l'alternative politique kanak », 2011, En ligne : <<http://www.sogip.ehess.fr/spip.php?rubrique48>>.

²²⁵⁵ GUYON STEPHANIE et TRÉPIED BENOIT, « Les autochtones de la République : Amérindiens, Tahitiens et Kanak face aux legs colonial français », *op. cit.*, p. 111.

²²⁵⁶ *Ibidem*.

*expression de l'intérêt général et instrument de volonté générale, l'État apparaît alors comme l'instituant symbolique de la société*²²⁵⁷ ».

Longtemps, les États ont ainsi tenu à l'écart de leur organisation les considérations de la société civile, « *non pas parce qu'elle[s] étai[ent] inexistante[s], mais parce que ses manifestations étaient considérées comme perturbatrices de l'ordre juridique établi : elles étaient des émeutes, des révoltes ; elles n'étaient pas l'expression d'une volonté politiquement respectable*²²⁵⁸ ». Or, la société civile s'extrait désormais de ce carcan dans lequel l'État essayait de la cantonner et apparaît progressivement sur la scène politique comme en atteste la présence de plus en plus importante des peuples autochtones sur la scène internationale. Georges Burdeau estime déjà en 1973, dans son traité de science politique, que l'avènement de ce peuple réel est l'objet auquel il faut se référer si l'on souhaite « *observer avec profit les formes contemporaines de l'activité politique*²²⁵⁹ ». Le peuple kanak est sans conteste une composante de ce peuple réel, et ses prétentions, notamment quant à sa libre détermination, contribuent « *à relativiser la prétention de l'État à monopoliser le droit*²²⁶⁰ ».

736 . Le monisme juridique ardemment défendu par les tenants d'un constitutionnalisme rigide fonde en effet la source du droit sur le monopole étatique et s'oppose en cela au pluralisme juridique souvent jugé incompatible avec les modèles français d'universalisme égalitaire et d'unité de l'État²²⁶¹. Oblitérer l'existence possible de sources alternatives permet en effet de légitimer le centralisme juridique selon lequel l'État reste la seule source de législation. Pourtant, en se basant principalement sur la théorie de l'institution de Maurice Hauriou, nous avons démontré que d'autres « entités » sont susceptibles de produire du droit. Ainsi, le peuple kanak, groupement solidaire et stable, partageant une identité commune,

²²⁵⁷ OST FRANÇOIS et VAN DE KERCHOVE MICHEL, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, n° 94, Bruxelles, 2002, pp. 126-127.

²²⁵⁸ BURDEAU GEORGES, *Traité de science politique*, t. VII, *La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique*, L.G.D.J, 2^{ème} éd., Paris, 1973, p. 31.

²²⁵⁹ *Ibid.*, p. 33.

²²⁶⁰ OST FRANÇOIS et VAN DE KERCHOVE MICHEL, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 139.

²²⁶¹ LAVOREL SABINE, *Des manifestations du pluralisme juridique en France. L'émergence d'un droit français des minorités nationales*, Thèse de droit public, Université Pierre Mendès France, Grenoble II, 2007, p. 29.

organisé en clans et chefferies, et obéissant à un droit coutumier effectif et obligatoire qui régule sa vie collective, démontre sans ambages qu'il possède une véritable autonomie juridique.

737 . Cette autonomie juridique n'est en outre pas nécessairement incompatible avec le droit constitutionnel français dont il a été démontré la souplesse et la capacité d'adaptation. Soumis à de multiples impératifs, tels que le droit européen et international, la Constitution a fait œuvre d'adaptation sans que pour autant soient dénaturés ses fondements premiers. Des aménagements constitutionnels, législatifs et réglementaires attestent qu'une pratique différentialiste est d'ores et déjà mise en œuvre en Outre-mer contrebalançant « *la rigidité de l'appareil juridique français structuré par les principes d'indivisibilité et d'égalité*²²⁶² ». Si ces circonvolutions ponctuelles restent insuffisantes pour garantir l'expression pleine et entière des droits fondamentaux des peuples autochtones, elles illustrent néanmoins la potentialité d'adaptation du droit français.

738 . Face à ce constat, et en s'appuyant sur l'hypothèse selon laquelle le gouvernement français serait enclin à s'inspirer des normes internationales relatives aux droits des peuples autochtones, nous avons envisagé une modélisation prospective d'ingénierie institutionnelle en Nouvelle-Calédonie. L'analyse de la jurisprudence et de certains traités modernes canadiens nous a semblé d'une réelle pertinence pour enrichir cette réflexion et permettre d'entrevoir les options susceptibles d'être mises en œuvre dans le cas d'une organisation juridique prenant en considération le fait autochtone en Nouvelle-Calédonie. Précurseur en matière de reconnaissance des droits autochtones, le droit canadien permet d'enrichir notre réflexion quant aux droits des Kanaks sur leurs terres et ressources et quant à leur participation à la mise en valeur et au développement de ces dernières. Les ententes d'autonomie gouvernementale que le Canada a conclu avec certaines nations autochtones ont mis en exergue les multiples options qui seraient susceptibles de s'offrir au peuple kanak dans l'application de son droit à l'autodétermination interne. Ces possibilités ont trait tant aux modalités d'exercice de leurs compétences qu'à la

²²⁶² CNCDH, *Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : La situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des amérindiens de Guyane*, op. cit., p. 52.

place que les Kanaks pourraient offrir au droit coutumier dans leur ordre juridique ou encore à la résolution des conflits de normes.

739 . Il importe de préciser que cette thèse n'a pas pour ambition de prétendre cerner précisément les attentes du peuple kanak, pas plus que d'aspirer à ériger une ingénierie idéale qui ne souffrirait aucune contestation. Son dessein est uniquement d'ébaucher une nouvelle réflexion et de montrer, au regard des similitudes et des dissemblances qu'il nous a été permis d'identifier entre le peuple kanak et les différentes nations autochtones canadiennes, les voies, non exhaustives, que le peuple kanak pourrait explorer s'il le désire.

740 . Nous sommes également conscients que le droit canadien ne doit pas être placé sur un piédestal. La doctrine canadienne soumet ainsi parfois à la critique certaines pratiques telles que l'instauration d'une limite intrinsèque grevant le titre ancestral ou le comportement paternaliste du Canada lors des négociations.

Le Sénat coutumier dans un récent colloque affirme que « *les droits du peuple autochtone, du peuple kanak ne peut à l'avenir que s'affirmer dans l'approfondissement de l'accord de Nouméa [...] c'est une démarche qui s'impose naturellement dans la recherche d'un nouveau modèle social*²²⁶³ ». Cette démarche nécessiterait idéalement la reprise de négociations pour parvenir à un véritable compromis respectueux de l'autochtonie. Tout comme au Canada, les rapports de force resteront probablement du côté de l'État. Cependant, la compréhension de la réconciliation et du respect mutuel comme étant un processus lent et évolutif permettrait aux parties de « *négoier les conditions de leur partenariat au fil du temps*²²⁶⁴ » et ainsi de surmonter graduellement certaines difficultés actuelles.

Cette nécessité est flagrante en Nouvelle-Calédonie où des accords se voulant définitifs sont reconduits et renégociés depuis le début des années 1980, de la Déclaration de Nainville-les-Roches ayant mené à la mise en place du statut Lemoine,

²²⁶³ SENAT COUTUMIER, Colloque, 2003, cité par : DEMMER CHRISTINE, BENSA ALBAN, HALPÉRIN JEAN-LOUIS, NAEPELS MICHEL, TRÉPIED BENOIT, SALOMON CHRISTINE et SORIANO ERIC, *Faire de la coutume un droit. Enjeux, histoire, questionnements*, op. cit., p. 118.

²²⁶⁴ TULLY JAMES, « Réexamen du processus d'établissement des traités en Colombie-Britannique », dans *Parlons franchement à propos des traités*, Commission du droit du Canada / British Columbia treaty commission, Ottawa, 2000, op. cit., p.16 .

à l'Accord de Nouméa qui fut décidé pour éviter une résurgence des conflits que les Accords de Matignon n'avaient pu complètement endiguer.

Le partage d'un destin commun nécessite en effet de pouvoir faire face aux défis évolutifs de la coexistence²²⁶⁵. La plausibilité d'un partenariat évolutif permettrait aux autochtones de démontrer leur capacité juridique dans certains domaines clés et à l'État français d'accepter graduellement une évolution des compétences autochtones. La période de référendum qui s'ouvre en Nouvelle-Calédonie semble être le moment propice pour entamer une véritable politique de négociation sur l'autodétermination du peuple kanak.

²²⁶⁵ MACLURE JOCELYN, *Définir les droits constitutionnels des peuples autochtones. La "nouvelle" approche du Québec*, op. cit., para. 32.

BIBLIOGRAPHIE

DICTIONNAIRES	520
MANUELS ET ŒUVRES LITTÉRAIRES	521
THÈSES, MÉMOIRES	523
OUVRAGES SPÉCIALISÉS	525
CONTRIBUTIONS AUX MÉLANGES ET OUVRAGES COLLECTIFS	531
CONTRIBUTIONS AUX COLLOQUES ET SÉMINAIRES	542
ARTICLES DE REVUE	544
ARTICLES INTERNET	555
NORMES	561
JURISPRUDENCES ET AVIS	571
RAPPORTS PUBLICS	578
DOCUMENTS DE TRAVAIL	585

Dictionnaires

- ACADEMIE FRANÇAISE (dir.), *Dictionnaire de l'Académie Française. T. 2: Éoc - Map*, Fayard, 8^{ème} éd., Paris, 1935, 1244 pages.
- (dir.), *Dictionnaire de l'Académie Française. T. 1: A - Enz*, Imprimerie Nationale / Fayard, 9^{ème} éd., Paris, 1992, 834 pages.
- ALLAND DENIS et RIALS STEPHANE, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003, 1650 pages.
- ARNAUD ANDRE-JEAN (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J, 2^{ème} éd., Paris, 1993, 758 pages.
- BLOCH OSCAR et VON WARTBURG WALTHER, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, PUF, Paris, 2004, 682 pages.
- BONTE PIERRE et IZARD MICHEL (dir.), *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, Quadrige / PUF, 3^{ème} éd., Paris, 2004, 842 pages.
- CORNU GERARD, CORNU MARIE, GORÉ MARIE, YVES LEQUETTE, ANNE-MARIE LEROYER, GHOZI ALAIN et MALINVAUD PHILIPPE, *Vocabulaire juridique*, PUF, 11^{ème} éd., Paris, 2016, 1152 pages.
- DE VILLIERS MICHEL, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Armand Colin, 2^{ème} éd., Paris, 1999, 251 pages.
- LIAUZU CLAUDE, *Dictionnaire de la colonisation française*, Larousse, coll. À présent, Paris, 2007, 646 pages.
- LITTRÉ PAUL-EMILE, *Dictionnaire de la langue française*, Gallimard / Hachette, t. V, Paris, 1962, 2078 pages.
- RIOUX JEAN-PIERRE, *Dictionnaire de la France coloniale*, Flammarion, Paris, 2007, 935 pages.
- SALMON JEAN, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, coll. Universités francophones, Bruxelles, 2001, 1198 pages.
- CANGUILHEM GEORGES, « Régulation », dans *Encyclopaedia universalis*, 14, Paris, 1972, pp. 1-3.
- COMMAILLE JACQUES, « Sociologie juridique », dans ALLAND DENIS, RIALS STEPHANE, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003, p. 1423.
- JOUANJAN OLIVIER, « Egalité », dans ALLAND DENIS, RIALS STEPHANE (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF-Lamy, Paris, 2003, pp. 585-589.

Manuels et œuvres littéraires

- AUBERT JEAN-LUC, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Armand Colin, 2^{ème} éd., coll. U, Paris, 1984, 272 pages.
- COMBACAU JEAN et SUR SERGE, *Droit international public*, Montchrestien, coll. Domat droit public, Paris, 1995, 827 pages.
- DAILLIER PATRICK, FORTEAU MATHIAS, PELLET ALAIN et NGUYEN QUOC-DINH, *Droit international public*, L.G.D.J., Lextenso, 8^{ème} éd., Paris, 2009, 1709 pages.
- DE MALAFOSSE JEHAN, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la Révolution à la IV^{ème} République*, Éditions Montchrestien, Paris, 1975, 357 pages.
- DUVERGIER JEAN-BAPTISTE, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, Règlements, avis du Conseil d'Etat*, Chez A. Guyot et scribe, 2^{ème} éd., vol. 1, Paris, 1834, 308 pages.
- FAVOREU LOUIS, GAÏA PATRICK, GHEVONTIAN RICHARD, MESTRE JEAN-LOUIS, PFERSMANN OTTO, ROUX ANDRE et SCOFFONI GUY, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 18^{ème} éd., coll. Précis Dalloz Droit public / Science politique, Paris, 2015, 1128 pages.
- HAURIOU MAURICE, *Principes de droit public*, Sirey, Paris, 1910, 734 pages.
- , *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Centre de Philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, coll. Bibliothèque de Philosophie politique et juridique, Caen, 1986, 191 pages.
- , *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 12^{ème} éd., Paris, 2002, 1150 pages.
- LE FUR LOUIS, *État fédéral et confédération d'États*, Marchal et Billard, Paris, 1896, 839 pages.
- MOURGEON JACQUES, *La répression administrative*, L.G.D.J, coll. Bibliothèque de droit public, Paris, 1967, 643 pages.
- OTIS GHISLAIN, *Droit des autochtones*, Note de cours, Université d'Ottawa, 2013, 373 pages.
- PLATON, *Le Banquet*, trad. BOUTANG PIERRE, Hermann, Paris, 1972, 180 pages.
- RIGAUX FRANÇOIS, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Pedone, Paris, 1977, 486 pages.
- SAINT AUGUSTIN, *Les Confessions*, Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, n° 448, Paris, 1998, 1568 pages.
- SMOUTS MARIE-CLAUDE, *La France à l'ONU : Premiers rôles & second rang*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, Paris, 1979, 392 pages.

SUDRE FREDERIC, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 10^{ème} éd., Paris, 2011, 1008 pages.

VERHOEVEN JOE, *Droit international public*, Larcier, coll. Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, 2000, 856 pages.

VERZJIL JAN HENDRIK WILLEM, *International Law in Historical Perspective*, AW Sijthoff, vol. I, Leiden, 1968, 576 pages.

Thèses, Mémoires

- BAL LIDER, *Le mythe de la Souveraineté en Droit International. La souveraineté des États à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international*, Thèse de droit international, Université de Strasbourg, Strasbourg, 2012, 702 pages.
- BOUARD SEVERINE, *Les politiques de développement à l'épreuve de la territorialisation. Changements et stabilité dans une situation de décolonisation négociée, la province Nord de la Nouvelle-Calédonie*, Thèse de géographie, Université Paul-Valéry, Montpellier III, 2011, 471 pages.
- CASSINAT LOLA, *Le projet de loi de pays de la Nouvelle-Calédonie relative au statut coutumier des savoirs traditionnels kanak. Anthropologie juridique et sécurisation des droits culturels.*, Mémoire d'étude, École du Louvre, Paris, 2013, 85 pages.
- CHRISTAKIS THEODORE, *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, Thèse en sciences politiques, Université Aix-Marseille 3, CERIC / La documentation française, Paris, 1999, 676 pages.
- COURTEMANCHE ALEXANDRE, *Le développement normatif et institutionnel relatif aux peuples autochtones en droit international au regard des fondements de leurs revendications politiques ; le droit à l'autodétermination comme théorie unificatrice ?*, Mémoire de droit, Université de Montréal, Montréal, 2010, 235 pages.
- FROUIN ANNE-LAURE, *Revendications de l'autochtonie et contrôle des ressources naturelles au Sud de la Nouvelle-Calédonie. L'exemple de la mobilisation kanak dans la commune de Yaté*, Mémoire d'anthropologie et développement durable, Université de Provence Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2010, 85 pages.
- KARPE PHILIPPE, *Les collectivités autochtones*, Thèse de droit public, Université de Nanterre-Paris-X, Nanterre, 2002, 1054 pages.
- LAVOREL SABINE, *Des manifestations du pluralisme juridique en France. L'émergence d'un droit français des minorités nationales*, Thèse de droit public, Université Pierre-Mendès-France, Grenoble-II, 2007, 673 pages.
- LEHMIL LINDA S., *À l'école du français : politiques coloniales de la langue 1830-1944*, Thèse de philosophie, Université de Tulane, Nouvelle-Orléans, 2008, 318 pages.
- MAPOU RAPHAËL, *Essai sur le dualisme de la souveraineté et le pluralisme juridique en Nouvelle-Calédonie : la reconnaissance des droits autochtones kanaks*, Mémoire de droit public, Université de Perpignan Via Domitia, Perpignan, 2012, 103 pages.
- MORTIER PAULINE, *Les métamorphoses de la souveraineté*, Thèse de droit public, Université d'Angers, Angers, 2011, 473 pages.

- MOTARD GENEVIEVE, *Le principe de personnalité des lois comme voie d'émancipation des peuples autochtones?*, Thèse de droit, Université Laval, Québec, 2012, 415 pages.
- POL NEVEU LILY, *Le droit à l'autodétermination des peuples autochtones et la protection de l'environnement : un conflit normatif?*, Mémoire de philosophie, Université Laval, Québec, 2008, 130 pages.
- SAMBO DOROUGH DARLENE, *The status and rights of indigenous peoples in international law : the quest for equality*, Thèse de philosophie, Université de Colombie Britannique, Vancouver, 2002, 359 pages.
- ST-HILAIRE MAXIME, *La lutte pour la pleine reconnaissance des droits ancestraux. Problématique juridique et enquête philosophique*, Thèse de droit, Université Laval, Québec, 2013, 473 pages.
- THÉRIAULT SOPHIE, *La terre nourricière des Inuit : Le défi de la sécurité alimentaire au Nunavik et en Alaska*, Thèse de droit, Université Laval, Québec, 2009, 557 pages.
- TRÉPIED BENOIT, *Politique et relations coloniales en Nouvelle-Calédonie. Ethnographie historique de la commune de Koné, 1946-1988*, Thèse d'anthropologie sociale et d'ethnologie, EHESS, Paris, 2007, 998 pages.
- VIGNE AXELLE, *Les terres coutumières et le régime foncier en Nouvelle-Calédonie*, DEA sociologie du droit, Université Paris-II Panthéon-Assas, Paris, 2000, 76 pages.

Ouvrages spécialisés

THEORIE DU DROIT ET PRINCIPES JURIDIQUES

- ANDERSON BENEDICT, *L'imaginaire national: réflexions sur l'origine et l'essor du nationalisme*, La Découverte / Poche, coll. Sciences humaines et sociales, Paris, 2006, 224 pages.
- ARBORIO ANNE-MARIE, *Les objets du droit*, Éditions Parenthèses, Marseille, 1999, 318 pages.
- BACHELARD GASTON, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, Librairie philosophique J. Vrin, 5^{ème} éd., coll. Bibliothèque des textes philosophiques, Paris, 1967, 257 pages.
- BAMBRIDGE TAMATO, *La terre dans l'archipel des Australes. Étude du pluralisme juridique et culturel en matière foncière*, Au vent des îles, Tahiti, 2009, 413 pages.
- BASTID PAUL, *Sieyès et sa pensée*, Slatkine, Genève, 1970, 671 pages.
- BENYEKHFLEF KARIM, *Une possible histoire de la norme: Les normativités émergentes de la mondialisation*, Les Éditions Thémis, Montréal, 2008, 937 pages.
- BERQUE AUGUSTIN, *Le sauvage et l'artifice. Les Japonais devant la nature*, Gallimard / NRF, Paris, 1988, 314 pages.
- BODIN JEAN, *Les six livres de la République*, Librairie générale française, Abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583, Édition et présentation de MAIRET GERARD, 1993, 607 pages.
- BURDEAU GEORGES, *Traité de science politique, t. VII, La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique*, L.G.D.J, 2^{ème} éd., Paris, 1973, 671 pages.
- CALVÈS GWENAËLE, *Les politiques de discrimination positive*, La documentation française, coll. Problèmes politiques et sociaux, n° 822, Paris, 1999.
- CAPITANT RENE, *Écrits constitutionnels*, Éditions du CNRS, Paris, 1982, 485 pages.
- CARBONNIER JEAN, « Scolie sur le non-sujet de droit : L'esclavage sous le régime du Code civil », dans CARBONNIER JEAN (dir.), *Flexible droit*, L.G.D.J, 10^{ème} éd., Paris, 2001, p. 493.
- , *Sociologie juridique*, PUF, coll. Quadrige, Paris, 2004, 416 pages.
- CARRÉ DE MALBERG RAYMOND, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Dalloz, t. I, rééd., Paris, 2004, 1526 pages.
- CASSESE ANTONIO, *UN Law / Fundamental Rights. Two Topics in International Law*, Sitjhoff & Noordhoff, Alphen aan den Rijn, 1979, 258 pages.

- CHEVALLIER JACQUES, *L'État*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, Paris, 1999, 125 pages.
- CICÉRON, *De Republica*, Gallimard, Paris, 1994, 336 pages.
- CLAM JEAN et MARTIN GILLES, *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J, coll. Droit et société. Recherches et travaux, Paris, 1998, 454 pages.
- COMMAILLE JACQUES, *Les nouveaux enjeux de la question sociale*, Hachette, coll. Questions De Politique, Paris, 1997, 161 pages.
- COMMAILLE JACQUES et JOBERT BRUNO, *Les métamorphoses de la régulation juridique*, L.G.D.J, Paris, 1998, 386 pages.
- CONSTANS LOUIS, *Le dualisme de la notion de personne morale administrative en droit français*, Dalloz, Paris, 1966, 264 pages.
- DE BÉCHILLON DENYS, *Qu'est-ce qu'une règle de droit?*, Editions Odile Jacob, Paris, 1997, 302 pages.
- DE VATTEL EMER, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Londres, MDCCLVIII, 241 pages.
- DELMAS-MARTY MIREILLE, *Trois défis pour un droit mondial*, Éditions du Seuil, coll. Seuil essais, Paris, 1998, 200 pages.
- , *Les forces imaginantes du droit : Le pluralisme ordonné*, Éditions du Seuil, t. II, coll. La couleur des idées, Paris, 2006, 303 pages.
- DEMERS VALERIE, *Contrôle des fumeurs : Une étude d'effectivité du droit*, Les Éditions Thémis, Montréal, 1996, 207 pages.
- DISTEFANO GIOVANNI, *L'ordre international entre légalité et effectivité. Le titre juridique dans le contentieux territorial*, Pedone, Paris, 2002, 585 pages.
- DUGUIT LEON, *Les transformations du droit public*, Éditions La mémoire du droit, Paris, 1999, 285 pages.
- EWALD FRANÇOIS, *L'Etat-Providence*, Grasset, Paris, 1986, 608 pages.
- FÉRAL FRANÇOIS, *Approche dialectique du droit de l'organisation administrative: l'appareil d'état face à la société civile*, L'Harmattan, coll. Collection Logiques Juridiques, Paris, 2000, 352 pages.
- FERRY JEAN-MARC, *Europe, la voie kantienne: essai sur l'identité postnationale*, Les Éditions du Cerf, coll. Humanités, Paris, 2006, 215 pages.
- GIDDENS ANTHONY, *The Nation-state and violence*, Université de Californie, vol. II, coll. A contemporary critique of historical materialism, Berkeley, 1987, 399 pages.
- HABERMAS JÜRGEN, *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, Éditions du Cerf, coll. Humanités, Paris, 2005, 128 pages.
- HAQUET ARNAUD, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, PUF, Paris, 2004, 333 pages.
- HART HERBERT LIONEL ADOLPHUS, *Le concept de droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, 2^{ème} éd., Bruxelles, 2005, 314 pages.

- HÉRAUD GUY, *Les principes du fédéralisme et la fédération européenne*, Presses d'Europe, Paris, 1968, 155 pages.
- JARROSSON BRUNO, *Invitation à la philosophie des sciences*, Seuil, coll. Points Sciences, Paris, 1992, 233 pages.
- JELLINEK GEORG, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, O. Häring, Berlin, 1906, 80 pages.
- KANT EMMANUEL, *Critique de la raison pure*, Gallimard, 6^{ème} éd., Paris, 1968, 586 pages.
- KELSEN HANS, *Théorie pure du droit*, L.G.D.J., 2^{ème} éd., coll. La pensée juridique, Paris, 1999, 367 pages.
- KUHN THOMAS, *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, Paris, 1972, 247 pages.
- KYMLICKA WILL, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit de minorités*, La Découverte, coll. Textes à l'appui / Politique et société, Paris, 2001, 372 pages.
- LAPIERRE JEAN-WILLIAM, *Vivre sans État ? Essai sur le pouvoir politique et l'innovation sociale*, Éditions du Seuil, Paris, 1977, 375 pages.
- LEMAIRE FELICIEN, *Le principe d'indivisibilité de la République. Mythe et réalité*, PUR, coll. L'Univers des Normes, Rennes, 2010, 292 pages.
- LE ROY ÉTIENNE, *Le jeu des lois. Une anthropologie dynamique du droit*, L.G.D.J., coll. Droit et Société, Paris, 1999, 415 pages.
- LÉVI-STRAUSS CLAUDE, *L'anthropologie face aux problèmes du monde moderne*, Éditions du Seuil, coll. La librairie du XXI^e siècle, Paris, 2011, 150 pages.
- LOEWENSTEIN KARL, *Ueber Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin, 1960, 64 pages.
- MARTIN PIERRE, *Les systèmes électoraux et les modes de scrutin*, Montchrestien, 2^{ème} éd., Paris, 1997, 160 pages.
- MENSKI WERNER F., *Comparative Law in a Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge University Press, 2^{ème} éd., Cambridge, 2006, 696 pages.
- MICHOUD LEON, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3^{ème} éd., t. II, Paris, 1932.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Garnier, Paris, 1977, t. I, L. I, chap. III.
- OST FRANÇOIS et VAN DE KERCHOVE MICHEL, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, coll. Travaux et Recherches, n° 9, Bruxelles, 1987, 602 pages.
- , *De la pyramide au réseau ? : Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, n° 94, Bruxelles, 2002, 596 pages.
- PERRIN JEAN-FRANÇOIS, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Droz, Genève, 1979, 177 pages.

- , *Sociologie empirique du droit*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1997, 161 pages.
- PETTIT PHILIP, *Republicanism - A Theory of Freedom and Government*, Oxford University Press, 2^{ème} éd., Oxford, 1999, 328 pages.
- RAWLS JOHN, *Libéralisme politique*, PUF, Catherine Audard, Paris, 1995, 401 pages.
- ROMANO SANTI, *L'ordre juridique*, Dalloz, coll. Philosophie du droit, Paris, 2002, 174 pages.
- ROULAND NORBERT, *Anthropologie juridique*, PUF, 1ère éd., coll. Droit fondamental, Paris, 1988, 496 pages.
- , *L'État français et le pluralisme. Histoire politique des institutions publiques de 476 à 1792*, Éditions Odile Jacob, Paris, 1995, 377 pages.
- ROUSSEAU JEAN-JACQUES, *Du contrat social*, Édition Beaulavon, L. II, Ch. VII, Paris, 1903, 336 pages.
- SCHMITT CARL, *La valeur de l'État et la signification de l'individu*, Librairie Droz, coll. Les classiques de la pensée politique, Genève, 2003, 152 pages.
- SCHNAPPER DOMINIQUE, *La communauté des citoyens: sur l'idée moderne de nation*, Gallimard, coll. NRF essais, Paris, 1994, 228 pages.
- TAYLOR CHARLES, *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Aubier, Paris, 1994, 142 pages.
- THUDEROZ CHRISTIAN, *Négociations. Essai de sociologie du lien social*, PUF, Paris, 2000, 296 pages.
- TULLY JAMES, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, 253 pages.
- VAN DE KERCHOVE MICHEL et OST FRANÇOIS, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, coll. Les voies du droit, Paris, 1988, 254 pages.
- VANDERLINDEN JACQUES, *Les pluralismes juridiques*, Bruylant, coll. Penser le droit, Bruxelles, 2013, 418 pages.
- VERWILGHEN MICHEL, *Conflits de nationalités : Plurinationalité et apatridie*, Martinus Nijhoff, Rec. cours Académie de droit international, The Hague-Boston-London, 2000, 488 pages.
- VIRALLY MICHEL, *La pensée juridique*, L.G.D.J, coll. Les introuvables, Paris, 2010, 226 pages.
- WIEVIORKA MICHEL, *Neuf leçons de sociologie*, Éditions Robert Laffont, Paris, 2008, 342 pages.
- WITTERSHEIM ÉRIC, *Des sociétés dans l'État : Anthropologie et situations postcoloniales en Mélanésie*, Éditions Aux lieux d'être, Montreuil, 2006, 198 pages.
- ZAGREBELSKY GUSTAVO, *Le droit en douceur*, trad. LEROY Michel, Economica, Paris, 2000, 153 pages.

HISTOIRE DE LA COLONISATION, AUTODETERMINATION ET AUTOCHTONIE

- ANAYA S. JAMES, *Indigenous peoples in international law*, Oxford University Press, 2^{ème} éd., New-York, 2004, 396 pages.
- ANGLEVIEL FREDERIC, *Les missions à Wallis et Futuna au XIX^{ème} siècle*, Presses Universitaires de Bordeaux, Bordeaux, 1994, 243 pages.
- AZAN PAUL, *L'armée indigène nord-africaine*, Charles-Lavauzelle & Cie, Paris, 1925, 62 pages.
- BURGER JULIAN, *Premières nations: un avenir pour les peuples autochtones*, Anako Éditions, coll. Grands Témoins « IMAGE », Fontenay-Sous-Bois, 2000, 188 pages.
- DEROCHE FREDERIC, *Les peuples autochtones et leur relation original à la terre : Un questionnement pour l'ordre mondial*, L'Harmattan, Paris, 2008, 378 pages.
- FOUCRIER ANNICK, « Populations coloniales », *Annales de démographie historique*, n° 113, 1 août 2007, 261 pages.
- HUET VERONIQUE, *Le principe de l'autodétermination des peuples : Concept et applications concrètes*, L'Harmattan, Paris, 2013, 223 pages.
- LAMBERT JEAN-MARIE, *La nouvelle politique indigène en Nouvelle Calédonie : Le capitaine Meunier et ses gendarmes (1918-1954)*, L'Harmattan, coll. Collection Mondes océaniens, Paris, 1999, 239 pages.
- MERLE ISABELLE, *Expériences coloniales : La Nouvelle-Calédonie, 1853-1920*, Belin, coll. Temps présents, Paris, 1995, 479 pages.
- OTIS GHISLAIN et MELKEVIK BJARNE, *Peuples autochtones et normes internationales : Analyse et textes relatifs au régime de protection identitaire des peuples autochtones*, Les éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1996, 218 pages.
- PERSON YVES, *La Nouvelle-Calédonie et l'Europe, de la découverte, 1774, à la fondation de Nouméa, 1854*, Nouvelles Éditions Latines, Paris, 1954, 217 pages.
- PEYREFITTE ALAIN, *C'était de Gaulle*, Fayard, t. II, Paris, 1997, 660 pages.
- POMERANCE MICHLA, *Self-Determination in Law and Practice : The New Doctrine in the United Nations*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1982, 154 pages.
- REUILLARD MICHEL, *Les Saint-Simoniens et la tentation coloniale : Les explorations africaines et le gouvernement néo-calédonien de Charles Guillain (1808-1875)*, Université de Provence / L'Harmattan, coll. Peuples et pays de l'océan Indien, n° 11, Paris, 1995, 580 pages.
- ROULAND NORBERT, PIERRÉ-CAPS STEPHANE et POUMARÈDE JACQUES, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, PUF, coll. Droit politique et théorique, Paris, 1996, 581 pages.
- ROY INGRID, *Vers un droit de participation des minorités à la vie de l'État ?*, Wilson & Lafleur, Montréal, 2006, 460 pages.

- STAVENHAGEN RODOLFO, *The ethnic question: conflicts, development, and human rights*, United Nations University Press, Tokyo, 1990, 185 pages.
- TERRIER CHRISTIANE, *L'histoire de la Nouvelle-Calédonie*, Maison de la Nouvelle-Calédonie, Nouméa, 2010, 41 pages.
- XANTHAKI ALEXANDRA, *Indigenous rights and United Nations standards : Self-determination, culture and land*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, 360 pages.

NOUVELLE-CALEDONIE ET SOCIETE KANAK

- DAUPHINE JOËL, *Les spoliations foncières en Nouvelle-Calédonie 1853-1913*, L'Harmattan, Paris, 1989, 347 pages.
- DE DECKKER PAUL et KUNTZ LAURENCE, *La bataille de la coutume et ses enjeux pour le Pacifique Sud*, L'Harmattan, coll. Mondes Océaniens, Paris, 1998, 237 pages.
- FABERON JEAN-YVES, *Des institutions pour un pays : La Nouvelle-Calédonie en devenir*, PUAM, coll. Droit d'Outre-mer, Aix-en-Provence, 2012, 291 pages.
- FABERON JEAN-YVES, *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie. L'évolution des liens de la France avec ces collectivités périphériques*, La Documentation française, coll. Notes et Études documentaires, Paris, 1997, 276 pages.
- FAUGÈRE ELSA et MERLE ISABELLE, *La Nouvelle-Calédonie : Vers un destin commun?*, Karthala, Paris, 2010, 264 pages.
- GARDE FRANÇOIS, *Les institutions de la Nouvelle-Calédonie*, L'Harmattan, coll. Mondes Océaniens, Paris, 2001, 350 pages.
- GUIART JEAN, *Maurice Leenhardt le lien d'un homme avec un peuple qui ne voulait pas mourir*, Editions du Rocher-à-la-voile, Nouméa, 1997, 156 pages.
- , *Sociétés mélanésiennes : Idées fausses, idées vraies*, Le Rocher-à-la-voile, Nouméa, 2001, 295 pages.
- LAFARGUE REGIS, *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*, Recherche subventionnée par le GIP « Mission de Recherche Droit et Justice », 2001, 208 pages.
- , *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie*, PUAM, Aix-en-Provence, 2003, 307 pages.
- , *La coutume face à son destin: réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, L.G.D.J, coll. Droit et société. Recherches et travaux, n° 22, Paris, 2010, 417 pages.
- LEBLIC ISABELLE, *Les Kanak face au développement. La voie étroite*, PUG / ADCK, Grenoble et Nouméa, 1993, 412 pages.
- LECA ANTOINE, *Introduction au droit civil coutumier kanak*, PUAM, coll. Droit d'Outre-mer, Aix-en-Provence, 2016, 147 pages.

- LEENHARDT MAURICE, *Notes d'ethnologie néo-calédonienne*, Musée de l'Homme, Institut d'ethnologie, coll. Travaux et mémoires de l'Institut d'ethnologie, VIII, Paris, 1930, 265 pages.
- , *Gens de la Grande Terre (Nouvelle-Calédonie)*, Gallimard, coll. L'Espèce humaine, Paris, 1937, 214 pages.
- , *Langues et dialectes de l'Austro-Mélanésie*, Musée de l'Homme, Institut d'ethnologie, coll. Travaux et mémoires de l'Institut d'ethnologie, XL VI, Paris, 1946, 676 pages.
- MOHAMED-GAILLARD SARAH, *L'Archipel de la puissance ? La politique de la France dans le Pacifique Sud de 1946 à 1988*, Peter Lang, coll. Enjeux Internationaux, Bruxelles, 2010, 425 pages.
- MONOD KATHLEEN, *Les aires spécialement protégées d'importance méditerranéenne*, Presses Universitaires de Limoges, Limoges, 2005, 168 pages.
- NAEPELS MICHEL, *Histoires de terres kanakes. Conflits fonciers et rapports sociaux dans la région de Houaïlou (Nouvelle-Calédonie)*, Belin, coll. Socio-histoires, Paris, 1998, 380 pages.
- ORFILA GERARD, *Régime législatif, réglementaire et coutumier de la Nouvelle-Calédonie*, L'Harmattan, coll. Collection Logiques juridiques, Paris, 2000, 159 pages.
- PAGE JEANNE, *Du partage des compétences au partage de la souveraineté : Des territoires d'outre-mer aux « pays d'outre-mer »*, PUAM, coll. collectivités locales, Aix-en-Provence, 2001, 630 pages.
- SAUSSOL ALAIN, *L'héritage : Essai sur le problème foncier mélanésien en Nouvelle-Calédonie*, Société des Océanistes, Paris, 2013, 765 pages.
- TJIBAOU JEAN-MARIE, *La présence kanak*, Édition établie et présentée par BENSA ALBAN et WITTERSHEIM ÉRIC, Éditions Odile Jacob, Paris, 1996, 326 pages.

DROIT CANADIEN

- DUPUIS RENEE, *Quel Canada pour les Autochtones ? La fin de l'exclusion*, Boréal, Montréal, 2001, 176 pages.
- GRAMMOND SEBASTIEN, *Les traités entre l'État canadien et les peuples autochtones*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 1995, 226 pages.
- , *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruylant / Éditions Yvon Blais, coll. Droit, territoires, cultures, Bruxelles, 2003, 470 pages.
- RODON THIERRY, *En partenariat avec l'État : Les expériences de cogestion des Autochtones du Canada*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2003, 315 pages.
- TREMBLAY ANDRE, *La réforme de la Constitution au Canada*, Les Éditions Thémis, Montréal, 1995, 519 pages.

Contributions aux mélanges et ouvrages collectifs

THEORIE DU DROIT ET PRINCIPES JURIDIQUES

- BIDEGARAY CHRISTIAN et EMERI CLAUDE, « Quatrième République : Le retour? », dans *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril, La République*, Montchrestien, Paris, 2001, pp. 285-293.
- CAPITANT RENE, « Le droit constitutionnel non écrit », dans *Recueil d'études en l'honneur de François Gény*, Sirey, t. III, Paris, 1934, pp. 1-8.
- CARBONNIER JEAN, « Internormativité », dans ARNAUD ANDRE-JEAN (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J, 2^{ème} éd., Paris, 1993, p. 758.
- CHEVALLIER JACQUES, « L'analyse institutionnelle », dans CHEVALLIER JACQUES (dir.), *L'institution*, PUF- CURAPP, Paris, 1981, pp. 3-61.
- , « L'ordre juridique », dans CHEVALLIER JACQUES, LOSCHAK DANIELE (dir.), *Le droit en procès*, PUF- CURAPP, Paris, 1983, pp. 7-49.
- , « De quelques usages du concept de régulation », dans MIAILLE MICHEL (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, Paris, 1995, pp. 71-93.
- COMBY JOSEPH, « L'impossible propriété absolue », dans Association des études foncières (dir.), *Un droit inviolable et sacré : La propriété*, Édition de l'ADEF, Paris, 1989, pp. 9-20.
- COMMAILLE JACQUES et JOBERT BRUNO, « Introduction. La régulation politique : L'émergence d'un nouveau régime de connaissance », dans COMMAILLE JACQUES, JOBERT BRUNO (dir.), *Les métamorphoses de la régulation politique*, L.G.D.J, Paris, 1998, pp. 11-35.
- DEBBASCH ROLAND, « Unité et indivisibilité », dans FAVOREU LOUIS (dir.), *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, PUAM / Economica, Aix-en-Provence, 1990, pp. 7-47.
- , « L'indivisibilité de la République », dans MATHIEU BERTRAND, VERPEAUX MICHEL (dir.), *La République en droit français*, PUAM / Economica, coll. Droit Public, Aix-en-Provence, 1996, pp. 75-101.
- DE DECKKER PAUL, « Cultures juridiques et gouvernance : Illustrations », dans *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone – Présentation générale d'une problématique*, Éditions des archives contemporaines, en partenariat avec l'Agence universitaire de la Francophonie, coll. Savoirs francophones, Paris, 2010, pp. 37-85.
- DELMAS-MARTY MIREILLE, « Les processus de mondialisation du droit », dans MORAND CHARLES-ALBERT (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 63-80.

- EBERHARD CHRISTOPH, « L'approche pluraliste du droit : un enjeu central pour une gouvernance légitime », dans *Chroniques de la gouvernance. 2009-2010*, Éditions Charles Léopold Mayer, Paris, 2009, pp. 87-92.
- , « L'approche pluraliste du droit : Un défi central pour la gouvernance légitime », dans *Le pluralisme juridique et normatif, une voie pour refonder la gouvernance ? Expérience africaines et latino-américaines de prises en compte de la diversité dans la régulation du droit officiel*, Dossier proposé par l'IRG à l'occasion de la rencontre internationale « Pluralisme juridique dans les sociétés multiculturelles », Lima, 2011, pp. 15-20.
- , « L'impact méthodologique de l'analyse plurielle dans l'étude anthropologique des cultures juridiques », dans OTIS GHISLAIN (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, Paris, 2012, pp. 53-96.
- ELIAS NORBERT, « Les transformations de l'équilibre Nous-Je », dans ELIAS NORBERT, *La société des individus*, Fayard, Paris, 1991, 301 pages.
- FORMOSO BERNARD, « L'ethnie en question, débats sur l'identité », dans SEGALIN MARTINE (dir.), *Ethnologie. Concepts et aires culturelles*, Armand Colin, Paris, 2001, pp. 15-30.
- GADEA ELISE, « Introduction », dans *le pluralisme juridique et normatif, une voie pour refonder la gouvernance ? Expérience africaines et latino-américaines de prises en compte de la diversité dans la régulation du droit officiel*, Dossier proposé par l'IRG à l'occasion de la rencontre internationale « Pluralisme juridique dans les sociétés multiculturelles », Lima, 2011, pp. 5-11.
- GOVIER TRUDY, « Éthique de la négociation : Confiance, reconnaissance », dans *Parlons franchement à propos des traités*, Commission du droit du Canada / British Columbia treaty commission, Ottawa, 2000, pp. 103-122.
- JEAMMAUD ANTOINE, « Le concept d'effectivité du droit », dans AUVERGNON PHILIPPE (dir.), *L'effectivité du droit du travail : À quelles conditions ?*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2^{ème} éd., Bordeaux, 2008, pp. 35-56.
- KOUBI GENEVIEVE et GUGLIELMI GILLES J., « Introduction », dans *L'égalité des chances*, La Découverte, coll. Recherches, Paris, 2000, pp. 7-10.
- LECA JEAN, « La "gouvernance" de la France sous la Cinquième République : Une perspective de sociologie comparative », dans D'ARCY FRANÇOIS, ROUBAN LUC (dir.), *De la V^{ème} République à l'Europe. Hommage à Jean-Louis Quermonne*, Presses de sciences po, Paris, 1996, pp. 329-365.
- LEYDET DOMINIQUE, « Pluralisme et compromis », dans DE NANTEUIL MATTHIEU, NACHI MOHAMED (dir.), *Éloges du compromis. Pour une nouvelle pratique démocratique*, Academia-Bruylant, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 60-80.
- LEYDET DOMINIQUE et POURTOIS HERVE, « Pluralisme et conflit dans les théories contemporaines de la démocratie », dans *Le Pluralisme*, Dalloz, coll. Archives de philosophie du droit, Paris, 2006, pp. 47-68.
- MACLURE JOCELYN, « Une défense du multiculturalisme comme morale politique », dans JEZEQUEL MYRIAM (dir.), *La justice à l'épreuve de la diversité culturelle*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2007, pp. 63-90.

- MARCOU GERARD, « L'autonomie dans la République : Jusqu'où? », dans FABERON JEAN-YVES, FAYAUD VIVIANE, REGNAULT JEAN-MARC (dir.), *Destins des collectivités politiques d'Océanie : Peuples, populations, nations, États, territoires, pays, patries, communautés, frontières*, PUAM, I Théories et pratiques, coll. Droit d'Outre-Mer, Aix-en-Provence, 2011, pp. 55-65.
- MAUS DIDIER, « L'influence du droit international contemporain sur l'exercice du pouvoir constituant », dans *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard CONAC*, Economica, Paris, 2001, pp. 87-102.
- MEEUS ALBERT, « Le problème de la validité des normes dans la jurisprudence de la Cour de cassation », dans RIGAUX FRANÇOIS, HAARSCHER GUY (dir.), *Droit et pouvoir. t. I, La validité*, E. Story-Scientia, Bruxelles, 1987, pp. 177-192.
- MELIN-SOUCRAMANIEN FERDINAND, « La différenciation du statut des départements d'outre-mer : menace ou promesse pour la République française? », dans *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, Paris, 2003, pp. 747-755.
- MOYRAND ALAIN, « Théorie de la souveraineté partagée », dans FABERON JEAN-YVES, AGNIEL GUY (dir.), *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, La documentation française, coll. notes et études documentaires, Paris, 2000, pp. 29-38.
- OTIS GHISLAIN, « Cultures juridiques et gouvernance : cadre conceptuel », dans OTIS GHISLAIN, Cissé ABDOULLAH, DE DECKKER PAUL, MASTOR WANDA (dir.), *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone – Présentation générale d'une problématique*, Éditions des archives contemporaine - Agence universitaire de la Francophonie, coll. Savoirs francophones, Paris, 2010, pp. 3-26.
- , « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique », dans OTIS GHISLAIN (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, coll. 4 Vents, Paris, 2012, pp. 9-24.
- PETTIT PHILIP, « Minority Claims Under Two Conceptions of Democracy », dans IVISON DUNCAN, PATTON PAUL, SANDERS WILL (dir.), *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, Cambridge University Press, Londres, 2000, pp. 199-215.
- RANGEON FRANÇOIS, « Réflexions sur l'effectivité du droit », dans LOCHAK DANIELE (dir.), *Les usages sociaux du droit*, PUF-CURAPP, Paris, 1989, pp. 126-149.
- ROCHER GUY, « L'effectivité du droit », dans LAJOIE ANDREE, MACDONALD RODERICK A., JANDA RICHARD, ROCHER GUY (dir.), *Théories et émergence du droit : Pluralisme, surdétermination et effectivité*, Thémis - Bruylant, Montréal, Bruxelles, 1998, pp. 133-150.
- ROULAND NORBERT, « La coutume et le droit », dans DE DECKKER PAUL (dir.), *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, L'Harmattan, Paris, 1995, pp. 19-49.

- , « Acculturation juridique », dans ALLAND DENIS, RIALS STEPHANE (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. Quadrige, Paris, 2003, p. 1640.
- ROUX ANDRE, « L'indivisibilité de la République », dans MATHIEU BERTRAND, VERPEAUX MICHEL (dir.), *La République en droit français*, Economica / PUAM, coll. Droit Public, Aix-en-Provence, 1996, pp. 77-102.
- SALMON JEAN, « Vers l'adoption d'un principe de légitimité démocratique », dans Association Droit des gens (dir.), *À la recherche du nouvel ordre mondial, t. I : Le Droit international à l'épreuve*, Éditions Complexe, Bruxelles, 1993, pp. 55-89.
- TECHERA ÉRIKA, « Pluralisme juridique, droit coutumier et gestion de l'environnement : Le rôle du droit international dans le Pacifique Sud », dans MEYER NADEGE, DAVID CARINE (dir.), *L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale. Éléments d'ici et d'ailleurs...*, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 455-478.
- TERRÉ DOMINIQUE, « Le pluralisme et le droit », dans *Le Pluralisme*, Dalloz, coll. Archives de philosophie du droit, Paris, 2006, pp. 69-83.
- THOENIG JEAN-CLAUDE, « L'usage analytique du concept de régulation », dans COMMAILLE JACQUES, JOBERT BRUNO (dir.), *Les métamorphoses de la régulation juridique*, L.G.D.J, Paris, 1998, pp. 35-54.
- TOURAINÉ ALAIN, « Le nationalisme contre la nation », dans BIRNBAUM PIERRE (dir.), *Sociologie des nationalismes*, PUF, coll. Sociologie, Paris, 1997, pp. 402-423.
- TULLY JAMES, « Réexamen du processus d'établissement des traités en Colombie-Britannique », dans *Parlons franchement à propos des traités*, Commission du droit du Canada / British Columbia treaty commission, 2001, pp. 5-20.
- VIRALLY MICHEL, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », dans *Mélanges offert à Henri Rolin*, Pedone, Paris, 1964, pp. 488-505.
- WEBERT FRANCINE, « La transformation vers le bas : En deçà de l'État-nation, l'adaptation de l'État unitaire français », dans *Les Mutations de l'État-nation en Europe à l'aube du XXI^{ème} siècle*, Éditions du Conseil de l'Europe, Actes du Séminaire UniDem, Nancy, 6-8 novembre 1997, coll. Science et technique de la démocratie, n° 22, Strasbourg, 1998, pp. 277-303.
- , « L'ordre juridique français : de la centralisation à la souveraineté partagée », dans FABERON JEAN-YVES, AGNIEL GUY (dir.), *La souveraineté en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, La documentation française, coll. notes et études documentaires, n° 5113-14, Paris, 2000, pp. 9-28.
- YOUNES CAROLE, « Le pluralisme juridique : penser l'homme pour penser le droit », dans *Les pluralismes juridiques*, Karthala – Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris, coll. Cahiers d'anthropologie du droit, 2004, pp. 35-50.

NOUVELLE-CALEDONIE ET SOCIETE KANAKE

- AGNIEL GUY, « Statut civil coutumier », dans FABERON JEAN-YVES, AGNIEL GUY (dir.), *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, La documentation française, coll. notes et études documentaires, n° 5113-14, Paris, 2000, pp. 128-138.
- BENSA ALBAN, « Le chef kanak : Les modèles et l'histoire », dans BENSA ALBAN, LEBLIC ISABELLE (dir.), *En pays kanak*, Éd. de la Maison des sciences de l'homme, Paris, 2000, pp. 9-48.
- CHRISTNACHT ALAIN, « La reconnaissance du peuple kanak par le droit français », dans PESSINA-DASSONVILLE STEPHANE (dir.), *Le statut des peuples autochtones : À la croisée des savoirs*, Karthala – Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris – UMR de droit comparé, coll. Cahiers d'anthropologie du droit, Paris, 2012, pp. 97-108.
- DAVID CARINE, « Réflexions sur l'intégration de la coutume autochtone dans l'élaboration de la norme à partir du cas de la Nouvelle-Calédonie », dans MEYER NADEGE, DAVID CARINE (dir.), *L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale. Éléments d'ici et d'ailleurs...*, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 197-213.
- DEMMER CHRISTINE, « Nouveaux enjeux fonciers et évolution du nationalisme kanak après l'accord de Nouméa, Nouvelle-Calédonie. Un éclairage sur des projets de société successifs », dans *Politique de la terre et de l'appartenance. Droits fonciers et citoyenneté locale dans les sociétés du Sud*, Karthala, Paris, 2010, pp. 375-402.
- DORMOY DANIEL, « Le droit international et les possibilités d'évolution statutaire », dans *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie, L'évolution des liens de la France avec ses collectivités périphériques*, La documentation française, coll. notes et études documentaires, n° 5053-54, Paris, 1997, pp. 109-132.
- FABERON FLORENCE, « Peines coutumières », dans WAMYTAN LEON, LECA ANTOINE, FABERON FLORENCE (dir.), *101 mots pour comprendre la coutume kanak et ses institutions*, Centre de documentation pédagogique de Nouvelle-Calédonie, n° 10, Nouméa, 2016, pp. 178-179.
- FREYSS JEAN, « Nouvelle-Calédonie : Le rééquilibrage et ses contraintes », dans SAUSSOL ALAIN, ZITOMERSKY JOSEPH (dir.), *Colonies, territoires, sociétés*, L'Harmattan, Paris, 1996, pp. 253-272.
- GAMBARDELLA SOPHIE, « La gestion participative comme méthode d'intégration de la coutume locale dans l'élaboration de la norme environnementale? », dans MEYER NADEGE, DAVID CARINE (dir.), *L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale. Éléments d'ici et d'ailleurs...*, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 215-234.
- GONI YVES-BEALO, « Monnaie kanak », dans WAMYTAN LEON, LECA ANTOINE, FABERON FLORENCE (dir.), *101 mots pour comprendre la coutume kanak et ses institutions*, Centre de documentation pédagogique de Nouvelle-Calédonie, Nouméa, 2016, pp. 152-153.

- GRAFF STEPHANIE, « Quand l'administration évalue le lien à la terre des peuples autochtones : le cas de l'Agence de développement rural et d'aménagement foncier en Nouvelle-Calédonie », dans HOFFMANN-SCHICKEL KAREN, NAVET ÉRIC (dir.), *Résistances culturelles et revendications territoriales des peuples autochtones*, Connaissances et Savoirs, coll. Travaux de l'Institut d'ethnologie et du laboratoire SAGE de l'Université de Strasbourg, Strasbourg, 2015, pp. 287-322.
- GUIART JEAN, « Clans autochtones : situation précoloniale », dans *Atlas de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, ORSTOM, Paris, planche 18.
- LAFARGUE REGIS, « La République, la coutume et le droit de l'outre-mer : Statuts territoriaux à la carte et kaléidoscope des statuts civils personnels », dans GAGNÉ NATACHA, MARTIN THIBAUT et SALAÜN MARIE (dir.), *Autochtonies. Vues de France et de Québec*, Presses de l'Université Laval, coll. Mondes Autochtones, Québec, 2009, pp. 151-192.
- LE MEUR PIERRE-YVES, SAUBOUA PAUL, PONCET ESTELLE et TOUSSAINT MARIE, « Les enjeux de la gouvernance locale des ressources marines en Nouvelle-Calédonie : Contribution à la réflexion sur le "foncier maritime" à partir de deux études de cas », dans MEYER NADEGE, DAVID CARINE (dir.), *L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale : Éléments d'ici et d'ailleurs*, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 235-252.
- MAPOU LOUIS, « De 1978 aux Accords de Matignon, dix années de réforme foncière en Nouvelle-Calédonie », dans GUILLAUD DOMINIQUE, DAVID GILBERT, PILLON Patrick (dir.), *La Nouvelle-Calédonie à la croisée des chemins*, Société des Océanistes, Paris, 1999, pp. 105-127.
- , « Représentations et pratiques de l'espace foncier chez les Kanak de Yaté », dans GILBERT DAVID, GUILLAUD DOMINIQUE (dir.), *La Nouvelle-Calédonie à la croisée des chemins : 1989-1997*, Société des Océanistes, Paris, 1999, pp. 103-121.
- , « De la rencontre de deux systèmes fonciers après plus d'un siècle d'histoire », dans FABERON JEAN-YVES, AGNIEL GUY (dir.), *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, La documentation française, coll. notes et études documentaires, n° 5113-14, Paris, 2000, pp. 154-162.
- MAPOU RAPHAËL, « Les valeurs de la citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie. La dimension kanak », dans *Citoyenneté et destin commun en Nouvelle-Calédonie*, PUAM, Aix-en-Provence, 2013, pp. 61 et s.
- MICHALON THIERRY, « Pour la Nouvelle-Calédonie, l'hypothèse fédérale », dans FABERON JEAN-YVES (dir.), *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie. L'évolution des liens de la France avec ces collectivités périphériques*, La documentation française, coll. notes et études documentaires, Paris, 1997, pp. 221-241.

- NAEPELS MICHEL, « Le conflit des interprétations. Récits de l'histoire et relations de pouvoir dans la région de Houailou (Nouvelle-Calédonie) », dans MASQUELIER BERTRAND, SIRAN JEAN-LOUIS (dir.), *Pour une anthropologie de l'interlocution. Rhétoriques du quotidien*, L'Harmattan, Paris, 2000, pp. 337-357.
- TESOKA LAURENT, « L'évolution des collectivités françaises du Pacifique depuis 1946 », dans FABERON JEAN-YVES, FAYAUD VIVIANE, REGNAULT JEAN-MARC (dir.), *Destins des collectivités politiques d'Océanie. Peuples, populations, nations, Etats, territoires, pays, patries, communautés, frontières*, PUAM, 1 Théories et pratiques, coll. Droit d'Outre-mer, Aix-en-Provence, 2001, pp. 43-54.
- TEULIÈRES-PRESTON MARIE-HELENE, « Le droit maritime kanak et ses transformations », dans *En pays Kanak : Ethnologie, linguistique, archéologie, histoire de la Nouvelle-Calédonie*, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, Paris, 2000, pp. 129-146.
- TRÉPIED Benoît, « Coutumiers kanak contre élus FLNKS : la bataille de l'eau à Koné (Nouvelle-Calédonie, 2004) », dans BOSA Bastien, WITTERSHEIM Éric (dir.), *Luttes autochtones, trajectoires postcoloniales. Amériques et Pacifique*, Karthala, coll. Les terrains du siècle, Paris, 2009, pp. 27-56.
- TROLUE FOTE, « Le Kanak, le clan et la terre face au développement en Nouvelle-Calédonie », dans *La Terre*, CORAIL, Nouméa, 1994, pp. 157-163.
- WAMYTAN LEON, « Chefferie », dans WAMYTAN LEON, LECA ANTOINE, FABERON FLORENCE (dir.), *101 mots pour comprendre la coutume kanak et ses institutions*, Centre de documentation pédagogique de Nouvelle-Calédonie, n° 10, Nouméa, 2016, pp. 50-51.
- , « Clan », dans WAMYTAN LEON, LECA ANTOINE, FABERON FLORENCE (dir.), *101 mots pour comprendre la coutume kanak et ses institutions*, Centre de documentation pédagogique de Nouvelle-Calédonie, n° 10, Nouméa, 2016, pp. 56-57.

HISTOIRE DE LA COLONISATION, AUTODETERMINATION ET AUTOCHTONIE

- ALFREDSSON GUDMUNDUR, « The Right of Self-Determination and Indigenous Peoples », dans TOMUSCHAT CHRISTIAN (dir.), *Modern Law of Self-Determination*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993, pp. 41-54.
- ANAYA S. JAMES, « The Contours of Self-Determination and its Implementation : Implications of Developments Concerning Indigenous Peoples », dans ALFREDSSON GUDMUNDUR, STAVROPOULOU MARIA (dir.), *Justice Pending : Indigenous People and Other Good Causes*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2002, pp. 5-14.
- , « Le droit des peuples autochtones à l'autodétermination après l'adoption de la Déclaration », dans CHARTERS CLAIRE, STAVENHAGEN RODOLFO (dir.), *La déclaration des droits des peuples autochtones – Genèse, enjeux et perspectives de mise en œuvre*, L'Harmattan, coll. Horizons autochtones, Paris, 2013, pp. 186-200.

- BAMBRIDGE TAMATO A et VERNAUDON JACQUES, « Espace, histoire et territoire en Polynésie. Une appropriation foncière de l'espace terrestre et marin », dans LE ROY ÉTIENNE (dir.), *La terre et l'homme : Espaces et ressources convoités, entre le local et le global*, Karthala, Paris, 2013, pp. 33-45.
- BELLIER IRENE, « Usages et déclinaisons internationales de « l'autochtonie » dans le contexte des Nations-Unies », dans GAGNÉ NATACHA, MARTIN THIBAUT et SALAÛN MARIE (dir.), *Autochtonies. Vues de France et de Québec*, Presses de l'Université Laval, coll. Mondes Autochtones, Québec, 2009, pp. 75-92.
- CLECH LÂM MAIVAN, « Les enjeux de la décennie internationale : L'autodétermination », dans *Essai sur les droits humains et le développement économique. Peuples ou populations ; égalité, autonomie et autodétermination : les enjeux de la Décennie internationale des populations autochtones*, Société Recherches amérindiennes au Québec, Centre international des droits de la personne et du développement démocratique, Montréal, 1996, pp. 192 et s.
- DEROCHE FREDERIC, « La notion de "peuples autochtones" : Une synthèse des principaux débats terminologiques », dans FRITZ JEAN-CLAUDE, DEROCHÉ FREDERIC, FRITZ GERARD et PORTEILLA RAPHAËL (dir.), *La nouvelle question indigène: Peuples autochtones et ordre mondial*, L'Harmattan, Paris, 2005, pp. 47-64.
- GAGNÉ NATACHA, « Les peuples autochtones : Une catégorie en développement », dans BEAUDET PIERRE, SCHAFER JESSICA, HASLAM PAUL (dir.), *Introduction au développement international. Approches, acteurs, enjeux*, Presses de l'Université d'Ottawa, Ottawa, 2008, pp. 372-390.
- GAGNÉ NATACHA et SALAÛN MARIE, « La souveraineté comme affaire d'États à la souveraineté comme droits à s'autodéterminer : Une présentation », dans GAGNÉ NATACHA, SALAÛN MARIE (dir.), *Visages de la souveraineté en Océanie*, L'Harmattan, coll. Cahiers du Pacifique Sud Contemporain, n° 6, Paris, 2010, pp. 11-40.
- GUY CAMILLE, « La politique indigène de la France », dans *La politique coloniale de la France*, Alcan, Conférences organisées par la Société des anciens élèves et élèves de l'École coloniale, Paris, 1924, pp. 243-249.
- GUYON STEPHANIE et TRÉPIED BENOIT, « Les autochtones de la République : Amérindiens, Tahitiens et Kanak face aux legs colonial français », dans BELLIER IRENE (dir.), *Peuples autochtones dans le monde. Les enjeux de la reconnaissance*, L'Harmattan, coll. Horizons autochtones, Paris, 2013, pp. 93-112.
- KOUBI GENEVIEVE, « Droit et minorités dans la République française », dans FENET ALAIN, KOUBI GENEVIEVE, SCHULTE-TENCKHOFF ISABELLE (dir.), *Le droit et les minorités*, Bruylant, 2^{ème} éd., Bruxelles, 2000, pp. 293-384.
- L'HEUREUX-DUBÉ CLAIRE ET OTIS GHISLAIN, « L'héritage de Calder et la Cour suprême du Canada », dans OTIS GHISLAIN (dir.), *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2005, pp. 1-9.

- LÉGER MARIE, « La reconnaissance du droit à l'autodétermination des peuples autochtones : Menace ou avantages », dans *Droit à l'autodétermination des peuples autochtones*, Droits et Démocratie, New-York, 2002, pp. 3-7.
- MERLE ISABELLE, « Le régime de l'indigénat et l'impôt de capitation en Nouvelle-Calédonie. De la force et du droit : La genèse d'une législation d'exception ou les principes fondateurs d'un ordre colonial », dans *Colonies, Territoires, Sociétés*, L'Harmattan, Paris, 1996, pp. 224-241.
- MORIN FRANÇOISE, « Vers une déclaration universelle des droits des peuples autochtones », dans GIORDAN HENRI (dir.), *Les minorités en Europe. Droits linguistiques et droits de l'Homme*, Édition Kimé, Paris, 1992, pp. 493-510.
- , « Les Nations Unies à l'épreuve des peuples autochtones », dans GROS CHRISTIAN, STRIGLER MARIE-CLAUDE (dir.), *Être indien dans les Amériques*, Éditions de l'Institut des Amériques et de l'IHEAL, Paris, 2006, pp. 43-54.
- NORODOM ANNE-THIDA, « L'Organisation des Nations unies au service des peuples autochtones : quelle efficacité ? », dans PESSINA DASSONVILLE STEPHANE (dir.), *Le statut des peuples autochtones – À la croisée des savoirs*, Karthala – Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris – UMR de droit comparé, coll. Cahiers d'Anthropologie du droit, Paris, 2012, pp. 49-70.
- OTIS GHISLAIN, « La quête de coutume : Réflexions sur la “post-territorialité” dans la gouvernance autochtone », dans NOREAU PIERRE (dir.), *Gouvernance autochtone : Reconfiguration d'un avenir collectif : Nouvelles perspectives et processus émergents*, Thémis, Montréal, 2010, pp. 153-173.
- , « Comparaisons. L'autochtonisme aux États-Unis et au Canada, les défis de la décolonisation du rapport aux peuples premiers », dans FABERON JEAN-YVES, FAYAUD VIVIANE, REGNAULT JEAN-MARC (dir.), *Destin des collectivités politiques d'Océanie : Peuples, populations, nations, États, territoires, pays, patries, communautés, frontières*, PUAM, t. I, Aix-en-Provence, 2011, pp. 285-294.
- , « Coutume autochtone et gouvernance environnementale : L'exemple du système interaméricain de protection des droits de l'Homme », dans MEYER NADEGE, DAVID CARINE (dir.), *L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale. Éléments d'ici et d'ailleurs...*, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 437-453.
- , « Fondements et limites de la reconnaissance judiciaire des cultures juridiques autochtones au Canada », dans OTIS GHISLAIN (dir.), *Le juge et le dialogue des cultures juridiques*, Karthala, coll. Les terrains du siècle, Paris, 2013, pp. 101-134.
- OTIS GHISLAIN et MOTARD GENEVIEVE, « Le dépassement de la territorialité dans les ententes d'autonomie gouvernementale autochtone au Canada », dans GAGNÉ NATACHA, MARTIN THIBAUT et SALAÜN MARIE (dir.), *Autochtonies. Vues de France et de Québec*, Presses de l'Université Laval, coll. Mondes Autochtones, Québec, 2009, pp. 129-142.

- PARISOT VALERIE, « Justice pénale républicaine et droit coutumier kanak », dans PESSINA-DASSONVILLE STEPHANE (dir.), *Le statut des peuples autochtones – À la croisée des savoirs*, Karthala – Laboratoire d’anthropologie juridique de Paris – UMR de droit comparé, coll. Cahiers d’Anthropologie du droit, Paris, 2012, pp. 183-208.
- PESSINA-DASSONVILLE STEPHANE, « Éditorial – Le statut des peuples autochtones : À la croisée des savoirs », dans PESSINA-DASSONVILLE STEPHANE (dir.), *Le statut des peuples autochtones : À la croisée des savoirs*, Karthala – Laboratoire d’anthropologie juridique de Paris – UMR de droit comparé, coll. Cahiers d’anthropologie du droit, Paris, 2012, pp. 7-29.
- REGINO MONTES ADELFO et TORRES CISNEROS GUSTAVO, « La Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones : Base d’une nouvelle relation entre les peuples autochtones, les États et les sociétés », dans CHARTERS CLAIRE, STAVENHAGEN RODOLFO (dir.), *La déclaration des droits des peuples autochtones – Genèse, enjeux et perspectives de mise en œuvre*, L’Harmattan, coll. Horizons autochtones, Paris, 2013, pp. 139-170.
- SERMET LAURENT, « Juridicité, normativité et pluralisme. De quelques enseignements tirés de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones », dans OTIS GHISLAIN (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, coll. 4 Vents, Paris, 2012, pp. 201-243.
- SCHULTE-TENCKHOFF ISABELLE, « Peuples autochtones : Penser le dilemme fondateur de l’Etat néo-européen », dans GAGNÉ NATACHA, MARTIN THIBAUT et SALAÛN MARIE (dir.), *Autochtonies. Vues de France et de Québec*, Presses de l’Université Laval, coll. Mondes Autochtones, Québec, 2009, pp. 111-127.
- TULLY JAMES, « Aboriginal Peoples : Negotiating Reconciliation », dans BICKERTON JAMES, GAGNON ALAIN-G. (dir.), *Canadian Politics*, Broadview Press, Peterborough, 1999, pp. 413-443.

Contributions aux colloques et séminaires

- AUDIT MATHIAS, « Les obligations relatives à la "part locale" dans les contrats d'État », SFDI-colloque de Lyon, Pedone, 2015, pp. 197-208.
- BARBIER JEAN-CLAUDE, « Pot de terre contre pot de fer : Les sociétés dites acéphales et l'État », dans *Nature et formes de pouvoir dans les sociétés dites acéphales – Exemples camerounais*, Compte-rendu journée scientifique de Yaoundé, ORSTOM, Paris, 1978, pp. 32-70.
- BINETTE ANDRE, « La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et la réconciliation avec les premières nations au Québec », Forum autochtone 2010, Conférence Insight, 8^{ème} édition, Québec, 2010.
- COMBY JOSEPH, « Reconnaître et sécuriser la propriété coutumière moderne », dans Contribution au symposium de la Banque mondiale, Washington, 2007, pp. 1-11.
- DAES ERICA-IRENE, « L'article 3 du Projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones : Obstacles et consensus », dans *Droit à l'autodétermination des peuples autochtones*, Actes du séminaire Droits et Démocratie, New-York, 2002, pp. 8-15.
- DUBUY MELANIE, « La théorie de la sécession-remède, (remedial secession) : Avatar contemporain du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ? », dans communication au 8^{ème} Congrès français de droit constitutionnel, Nancy, 16-18 juin 2011.
- FÉRAL FRANÇOIS, « La charte du peuple kanak creuset des politiques publiques kanakes », dans *Le peuple Kanak, quel droit ?*, Communication au Séminaire CHERPA, Université d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2014.
- LABEAU PIERRE-CHRISTIAN, « Les droits ancestraux et les droits issus de traités des peuples autochtones : Comment s'y retrouver ? », dans *Droits ancestraux et des peuples autochtones*, XV^{ème} conférence des juristes de l'État, Québec, 2002, pp. 331-343.
- LE MEUR PIERRE-YVES, « Opérateurs miniers, gouvernementalité et politique des ressources à Thio, Nouvelle Calédonie », dans Conférence PSI, Papeete, 2009.
- LEBLIC ISABELLE, « Représentations du foncier en Nouvelle-Calédonie et identité culturelle kanak. Évolution de ces représentations liée à la revendication identitaire et aux processus de développement économique », dans *Perceptions et représentations de l'environnement*, 3^{ème} journée scientifique de la Société d'écologie humaine, Aix-en-Provence, 1991.
- LOMBARD JACQUES, « Allocution du Professeur J. Lombard », dans *Nature et formes de pouvoir dans les sociétés dites acéphales – Exemples camerounais*, Compte-rendu journée scientifique de Yaoundé, ORSTOM, Paris, 1978, pp. 25-26.

- , « Préface », dans *Nature et formes de pouvoir dans les sociétés dites acéphales – Exemples camerounais*, Compte-rendu journée scientifique de Yaoundé, ORSTOM, Paris, 1978, pp. 6-12.
- MANDELSTAM ANDRE, « La protection des minorités », RCADI, La Haye, 1923, pp. 363-519.
- MFOULOU JEAN, « Allocution du Vice-Doyen de la Faculté des Lettres et Sciences Humaines de l'Université de Yaoundé », dans *Nature et formes de pouvoir dans les sociétés dites acéphales – Exemples camerounais*, Compte-rendu journée scientifique de Yaoundé, ORSTOM, Paris, 1978, pp. 23-24.
- MORIN RENE, « La Cour suprême du Canada et la cause autochtone : L'histoire au banc des accusés », Conférence des juristes de l'État, Québec, 2009, pp. 373-400.
- ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *Cycle d'études consacré aux sociétés multinationales*, New-York, publication des Nations Unies, Ljubljana, 1965.
- PACARI NINA, « L'autodétermination dans le contexte d'un État plurinational : L'expérience de l'Équateur », dans *Droit à l'autodétermination des peuples autochtones*, Actes du séminaire Droits et Démocratie, New-York, 2002, pp. 26-30.
- PECH LAURENT, « Les formes de l'État et l'Union européenne : De la confédération à la fédération? », dans Conférence de la Chaire de Recherche du Canada en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie, Montréal, 2002.
- PINON STEPHANE, « Le « nouveau droit constitutionnel » à travers les âges », dans *VII^{ème} Congrès français de droit constitutionnel*, MAVRIAS KOSTAS, MÉLIN-SOUCRAMANIEN FERDINAND (dir.), AFDC, Paris, 2008.
- SAMBO DOROUGH DALEE, « Les peuples autochtones et le droit à l'autodétermination : Un nécessaire rapport d'égalité : Une perspective autonome », dans *Droit à l'autodétermination des peuples autochtones*, Actes du séminaire Droits et Démocratie, New-York, 2002, pp. 49-56.
- SAUVE JEAN-MARC, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », Institut Portalis, Aix-en-Provence, 2017, pp. 1-10.
- TEULIERES-PRESTON MARIE-HELENE, « Tenure marine coutumière en Papouasie Nouvelle-Guinée », dans *Approches autour de culture et nature dans le Pacifique Sud*, Actes du XIII^{ème} colloque CORAIL, Nouméa, 2003, pp. 85-97.
- TORCOL SYLVIE, « La théorie constitutionnelle face aux mutations contemporaines du droit public – ce qu'en disent (pas ?) les manuels en général et la doctrine en particulier », dans *VII^{ème} Congrès français de droit constitutionnel, Atelier n° 2*, MAVRIAS KOSTAS, MÉLIN-SOUCRAMANIEN FERDINAND (dir.), AFDC, Paris, 2008.
- VLADYSLAV GERARD, « L'identité fondée sur le lien à la terre. Les réponses à la revendication foncière kanak en Nouvelle-Calédonie », dans FABERON JEAN-YVES, GAUTIER YVES (dir.), *Identité, nationalité, citoyenneté outre-mer*, Actes de colloque, Papeete, 9-10 novembre 1998, pp. 57-72.

Articles de revue

THEORIE DU DROIT ET PRINCIPES JURIDIQUES

- ALLIOT MICHEL, « Anthropologie et juridique. Sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit », *Bulletin de liaison du LAJP*, n° 6, 1983, pp. 83-117.
- ANCTIL DAVE, « Petites nations et républicanisme », *Horizons philosophiques*, n° 132, 2003, pp. 93-113.
- ARNAUD ANDRE-JEAN, « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques », *Droit et Société*, n° 35, 1997, pp. 11-35.
- BELLEY JEAN-GUY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés*, vol. 18, n° 1, 1986, pp. 11-32.
- BERNATCHEZ STEPHANE, « Droit et justice constitutionnelle de Habermas à Luhmann », *La Revue Canadienne Droit et Société*, vol. 21, n° 2, 2006, pp. 113-141.
- BURDEAU GEORGES, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, vol. 9, n° 1- 2, 1939, pp. 7-55.
- CALVÈS GWENAËLE, « Affirmative Action in French Law », *La Revue Tocqueville*, vol. XIX, n° 2, 1998, pp. 167-177.
- , « Les politiques françaises de discrimination positive : Trois spécificités », *Pouvoirs*, n° 111, 2004, pp. 29-40.
- CHEVALLIER JACQUES, « La régulation juridique en question », *Droit et Société*, n° 49, 2001, pp. 827-846.
- COMBACAU JEAN, « Ouverture : De la régularité à la règle », *Droits*, n° 3, 1986, pp. 3 et s.
- COMBY JOSEPH, « Comment fabriquer la propriété? », *Études foncières*, n° 66, mars 1995, pp. 1-10.
- COYLE MICHAEL, « Les négociations sur la gouvernance autochtone au Canada : Pouvoir, culture et imagination », *Télescope, La gouvernance autochtone*, vol. 15, n° 3, 2009, pp. 14-29.
- DE BÉCHILLON DENYS, « Sur la conception française de la hiérarchie des normes. Anatomie d'une représentation », *RIEJ*, n° 32, 1994, pp. 81-127.
- DEBRAY REGIS, « Êtes-vous démocrate ou républicain? », *Le Nouvel Observateur*, 1995, pp. 115-121.
- DOUENCE JEAN-CLAUDE, « Le statut constitutionnel des collectivités territoriales d'outre-mer », *RFDA*, n° 3, 1992, pp. 462-478.
- ENGLE MERRY SALLY, « Legal Pluralism », *Law & Society Review*, vol. 22, n° 5, 1988, pp. 869-896.

- FABRE MICHEL-HENRY, « L'unité et l'indivisibilité de la République. Réalité ? Fiction ? », *RDP*, 1982, pp. 603-622.
- FAURE BERTRAND, « Les relations paradoxales de l'expérimentation et du principe d'égalité. À propos de la décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004, Loi relative aux libertés et responsabilités locales », *RFDA*, 2004, pp. 1150-1556.
- FAVOREU LOUIS, « Note sous Conseil constitutionnel 91-290 DC du 9 mai 1991 », *RFDC*, juin 1991, pp. 305-316.
- GAUDEMET YVES, « Introduction », *Revue française d'administration publique*, n° 109, 2004, pp. 13-16.
- GÉRARD PHILIPPE, « L'idée de règle de reconnaissance : Valeur, limites et incertitudes », *RIEJ*, vol. 65, n° 2, 2010, pp. 65-83.
- GOHIN OLIVIER, « La citoyenneté dans l'outre-mer français », *RFAP*, n° 101, 2002, pp. 69-82.
- , « La nouvelle décentralisation et la réforme de l'État en France », *AJDA*, n° 11, 2003, pp. 522-528.
- , « L'outre-mer dans la réforme constitutionnelle de la décentralisation », *RFDA*, n° 4, 2003, pp. 678-683.
- , « L'adoption en terme identique du projet de réforme constitutionnelle de la décentralisation », *LPA*, n° 3, 3 janvier 2003, pp. 4-8.
- , « Quand la République marche sur la tête », *AJDA*, n° 15, avril 2007, pp. 800-807.
- GOYARD-FABRE SIMONE, « Le droit, tâche infinie », *Droits*, vol. 11, 1990.
- GRIFFITHS JOHN, « What is Legal Pluralism? », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 32, n° 24, 1986, pp. 1-55.
- GRÜNDLER TATIANA, « La République française, une et indivisible ? », *RDP*, n° 2, 2007, pp. 445-477.
- HABERMAS JÜRGEN, « Au-delà du libéralisme et du républicanisme, la démocratie délibérative », *Raison publique*, n° 1, trad. CHAVEL SOLANGE, 2003, pp. 40-57.
- HALPÉRIN JEAN-LOUIS, « La détermination du champ juridique à la lumière des travaux récents d'histoire du droit », *Droit et société*, vol. 2, n° 81, 2012, pp. 403-423.
- HERVÉ CAROLINE et RODRIGUE JULIE, « La négociation politique : Conciliations et contradictions », *Les Cahiers du CIERA*, n° 3, avril 2009, pp. 3-6.
- ISSALYS PIERRE, « La loi dans le droit : Tradition, critique et transformation », *Les Cahiers du droit*, vol. 33, n° 3, 1992, pp. 665-699.
- LA TORRE MASSIMO, « Le modèle hiérarchique et le Concept de droit de Hart », *Revus*, n° 21, 2013, pp. 117-139.
- LASCOUMES PIERRE et SERVERIN EVELYNE, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et société*, vol. 2, n° 1, 1986, pp. 101-124.

- LE DIVELLEC ARMEL, LEVADE ANNE et PIMENTEL CARLOS MIGUEL, « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles – Avant propos », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27, 2010, pp. 1-6.
- LE GOFF ALICE, « Entretien avec Philip Pettit », *Raisons politiques*, n° 43, 2011, pp. 177-191.
- LE ROY ÉTIENNE, « Justice africaine et oralité juridique », *Bulletin de l'Institut français d'Afrique noire*, vol. XXXVI, Série B, n° 3, 1974, pp. 559-592.
- , « La constellation du nomos, contributions à une anthropologie du Droit en action », *Cahiers d'Anthropologie du Droit 2006, Le droit en action*, 2007.
- LEBOYER OLIVIA, « Républicanisme et libéralisme - Points de rencontre », *Le Philosophoire*, n° 39, 2013, pp. 71-85.
- LEMAIRE FELICIEN, « La question de la libre détermination statutaire des populations d'outre-mer devant le Conseil constitutionnel », *RDP*, 2000, pp. 909-931.
- , « Propos sur la notion de "souveraineté partagée" ou sur l'apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté », *RFDC*, n° 92, 2012, pp. 821-850.
- , « L'outre-mer, l'unité et l'indivisibilité de la République », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 35, février 2012, pp. 95-109.
- LE POURHIET ANNE-MARIE, « Nouvelle-Calédonie : La nouvelle mésaventure du positivisme », *RDP*, n° 4, 1999, pp. 1005-1035.
- LEROY YANN, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, n° 79, 2011, pp. 715-732.
- LEVADE ANNE, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, n° 111, 2004, pp. 55-71.
- LUCHAIRE FRANÇOIS, « Le Conseil constitutionnel et la souveraineté nationale », *RDP*, n° 6, 1991, pp. 1499-1513.
- , « La France d'outre-mer et la République », *RFAP*, n° 123, 2007, pp. 399-408.
- LUHMANN NIKLAS, « Le droit comme système social », *Droit et Société*, vol. 11, n° 1, 1989, pp. 53-67.
- MACDONALD RODERICK A., « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », *RDUS*, vol. 33, 2002, pp. 135-152.
- MACLURE JOCELYN, « La reconnaissance engage-t-elle à l'essentialisme ? », *Philosophiques*, vol. 34, n° 1, 2007, pp. 77-96.
- MAILLE MICHEL, « La critique du droit », *Droit et Société*, n° 20- 21, 1992, pp. 75-92.
- , « Les frontières du droit », *Scientia Juris*, n° 1, 2011, pp. 1-9.
- MICHALON THIERRY, « La République française, une fédération qui s'ignore ? », *RDP*, 1982, pp. 623-688.
- MILLARD ERIC, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et Société*, n° 30-31, 1995, pp. 381-412.

- , « Qu'est-ce qu'une norme juridique? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2007, 6 p.
- MINCKE CHRISTOPHE, « Effets, effectivité, efficience et efficacité en droit : Le pôle réaliste de la validité », *RIEJ*, n° 40, 1998, pp. 115-151.
- PASTOREL JEAN-PAUL, « Le principe d'égalité en outre-mer », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 35, avril 2012, pp. 73-94.
- PONTIER JEAN-MARIE, « La République décentralisée de J.-P. RAFFARIN », *RA*, n° 332, 2003, pp. 187-195.
- RAMBOUR MURIEL, « Les mutations de l'État-nation en Europe. Réflexions sur les concepts de multination et de patriotisme constitutionnel », *État ou nation(s) ?*, *Revue Pôle Sud*, n° 14, 2001, pp. 17-27.
- RIVERO JEAN, « Consensus et légitimité », *Pouvoirs*, n° 5, 1978, pp. 57-64.
- ROUSSEAU DOMINIQUE, « Le droit constitutionnel en débat, le droit constitutionnel européen existe-t-il? », *RDP*, n° 3, 2008, pp. 721-730.
- SARFATI JEAN-JACQUES, « Égalité, demi-leurre et éthique en acte de la gouvernance », *Le Philosophoire*, n° 37, 2012, pp. 55-66.
- SECRETARIAT DE L'OCDE, « Chapitre 1. Orientations stratégiques », *Revue de l'OCDE sur le développement*, vol. 8, n° 8, 2007, pp. 173-181.
- SCHIFF BERMAN PAUL, « Le nouveau pluralisme juridique », *Revue internationale de droit économique*, n° 1, 2013, pp. 229-256.
- SUR SERGE, « Vers une Cour pénale internationale : La Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de sécurité », *RGDIP*, n° 1, 1999, pp. 29-45.
- VANDERLINDEN JACQUES, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *Revue de la Recherche juridique - Droit prospectif*, vol. 18, n° 2, 1993, pp. 573-583.
- VIRALLY MICHEL, « Le phénomène juridique », *RDP*, vol. 82, 1966, pp. 5-64.
- WALZER MICHAEL, « Communauté, citoyenneté et jouissance de droits », *Esprit*, n° 3- 4, 1997, pp. 122-131.

NOUVELLE-CALEDONIE ET SOCIETE KANAKE

- BENSA ALBAN, « Terre kanak : Enjeu politique d'hier et d'aujourd'hui. Esquisse d'un modèle comparatif », *Études rurales*, n° 127-128, 1992, pp. 107-131.
- BLÉRALD ALAIN-PHILIPPE, FORTIER JEAN-CLAUDE et GOLD-DALG HELENE, « L'Outre-Mer 1986 », dans *Annuaire des collectivités locales*, t. VII, 1987, pp. 145-161.
- CHAUCHAT MATHIAS, « Le Principe d'irréversibilité constitutionnelle de l'organisation politique de la Nouvelle-Calédonie », *Politéia*, n° 20, 2011, pp. 49-157.

- CHRISTNACHT ALAIN, « Les Accords de Matignon vingt ans après. L'Accord de Nouméa, dix ans plus tard », *Négociations*, vol. 10, n° 2, 8 octobre 2008, pp. 89-103.
- CORNUT ÉTIENNE, « La juridicité de la coutume kanak », *Droit et cultures. Revue internationale interdisciplinaire*, n° 60, 2010, pp. 151-175.
- DAVID CARINE, « Lois du pays et question prioritaire de constitutionnalité. Vers un renforcement de l'État de droit en Nouvelle-Calédonie », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 2, n° 98, 2014, pp. 317-344.
- DEL RIO GERARD, « Les Kanaks à l'heure de la "nouvelle politique indigène" », *Mwà Vée*, n° 57, p. 45.
- DEMMER CHRISTINE, « Autochtonie, nickel, environnement : Une nouvelle stratégie kanak », *Vacarme*, n° 39, 2007, pp. 43-48.
- FABERON JEAN-YVES, « La nouvelle donne institutionnelle en Nouvelle-Calédonie », *RFDC*, n° 38, 1999, pp. 345-370.
- , « La Nouvelle-Calédonie : Vivre l'accord de Nouméa », *Revue française d'administration publique*, n° 101, 2002, pp. 39-57.
- FÉRAL FRANÇOIS, « Quelques éléments de doctrine autochtoniste sur les institutions de Nouvelle-Calédonie », *Quelques aspects des droits du peuple autochtone en Nouvelle-Calédonie, Revue Juridique, Politique et Economique de Nouvelle-Calédonie*, n° 18, février 2011, pp. 10-19.
- FREZET PIERRE, « Chronique d'un jugement qui ne sera jamais rendu », *Droit et Cultures. Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire*, vol. 51, 2006, pp. 233-241.
- GARDE FRANÇOIS, « Le préambule de l'accord de Nouméa, prologue d'une histoire officielle ? », *RFDC*, vol. 4, n° 64, 2005, pp. 805-811.
- GOESEL-LE BIHAN VALERIE, « La Nouvelle-Calédonie et l'accord de Nouméa, un processus inédit de décolonisation », *Annuaire français de droit international*, vol. 44, n° 1, 1998, pp. 24-75.
- GRAFF STEPHANIE, « Quand combat et revendication kanak ou politique de l'État français manient indépendance, décolonisation, autodétermination et autochtonie en Nouvelle-Calédonie », *Le Journal de la Société des Océanistes*, n° 134, 2012, pp. 61-83.
- GRAILLE CAROLINE, « Coutume et changement social en Nouvelle-Calédonie », *Le Journal de la Société des Océanistes*, vol. 109, n° 2, 1999, pp. 97-119.
- I.R.D., « Ciguatera : Les remèdes traditionnels sources d'antidotes », *Actualité scientifique*, n° 338, 2010, p. 2.
- JAFFRÉ TANGUY, MORAT PHILIPPE et VEILLON JEAN-MARIE, « Dossier Nouvelle-Calédonie. La Flore. Caractéristiques et composition floristique des principales formations végétales », *Bois et forêts des tropiques*, n° 242, 1994, pp. 7-30.
- LAFARGUE REGIS, « Le préjudice civilisationnel pour atteinte à l'environnement. Droit au cadre naturel et réalités socioculturelles : Interdépendances et interdisciplinarité », *Droit et société*, n° 74, 2010, pp. 151-169.

- LE MEUR PIERRE-YVES, « Politique et savoirs fonciers en Nouvelle-Calédonie : Retour sur une expérience d'anthropologie appliquée », *Le Journal de la Société des Océanistes*, n° 132, 30 juin 2011, pp. 93-108.
- LEBLIC ISABELLE, « Les clans pêcheurs en Nouvelle-Calédonie. Le cas de l'île des Pins », *Cahiers des sciences humaines*, n° 25, 1989, pp. 109-123.
- , « Chronologie de la Nouvelle-Calédonie », *Le Journal de la Société des Océanistes*, n° 117, 1 décembre 2003, pp. 299-312.
- MANDAOUÉ GEORGES, « Coutume et environnement : de l'appréhension à la participation », *RJE*, vol. 32, n° 1, 2007, pp. 45-48.
- MOHAMED-GAILLARD SARAH, « De la prise de possession à l'accord de Nouméa : 150 ans de liens institutionnels et politiques entre la France et la Nouvelle-Calédonie », *Le Journal de la Société des Océanistes*, n° 117, 1 décembre 2003, pp. 171-186.
- NAEPELS MICHEL, « Réforme foncière et propriété en Nouvelle-Calédonie. L'exemple de la région de Houailou », *Études rurales*, n° 177, 2006, pp. 43-54.
- NAISSELINE NIDOÏSH, « Habiter le monde », *Survival*, n° 48, 2003, pp. 11-13.
- PÈRE APPOLINAIRE, « L'insurrection des Néo-calédoniens de 1878 et la personnalité du grand chef Atai », dans *JSO*, Tome 25, n° 69, 1969, pp. 201-209.
- PIPITE JEAN, « Droit d'accueil et droit de l'endroit en pays kanak », *Le Journal de la Société des Océanistes*, vol. 117, 2003, pp. 203-212.
- ROUX JEAN-CLAUDE, « Un exemple de migration-enracinement dans le Pacifique Sud : La communauté wallisienne et futunienne de Nouvelle-Calédonie », *Cahiers ORSTOM, série sciences humaines*, vol. XXI, n° 4, 1985, pp. 461-480.
- SAND CHRISTOPHE, BOLE JACQUES et OUETCHO ANDRE JOHN, « Les aléas de la construction identitaire multi-ethnique en Nouvelle-Calédonie : Quel passé pour un avenir commun ? », *Le Journal de la Société des Océanistes*, n° 117, 1 décembre 2003, pp. 147-169.
- SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, « Jusqu'où le droit français n'est pas encore allé ? », *La Parole - Journal d'informations du Sénat coutumier*, n° 18, août 2013, p. 5.
- TJIBAOU JEAN-MARIE, « Recherche d'identité mélanésienne et société traditionnelle », *Le Journal de la Société des Océanistes*, n° 53, 1976, pp. 281-292.
- , « Entretien avec Jean-Marie Tjibaou », *Les temps modernes*, n° 464, mars 1985, pp. 1587-1601.
- TRÉPIED BENOIT, « Recherche et décolonisation en Nouvelle-Calédonie contemporaine : Lectures croisées », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, n° 24, janvier 2011, pp. 159-187.
- WEMA LUC, « Allocution du Président », *La Parole, Journal d'information du Sénat coutumier*, n° 18, août 2013, p. 2.

XOZAME THIERRY et VOGEL JEAN-PIERRE, « Le juge administratif face à la coutume kanake », *AJDA*, vol. 28, 2006, pp. 1561-1563.

HISTOIRE DE LA COLONISATION, AUTOCHTONIE ET AUTODETERMINATION

A. DAES ERICA-IRÈNE, « Some Considerations on the Right of Indigenous Peoples to SelfDetermination », *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 3, n° 1, 1993, pp. 1-17.

AUREY XAVIER, « Déclaration universelle des Droits de l'homme et conflits armés : De la fragmentation à la complexité », *CRDF*, n° 7, 2009, pp. 49-62.

BELKACEMI NASSIRA, « Les peuples autochtones : populations ou peuples ? », *Les autochtones de l'outre-mer français, Droit et Cultures, Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire*, l'Harmattan, n° 37, janvier 1999, pp. 25-52.

BELLIER IRENE, « Identité globalisée et droits collectifs : Les enjeux des peuples autochtones dans la constellation onusienne », *Autrepart*, n° 38, 2006, pp. 99-118.

———, « Retour sur la négociation de la Déclaration des Droits des Peuples Autochtones : Reconnaître le principe d'égalité pour avancer vers des interprétations pragmatiques », *Cahiers d'Anthropologie du Droit*, 2012 2011, pp. 73-96.

———, « Les peuples autochtones aux Nations unies : Un nouvel acteur dans la fabrique des normes internationales », *Critique internationale*, n° 54, 24 février 2012, pp. 61-80.

BERGEL PIERRE, « Appropriation de l'espace et propriété du sol. L'apport du droit immobilier à une étude de géographie sociale », *Noroi. Environnement, aménagement, société*, n° 195, 2005, pp. 17-27.

BOYER ALAIN, « Les autochtones français, populations, peuples ? Les données constitutionnelles », *Les autochtones de l'Outre-mer français, Droit et Cultures, Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire*, l'Harmattan, n° 37, janvier 1999, pp. 115-139.

CHAILLEY-BERT JOSEPH, « La politique de colonisation en Allemagne. Conférence faite à Berlin le 10/04/1904 », *Quinzaine coloniale*, 1904, pp. 241-246.

CHAVE-DARTOEN SOPHIE, « Le paradoxe wallisien : Une royauté dans la République », *Ethnologie française*, vol. 32, 2002, pp. 637-645.

COURCHESNE GUYANNE, « Interprétation excessive ou crainte fondée : Pourquoi le gouvernement canadien rejette la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones », *Revue générale de droit*, vol. 40, n° 1, 2010, pp. 97-144.

CRAWHALL NIGEL, « Africa and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », *The International journal of Human Rights*, vol. 15, n° 1, 2011, pp. 11-36.

CHRISTAKIS THÉODORE, « La sécession : Une question de simple fait ? », *Working Papers of the European Society for International Law*, 2008, pp. 1-15.

- DESMARAIS FREDERIC, « Le consentement préalable, libre et éclairé des peuples autochtones en droit international : La nécessaire redéfinition de son cadre conceptuel », *Revue québécoise de droit international*, n° 19, 2006, pp. 161-210.
- DETIENNE MARCEL, « Des métamorphoses de l'autochtonie au temps de l'identité nationale », *Cités*, n° 37, janvier 2009, pp. 147-153.
- DOUSSET ROSELENE, « L'implantation coloniale en Nouvelle-Calédonie de la prise de possession à la grande insurrection 1853-1878 », *Revue française d'histoire d'outre-mer*, vol. 56, n° 204, 1969, pp. 288-316.
- ÉMOND ANDRE, « Une synthèse du droit des Autochtones : À propos d'un ouvrage de Sébastien Grammond », *Les Cahiers du droit*, vol. 44, n° 3, 2003, pp. 539-550.
- FAIVRE JEAN-PAUL, « Le ralliement à la France Libre des colonies du Pacifique », *JSO*, vol. 1, 1945, pp. 67-80.
- FILOCHE GEOFFROY, « Les Amérindiens de Guyane française, de reconnaissances disparates en bricolages juridiques. L'exemple des Kali'na d'Awala-Yalimapo », *Journal de la Société des Américanistes*, vol. 97, n° 2, 2011, pp. 343-368.
- FLORY MAURICE, « L'avis de la Cour internationale de Justice sur le Sahara occidental », *Annuaire français de droit international*, vol. 21, 1975, pp. 253-277.
- GARDE FRANÇOIS, « Les autochtones et la République », *RFDA*, n° 1, 1999, pp. 1-13.
- GESLIN ALBANE, « La protection internationale des peuples autochtones : De la reconnaissance d'une identité transnationale autochtone et l'interculturalité normative », *Annuaire français de droit international*, 2010, pp. 658-687.
- GRINGAS DENIS, « L'autodétermination des peuples comme principe juridique », *Laval théologique et philosophique*, vol. 53, n° 2, juin 1997, pp. 365-375.
- HANNUM HURST, « New Developments in Indigenous Rights », *Virginia Journal of International Law*, vol. 28, pp. 649-678.
- HELLY DENISE, « Minorités ethniques et nationales : Les débats sur le pluralisme culturel », *L'Année sociologique*, vol. 52, 2002, pp. 147-181.
- KOUBI GENEVIEVE, « Sur les méfaits de la colonisation », *Cités*, n° 36, 2008, pp. 63-76.
- KOUBI GENEVIEVE et SCHULTE-TENCKHOFF ISABELLE, « "Peuple autochtone" et "minorité" dans les discours juridiques : Imbrications et dissociations », *RIEJ*, n° 45, 2000, pp. 1-26.
- LABEAU PIERRE - CHRISTIAN, « Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : Son application aux peuples autochtones », *Les Cahiers du droit*, vol. 37, n° 2, 1996, pp. 507-542.
- LEGROS DOMINIQUE et BELLIER IRENE, « Mondialisation et redéploiement des pratiques politiques amérindiennes : Esquisses théoriques », *Recherches Amérindiennes au Québec*, vol. XXXI, n° 3, 2001, pp. 3-11.

- MARLIN BORIS, « L'engagement des Etats à travers la résolution 61/295 portant Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones », *Revue québécoise de droit international*, vol. 21, janvier 2008, pp. 211-242.
- MERLE ISABELLE, « La construction d'un droit foncier colonial. De la propriété collective à la constitution des réserves en Nouvelle-Calédonie », *Enquête. Archives de la revue Enquête*, n° 7, 1 novembre 1999, pp. 97-126.
- , « De la "légalisation" de la violence en contexte colonial. Le régime de l'indigénat en question », *Politix*, vol. 17, n° 66, février 2004, pp. 137-162.
- , « La Nouvelle-Calédonie, terre d'expériences coloniales », *Hermès, La Revue*, n° 65, 2 novembre 2013, pp. 50-51.
- MEUNIER ROGER, « Leclerc, Gérard. – Anthropologie et colonialisme. Essai sur l'histoire de l'africanisme, Compte rendu », *Cahiers d'études africaines, Le problème de la domination étatique au Rwanda. Histoire et économie*, vol. 14, n° 53, 1974, p. 200.
- MORIN FRANÇOISE, « De l'ethnie à l'autochtonie. Stratégies politiques amérindiennes », *Caravelle*, vol. 63, n° 1, 1994, pp. 161-173.
- OTIS GHISLAIN, « L'autonomie personnelle au coeur des droits ancestraux : Sub qua lege vivis? », *Revue de droit de McGill*, vol. 52, 2007, pp. 657-679.
- OTIS GHISLAIN et LAURENT AURELIE, « Le défi des revendications foncières autochtones : La Cour européenne des droits de l'Homme sur la voie de la décolonisation de la propriété? », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, n° 89, 2011, pp. 43-70.
- REYNAUD-PALIGOT CAROLE, « Usages coloniaux des représentations raciales (1880-1930) », *Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique*, n° 99, 1 avril 2006, pp. 103-110.
- SARRAUT ALBERT, « La politique coloniale de la France », *Bulletin du Comité de l'Afrique française et du Comité du Maroc*, n° 5, 1923, pp. 247-255.

DROIT CANADIEN

- CAPITAINE BRIEG et MARTIN THIBAUT, « La Déclaration des nations Unies sur les droits des peuples autochtones : Le dilemme canadien face à la reconnaissance du "sujet" autochtone », *Études canadiennes*, n° 69, 2010, pp. 139-153.
- CHAREST PAUL, « Qui a peur des Innus ? Réflexions sur les débats au sujet du projet d'entente de principe entre les Innus de Mashteuiatsh, Essipit, Betsiamites et Nutashkuan et les gouvernements du Québec et du Canada », *Anthropologie et Sociétés*, vol. 7, n° 2, 2003, pp. 185-206.
- COYLE MICHAEL, « Les négociations sur la gouvernance autochtone au Canada : Pouvoir, culture et imagination », *Télescope, La gouvernance autochtone*, vol. 15, n° 3, 2009, pp. 14-29.

- GELINAS FABIEN, « La doctrine des immunités interjuridictionnelles dans le partage des compétences : Éléments de systématisation », *La Revue juridique Thémis*, vol. 28, n° 2-3, 1993, pp. 509-531.
- GENTELET KARINE, FARGET DORIS et CAMPBELLE-DURUFLE CHRISTOPHER, « Le Canada et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones : Valeur et pertinence », *Nouvelles pratiques sociales*, vol. 23, n° 1, 2010, pp. 130-136.
- GRAMMOND SEBASTIEN, « La gouvernance territoriale au Québec entre régionalisation et participation des peuples autochtones », *Revue canadienne de science politique*, vol. 42, n° 4, 2009, pp. 939-956.
- HOUDE MARIE et OTIS GHISLAIN, « Les logiques de la rationalité juridique et le processus de la preuve dans les contentieux des droits des peuples autochtones. Le cas des récits oraux », *Revue générale de droit*, vol. 41, 2011, pp. 7-46.
- HUPPÉ LUC, « L'établissement de la souveraineté européenne au Canada », *Les Cahiers de droit*, vol. 50, n° 1, mars 2009, pp. 153-206.
- LEYDET DOMINIQUE, « Autochtones et non-autochtones dans la négociation de nouveaux traités : Enjeux et problèmes d'une politique de la reconnaissance », *Négociations*, n° 8, 2007, pp. 55-71.
- L. STEVENSON MARK, « Visions de certitude : Question d'hypothèses », dans *Parlons franchement à propos des traités*, Commission du droit du Canada / British Columbia treaty commission, Ottawa, 2001, pp. 123-146.
- MOTARD GENEVIEVE, « Des compétences législatives personnelles en matière d'activité de chasse, de pêche et de piégeage dans les ententes de revendications territoriales : Les limites de la cogestion », *Revue de droit de McGill*, vol. 61, n° 4, 2016, pp. 907-938.
- OPALKA KATIA, « Décision de la Cour Suprême dans Tsilhqot'in : Le titre ancestral et la common law », *Le droit de savoir – Droit autochtones*, juillet 2014, pp. 1-4.
- OTIS GHISLAIN, « Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada », *Revue de droit de McGill*, vol. 49, 2004, pp. 393-417.
- , « Le Québec sur la voie d'un traité post-colonial avec les Innus? », dans *Québec 2004*, Fides, Montréal, 2003, pp. 773-782.
- , « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte canadienne ? », *Revue de droit d'Ottawa*, vol. 36, 2005, pp. 207-257.
- , « Le titre aborigène : Émergence d'une figure durable du foncier autochtone? », *Les Cahiers du droit*, vol. 46, n° 4, 2005, pp. 795-845.
- , « Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone », *Les Cahiers de droit*, vol. 47, n° 4, 2006, pp. 781-814.
- , « La place des cultures juridiques et des langues autochtones dans les traités d'autonomie gouvernementale au Canada », *Revue de droit de McGill*, vol. 54, 2009, pp. 237-256.

- , « Les réparations pour violation des droits fonciers des peuples autochtones : Leçons de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *Recherches Amérindiennes au Québec*, vol. XXXIX, n° 1-2, 2009, pp. 99-108.
- , « Rencontre des cultures juridiques dans la toundra subarctique : Vers une nouvelle gouvernance foncière au Nunatsiavut », *Télescope*, vol. 15, n° 3, automne 2009, pp. 108-115.
- , « Coutume autochtone et gouvernance environnementale dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme », *Journal of Environmental Law and Practice*, 2010, pp. 233-254.
- , « L'autonomie gouvernementale autochtone et l'option de loi en matière de statut personnel », *Les Cahiers de droit*, vol. 55, n° 3, 2014, pp. 583-618.
- OTIS GHISLAIN et ÉMOND ANDRE, « L'identité autochtone dans les traités contemporains : De l'extinction à l'affirmation du titre ancestral », *Revue de droit de McGill*, vol. 41, 1996, pp. 543-570.
- OTIS GHISLAIN et LAURENT AURELIE, « Un exemple de dialogue transjudiciaire dans les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme : La question foncière autochtone », *Chroniques de la gouvernance*, 2012, pp. 265-275.
- OTIS GHISLAIN et MOTARD GENEVIEVE, « De Westphalie à Waswanipi : La personnalité des lois dans la gouvernance crie », *Les Cahiers du droit*, vol. 50, n° 1, 2009, pp. 121-152.
- SCHULTE-TENCKHOFF ISABELLE, « Du déjà-vu en Colombie-Britannique. L'affaire Delgamuukw et la controverse du potlatch », *Recherches Amérindiennes au Québec*, vol. XXIX, n° 3, 1999, pp. 41-51.
- SCOFFONI GUY, PHILIPPE XAVIER, WOEHLING JOSE et ANNOUSSAMY DAVID, « Droit constitutionnel étranger. L'actualité constitutionnelle dans les pays de common law et de droit mixte (janvier-décembre 2003) : Afrique du Sud, Canada, Inde », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 62, 2005, pp. 393-424.
- ST-HILAIRE MAXIME, « La proposition d'entente de principe avec les Innus : Vers une nouvelle génération de traités ? », *Les Cahiers de Droit*, vol. 44, n° 3, 2003, pp. 395-426.
- , « Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique : Bonne décision, mauvaises raisons », *Revue générale de droit*, vol. 44, n° 2, 2014, pp. 445-504.

Articles internet

THEORIE DU DROIT ET PRINCIPES JURIDIQUES

- ARBOS XAVIER, « Notes sur la crise de la régulation étatique », 1991, En ligne : [<www.icps.cat/archivos/WorkingPapers/WP_I_39.pdf?noga=1>](http://www.icps.cat/archivos/WorkingPapers/WP_I_39.pdf?noga=1)
- DENQUIN JEAN-MARIE, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus politicum*, 2008, En ligne : [<http://juspolicum.com/article/Situation-presente-du-constitutionnalisme-Quelques-reflexions-sur-l-idee-de-democratie-par-le-droit-25.html>](http://juspolicum.com/article/Situation-presente-du-constitutionnalisme-Quelques-reflexions-sur-l-idee-de-democratie-par-le-droit-25.html)
- DURKHEIM EMILE, « Les règles de la méthode sociologique », 1894, En ligne : [<http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/regles_methode/durkheim_regles_methode.pdf>](http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/regles_methode/durkheim_regles_methode.pdf)
- EBERHARD CHRISTOPH et CALAME PIERRE, « Mise en débat du droit et de la gouvernance dans une perspective interculturelle », 2005, En ligne : [<www.institutgouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-60.html>](http://www.institutgouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-60.html)
- GÉRARD DAMIEN M. B., « Ordre juridique, autonomie et dépendance – Une introduction », *Les Cahiers du CeDIE*, n° 7, 2012, En ligne : [<https://cdn.uclouvain.be/public/Exports%20reddot/ssh-cdie/documents/2012-7-D_Gerard.pdf>](https://cdn.uclouvain.be/public/Exports%20reddot/ssh-cdie/documents/2012-7-D_Gerard.pdf)
- LANGLOIS DENIS, « À propos du droit de propriété. Les constitutions de la Bolivie et de l'Équateur : une source d'inspiration », 2010, En ligne : https://www.academia.edu/12333177/A_propos_du_droit_de_propri%C3%A9t%C3%A9_Les_constitutions_de_Bolivie_et_d%C3%89quateur_une_source_dinspiration
- MAULIN ÉRIC, « Les statistiques ethniques et le mythe de la conception républicaine de l'égalité – L'observatoire des politiques économiques en Europe », En ligne : [<http://opee.unistra.fr/spip.php?article2>](http://opee.unistra.fr/spip.php?article2)
- MELKEVIK BJARNE, « Le droit cosmopolitique : La reformulation habermasienne », 1998, En ligne : [<http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/mel2.htm>](http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/mel2.htm)
- O.N.U., « Histoire de la rédaction de la Déclaration universelle des droits de l'Homme », En ligne : [<http://www.un.org/fr/documents/udhr/history.shtml>](http://www.un.org/fr/documents/udhr/history.shtml)
- , « Histoire des Nations Unies – La Charte de l'Atlantique », En ligne : [<http://www.un.org/fr/aboutun/history/atlantic_charter.shtml>](http://www.un.org/fr/aboutun/history/atlantic_charter.shtml)
- POLICAR ALAIN, « Citoyenneté libérale et citoyenneté républicaine : Une tentative de conciliation », <http://institut.fsu.fr/Citoyennete-liberale-et.html>
- RENAUT ALAIN, « Républicanisme ou libéralisme », 2006, En ligne : [<http://philosophie.ac-amiens.fr/sites/philosophie.ac-amiens.fr/IMG/pdf/Renaut_republicanisme_2006.pdf>](http://philosophie.ac-amiens.fr/sites/philosophie.ac-amiens.fr/IMG/pdf/Renaut_republicanisme_2006.pdf)

- SANA SANDRINE, « Commentaire de la décision de la Cour de Cassation », 2011, En ligne : <<http://larje.univ-nc.nc>>
- SPITZ JEAN-FABIEN, « Le républicanisme, une troisième voie entre libéralisme et communautarisme », 1995, En ligne : <<http://www.revue-lebanquet.com/le-republicanisme-une-troisieme-voie-entre-liberalisme-et-communautarisme/>>
- VIROLI MAURIZIO, « Républicanisme, libéralisme et communautarisme », *Klesis - Revue philosophique*, 2011, En ligne : <<http://www.revue-klesis.org/pdf/Varia01ViroliRepublicanisme.pdf>>

HISTOIRE DE LA COLONISATION, AUTODETERMINATION ET AUTOCHTONIE

- BELLIER IRENE, « La performativité de la Déclaration des droits des peuples autochtones », En ligne : <<http://revues.mshparisnord.org/cultureskairos/index.php?id=960>>
- BOIRIN-FARGUES ZOE - GITPA, « Peuple Nama de Richtersveld vs Afrique du Sud. Synthèse », juin 2014, En ligne : <<https://gitpa.org/Autochtone%20GITPA%20300/GITPA300-153%20ACCES%20%20JUSTICE%20RICHTERSVELD.htm>>
- BOUQUET-ELKAÏM JEROME, « Le droit des peuples autochtones à la terre : de la reconnaissance au règlement des conflits d'usage - Etudes de cas autour de l'exploitation du nickel calédonien », 2009, En ligne : <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/hal-00664866/document>>
- COLLETTE-LÉVÊQUE MARLENE, « Droit constitutionnel et droits des peuples autochtones : compatibilités et antinomies », En ligne : <<http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes7/collette-leveque.pdf>>
- G.I.T.P.A., « Qui sont les peuples autochtones? », En ligne : <<http://www.gitpa.org/Autochtone%20Frame%20.htm>>
- GOURINTIN ARMELLE, « Adoption de la Déclaration américaine des droits des peuples autochtones le 15 juin 2016 : Enjeux, tensions et contenu dans un contexte mondial et régional », En ligne : <<http://www.sentinelle-droit-international.fr/?q=content/adoption-de-la-d%C3%A9claration-am%C3%A9ricaine-des-droits-des-peuples-autochtones-le-15-juin-2016>>
- HENRIKSEN JOHN B., « La mise en oeuvre du droit à l'autodétermination des peuples autochtones », *GITPA*, En ligne : <<http://www.gitpa.org/Autochtone%20GITPA%20300/gitpa%20300-2-1%20autodetermination%20Henriksen.htm>>
- MACLURE JOCELYN, « Définir les droits constitutionnels des peuples autochtones. La « nouvelle » approche du Québec », *Ethique publique*, 2005, En ligne : <https://ethiquepublique.revues.org/1995#quotation>
- MERLE ISABELLE, « La Nouvelle-Calédonie, 1853-1920. Naissance d'une société coloniale », *Les Cahiers du Centre de Recherches Historiques. Archives*, 10 octobre 1993, En ligne : <<http://ccrh.revues.org/2762>>

O.N.U., « Le Comité pour l'Élimination de la discrimination raciale examine le rapport de la France », avril 2015, En ligne : <http://www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15904&LangID=F>

VESTUR HELENE, « Note sur les zones de droits d'usage collectifs », 2010, En ligne : <https://www.blada.com/data/File/2012pdf/conseiletat161112.pdf>

NOUVELLE-CALEDONIE ET SOCIETE KANAKE

CHABROT CHRISTOPHE, colloque *Les 10 ans du Sénat coutumier*, Université de Nouvelle-Calédonie, jeudi 20 août 2009, « Une deuxième chambre pour quoi faire ? », En ligne : https://www.researchgate.net/publication/280131248_Une_deuxieme_chambre_pour_quoi_faire, 8 pages.

CHAUCHAT MATHIAS, « La citoyenneté calédonienne », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, février 2008, En ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-23/la-citoyennete-caledonienne.51809.html>

———, « Le Sénat coutumier, une institution qui a 10 ans », 2009, En ligne : <http://larje.univ-nc.nc>, 7 pages.

CONGRES DE NOUVELLE-CALEDONIE, « Nos élus », En ligne : http://www.congres.nc/wp-content/uploads/2015/01/CONGRES-Fiches_A4-WEB.pdf

CORNUT ÉTIENNE, « De quelques limites d'une lecture positiviste du statut coutumier kanak », 2 septembre 2008, En ligne : http://larje.univ-nc.nc/images/stories/etienne_cornut_statut_civil_coutumier_kanak.pdf

———, « L'expulsion coutumière et le juge pénal », août 2009, En ligne : http://larje.univ-nc.nc/index.php?option=com_content&view=article&id=140:lexpulsion-coutumiere-et-le-juge-penal&catid=15&Itemid=46

FÉRAL FRANÇOIS, « Note relative à la réforme du statut des autorités kanakes après la proclamation de la Charte du Peuple Kanak », 2014, En ligne : https://www.academia.edu/8332143/Note_relative_a_la_reforme_des_actes_coutumiers_des_autorites_kanakes

———, « À propos de la sanction de l'ingérence de l'exécutif calédonien dans les attributions du sénat coutumier par le juge administratif », décembre 2015, En ligne : https://www.academia.edu/19584708/A_propos_de_la_sanction_de_l_ing%C3%A9rence_de_l_ex%C3%A9cutif_cal%C3%A9donien_dans_les_attributions_du_s%C3%A9nat_coutumier_par_le_juge_administratif

———, « L'adoption de la Charte du peuple Kanak de Nouvelle-Calédonie. Les prémices d'un pluralisme juridique : Origine, fondements et perspectives des droits autochtones du peuple kanak », En ligne : https://www.academia.edu/6921583/Ladoption_de_la_Charte_du_peuple_Kanak_de_Nouvelle-Cal%C3%A9donie

- JOST CHRISTIAN, « Contraintes et enjeux de développement de la Nouvelle-Calédonie. Quel schéma d'aménagement et de développement à l'horizon 2025? », *Écho Géo*, 2010, En ligne : <URL : <http://echogeo.revues.org/11612>>
- LECONTE NICOLAS, « Organiser la coexistence de la coutume kanak et d'un droit franco-calédonien », En ligne : https://www.academia.edu/5688319/Organiser_la_coexistence_de_la_coutume_kanak_et_dun_droit_franco-cal%C3%A9donien_Nicolas_Leconte
- SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, « Les politiques publiques kanak », En ligne : <<http://www.senat-coutumier.nc/le-senat-coutumier/les-politiques-publiques-kanak>>
- TRÉPIED BENOIT, « Les enjeux de l'alternative politique kanak », 2011, En ligne : <<http://www.sogip.ehess.fr/spip.php?rubrique48>>
- , « Une nouvelle question indigène outre-mer ? – La Vie des idées », En ligne : <<http://www.laviedesidees.fr/Une-nouvelle-question-indigene.html>>

STATISTIQUES

- I.S.E.E. NOUVELLE-CALEDONIE, « Evolution de la population selon la communauté d'appartenance et la province de résidence », En ligne : <<http://www.isee.nc/population/recensement/communautes>>
- , « Naissances, mariages et décès de personnes se statut coutumier », En ligne : <<http://www.isee.nc/societe/societe-kanak/organisation-sociale>> (consulté le 16 juillet 2014)
- , « Recensement de la population. Population des provinces selon la communauté d'appartenance, aux différents recensements », En ligne : <<http://www.isee.nc/population/recensement/communautes>>
- , « Taux de pauvreté, Enquête Budget Consommation des Ménages (BCM), 2008 », En ligne : <<http://www.isee.nc/emploi-revenus/revenus-salaires/inegalites-pauvrete-revenus-sociaux>>
- , « Terres coutumières », En ligne : <<http://www.isee.nc/societe/societe-kanak/organisation-sociale>>
- RIVOILAN PASCAL et BROUSTET DAVID, « Recensement de la population 2009 », En ligne : <<http://www.isee.nc/population/recensement/communautes>>

FISCALITE

- PROJET DE LOI DE FINANCES 2011 – MINISTERE DE L'AGRICULTURE. JUSTIFICATION AU PREMIER EURO, En ligne : <http://www.performance-publique.budget.gouv.fr/sites/performance_publique/files/farandole/ressources/2011/pap/html/DBGPGMJPEPGM154.htm>

PROJET DE LOI DE FINANCES 2011 – MINISTERE DE L'OUTRE-MER. JUSTIFICATION AU PREMIER EURO, En ligne : <http://www.performance-publique.budget.gouv.fr/sites/performance_publique/files/farandole/ressources/2011/pap/html/DBGPGMJPEPGM123.htm>

PROJET DE LOI DE FINANCES 2014 – MINISTERE DE L'AGRICULTURE. JUSTIFICATION AU PREMIER EURO, En ligne : <http://www.performance-publique.budget.gouv.fr/sites/performance_publique/files/farandole/ressources/2014/pap/html/DBGPGMJPEPGM154.htm>

PROJET DE LOI DE FINANCES 2014 – MINISTERE DE L'OUTRE-MER. JUSTIFICATION AU PREMIER EURO, En ligne : <http://www.performance-publique.budget.gouv.fr/sites/performance_publique/files/farandole/ressources/2014/pap/html/DBGPGMJPEPGM123.htm>

PROJET DE LOI DE FINANCES 2015 – MINISTERE DE L'AGRICULTURE. JUSTIFICATION AU PREMIER EURO, En ligne : <http://www.performance-publique.budget.gouv.fr/sites/performance_publique/files/farandole/ressources/2015/pap/html/DBGPGMJPEPGM154.htm>

PROJET DE LOI DE FINANCES 2016 – MINISTERE DE L'AGRICULTURE. JUSTIFICATION AU PREMIER EURO, En ligne : <http://www.performance-publique.budget.gouv.fr/sites/performance_publique/files/farandole/ressources/2016/pap/html/DBGPGMJPEPGM154.htm>

PROJET DE LOI DE FINANCES 2016 – MINISTERE DE L'OUTRE-MER. JUSTIFICATION AU PREMIER EURO, En ligne : <http://www.performance-publique.budget.gouv.fr/sites/performance_publique/files/farandole/ressources/2016/pap/html/DBGPGMJPEPGM123.htm>

PROJET DE LOI DE FINANCES 2017 – MINISTERE DE L'AGRICULTURE. JUSTIFICATION AU PREMIER EURO, En ligne : <http://www.performance-publique.budget.gouv.fr/sites/performance_publique/files/farandole/ressources/2017/pap/html/DBGPGMJPEPGM149.htm>

PROJET DE LOI DE FINANCES 2017 – MINISTERE DE L'OUTRE-MER. JUSTIFICATION AU PREMIER EURO, En ligne : <http://www.performance-publique.budget.gouv.fr/sites/performance_publique/files/farandole/ressources/2017/pap/html/DBGPGMJPEPGM123.htm>

SERVICE DE PRESSE DE STEPHANE LE FOLL, « Le budget de l'agriculture en hausse de 700 millions d'euros pour 2017 », En ligne : <<http://agriculture.gouv.fr/le-budget-de-lagriculture-en-hausse-de-700-millions-deuros-pour-2017>>

RAPPORTS CANADIENS

AFFAIRES AUTOCHTONES ET DEVELOPPEMENT DU NORD CANADA, « Faits saillants de l'Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador », En ligne : <<http://www.aadnc-aandc.gc.ca/aiarch/>>

AFFAIRES AUTOCHTONES ET DEVELOPPEMENT DU NORD CANADA, « Note d'information générale sur les politiques relatives à l'autonomie gouvernementale et aux revendications territoriales globales du Canada et sur l'état actuel des négociations », En ligne : <<https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1373385502190/1373385561540>>

AFFAIRES AUTOCHTONES ET DEVELOPPEMENT DU NORD CANADA, « Prospérer-Rapport annuel 2002 sur l'Accord définitif Nisga'a », En ligne : <<http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/>>

AFFAIRES AUTOCHTONES ET DEVELOPPEMENT DU NORD CANADA, « Rapport annuel 2001 sur l'Accord définitif Nisga'a », En ligne : <<http://www.aadnc-aandc.gc.ca>>

GOUVERNEMENT DU NUNATSIAVUT, En ligne : <<http://www.nunatsiavut.com>>

GOUVERNEMENT NISGA'A LISIMS, En ligne : <<http://www.nisgaanation.ca/>>

STATISTIQUE CANADA, « Les peuples autochtones : Feuille d'information du Canada », 2012, En ligne : <<http://www.statcan.gc.ca/pub/89-656-x/89-656-x2015001-fra.htm>>

Normes

DROIT NATIONAL

Constitutions

DECLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN, 1789

CONSTITUTION DU 3 SEPTEMBRE 1791

CONSTITUTION DU 27 OCTOBRE 1946, IV^{ème} République

CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958, J.O.R.F., 5 octobre 1958, p. 9151.

Lois constitutionnelles

LOI CONSTITUTIONNELLE N° 98-610 DU 20 JUILLET 1998 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, adoptée par le Congrès, J.O.R.F., n° 166, 21 juillet 1998, p. 11143.

LOI CONSTITUTIONNELLE N° 2003-276 DU 28 MARS 2003 *relative à l'organisation décentralisée de la République*, J.O.R.F., n° 75, 29 mars 2003, p. 5568.

Lois organiques

LOI ORGANIQUE N° 96-312 DU 12 AVRIL 1996 *portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, J.O.R.F., n° 88 du 13 avril 1996, p. 5695.

LOI ORGANIQUE N° 99-209 DU 19 MARS 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F., n°0068, 21 mars 1999, p. 4197.

LOI ORGANIQUE N° 2004-192 DU 27 FEVRIER 2004 *portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, J.O.R.F., n° 52 du 2 mars 2004, p. 4183.

LOI ORGANIQUE N° 2007-223 DU 21 FEVRIER 2007 *portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*, J.O.R.F., n° 45 du 22 février 2007, p. 3121.

LOI ORGANIQUE N° 2009-969 DU 3 AOUT 2009 *relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte*, J.O.R.F., n° 0180 du 6 août 2009, p. 13095.

LOI ORGANIQUE N° 2010-1486 DU 7 DECEMBRE 2010 *relative au Département de Mayotte*, J.O.R.F., n° 0284 du 8 décembre 2010, p. 21458.

LOI ORGANIQUE N° 2011-883 DU 27 JUILLET 2011 *relative aux collectivités régies par l'article 73 de la Constitution*, JORF, n° 0173 du 28 juillet 2011, p. 12818.

Lois ordinaires

LOI DU 1ER JUILLET 1901 *relative au contrat d'association*, J.O.R.F., 2 juillet 1901, p. 4025.

LOI N° 61-814 DU 29 JUILLET 1961 *conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer*, J.O.R.F., 30 juillet 1961, p. 7019.

LOI N° 63-1246 DU 21 DECEMBRE 1963 *portant organisation des pouvoirs publics en Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F., 22 décembre 1963, p. 11451.

LOI N° 64-696 DU 10 JUILLET 1964 *relative à l'organisation des associations communales et intercommunales de chasse agréées*, J.O.R.F., 11 juillet 1964, p. 6171.

LOI N° 76-1212 DU 24 DECEMBRE 1976 *relative à l'organisation de Mayotte*, J.O.R.F., 28 décembre 1976, p. 7493.

LOI N° 76-1222 DU 28 DECEMBRE 1976 *relative à l'organisation de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, J.O.R.F., 29 décembre 1976, p. 7530.

LOI N° 77-772 DU 12 JUILLET 1977 *relative à l'organisation de la Polynésie française*, J.O.R.F., 13 juillet 1977, p. 3703.

LOI N° 84-820 DU 6 SEPTEMBRE 1984 *portant statut du territoire de la Polynésie française*, J.O.R.F., 7 septembre 1984, p. 2831.

LOI N° 84-821 DU 6 SEPTEMBRE 1984 *portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, J.O.R.F., 7 septembre 1984, p. 2840.

LOI N° 85-892 DU 23 AOUT 1985 *sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F., 24 août 1985, p. 9775.

LOI N° 86-2 DU 3 JANVIER 1986 *relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral*, J.O.R.F., 4 janvier 1986, p. 200.

LOI N° 86-844 DU 17 JUILLET 1986 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F., 19 juillet 1986, p. 8927.

LOI N° 88-82 DU 22 JANVIER 1988 *portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F., 26 janvier 1988, p. 1231.

LOI N° 88-1028 DU 9 NOVEMBRE 1988 *portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998*, J.O.R.F., 10 novembre 1988, p. 14087.

LOI N° 99-210 DU 19 MARS 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F., n° 0068, 21 mars 1999, p. 4226.

LOI N° 2000-1207 DU 13 DECEMBRE 2000 *d'orientation pour l'Outre-mer*, J.O.R.F., n° 0289, 14 décembre 2000, p. 19760.

LOI N° 2001-616 DU 11 JUILLET 2001 *relative à Mayotte*, J.O.R.F., n° 0161, 13 juillet 2001, p. 11199.

LOI N° 2007-224 DU 21 FEVRIER 2007 *portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*, J.O.R.F., n° 45, 22 février 2007, p. 3220.

LOI N° 2010-1487 DU 7 DECEMBRE 2010 *relative au Département de Mayotte*, J.O.R.F., n° 0284, 8 décembre 2010, p. 21459.

LOI N° 2011-884 DU 27 JUILLET 2011 *relative aux collectivités territoriales de Guyane et de Martinique*, J.O.R.F., n° 0173, 28 juillet 2011, p. 12821.

LOI N° 2016-1087 DU 8 AOUT 2016 *pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*, J.O.R.F., n° 0184, 9 août 2016, texte n° 2.

Lois du pays

LOI DU PAYS N° 2001-017 DU 11 JANVIER 2002 *sur le domaine public maritime de la Nouvelle-Calédonie et des provinces*, J.O.N.C., 18 janvier 2002, p. 240.

LOI DU PAYS N°2006-15 DU 15 JANVIER 2007 *relative aux actes coutumiers*, J.O.N.C., 30 janvier 2007, p. 647.

PROPOSITION DE LOI DU PAYS N° 01/2013/SC DU 22 AOUT 2013 *relative à la succession coutumière kanak*, Exposé des motifs, J.O.N.C., 3 décembre 2013, p. 9557.

Accords

ACCORD SUR LA NOUVELLE-CALEDONIE SIGNE A NOUMEA LE 5 MAI 1998, J.O.R.F., n°121, 27 mai 1998, p. 8039.

ACCORDS DE MATIGNON-UDINOT signés le 26 juin 1988.

Ordonnances

ORDONNANCE N° 82-877 DU 15 OCTOBRE 1982 *instituant des assesseurs coutumiers dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie au tribunal civil de première instance et à la cour d'appel*, J.O.R.F., 17 octobre 1982, p. 31067.

ORDONNANCE N°82-880 DU 15 OCTOBRE 1982 *relative à l'aménagement foncier, à l'établissement rural et à la reconnaissance des droits coutumiers sur le sol de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, J.O.N.C., 29 octobre 1982, p. 1637.

ORDONNANCE N°85-1184 DU 13 NOVEMBRE 1985 *relative à l'orientation du développement économique et à l'aménagement du territoire en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, J.O.R.F., 15 novembre 1985, p. 13240.

ORDONNANCE N°85-1185 DU 13 NOVEMBRE 1985 *relative à la réforme foncière en Nouvelle-Calédonie et modifiant l'ordonnance n°82 -880 du 15 octobre 1982*, J.O.R.F., 15 novembre 1985, p. 13244.

Décrets, circulaires et arrêté

- ARRETE N° 2014-3511/GNC DU 2 DECEMBRE 2014 *modifiant l'arrêté n° 2010-279/GNC du 12 janvier 2010 créant et organisant la direction de la gestion et de la réglementation des affaires coutumières de la Nouvelle-Calédonie*, J.O.N.C., 11 décembre 2014, p. 11285.
- CIRCULAIRE DU 18 MARS 2013 *de politique pénale pour la Nouvelle-Calédonie*, B.O.M.J., n° 2013-03, 29 mars 2013.
- DECRET DU 10 MARS 1790 DE L'ASSEMBLEE NATIONALE CONSTITUANTE *qui autorise les colonies à faire connaitre leur vœu sur la constitution, la législation et l'administration qui leur conviennent*.
- DECRET N° 57-312 DU 22 JUILLET 1957 *portant institution d'un conseil de gouvernement et extension des attributions de l'assemblée territoriale dans les établissements français de l'Océanie*, Titre I^{er}, J.O.R.F., 23 juillet 1957, p. 7258.
- DECRET N° 87-287 DU 14 AVRIL 1987 *modifiant le code du domaine de l'État et relatif aux concessions domaniales et autres actes passés par l'État en Guyane en vue de l'exploitation ou de la cession de ses immeubles domaniaux*, J.O.R.F., 16 avril 1997, p. 04316.
- DECRET N° 2000-1001 DU 16 OCTOBRE 2000 *relatif à l'Agence de développement rural et d'aménagement foncier*, J.O.R.F., n° 241, 17 octobre 2000, p. 16480.
- DECRET N° 2007-423 DU 23 MARS 2007 *relatif aux pouvoirs du haut-commissaire de la République, à l'organisation et à l'action des services de l'État en Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F., n° 72, 25 mars 2007, p. 5620, texte n° 36.
- DECRET N° 89-571 DU 16 AOUT 1989 PRIS EN APPLICATION DE L'ARTICLE 94 DE LA LOI N° 88-1028 DU 9 NOVEMBRE 1988 *portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998 et relatif à l'Agence de développement rural et d'aménagement foncier*, J.O.R.F., 18 août 1989, p. 10359.

Délibérations

- DELIBERATION DE L'ASSEMBLEE TERRITORIALE DE LA PROVINCE SUD N° 17-98/APS *créant un comité des installations classées pour la protection de l'environnement dans la Province Sud*, 23 avril 1998, J.O.N.C., 14 mai 1998, p. 1867.
- DELIBERATION DE L'ASSEMBLEE TERRITORIALE N° 14 *relative aux installations classées pour la protection de l'environnement*, 21 juin 1985, J.O.N.C., 16 juillet 1985, p. 942, modifié par délibérations en 1989, 1992, 2001 et 2004.

- DELIBERATION N° 001/CP DU 5 NOVEMBRE 1999 *relative au régime de vacation et à la prise en charge des frais de transports et de mission des membres du sénat coutumier ainsi qu'à la prise en charge des frais de transport et de séjour des membres des conseils coutumiers et relative à l'indemnité de représentation des présidents des conseils coutumiers*, J.O.N.C., 23 novembre 1999, p. 6055.
- DELIBERATION N° 25-2009/APS *relative au code de l'environnement de la province Sud*, 20 mars 2009, J.O.N.C., 9 avril 2009, p. 2590.
- DELIBERATION N° 30-2004/APS *créant un comité de pilotage du site industriel de Goro*, 7 octobre 2004, J.O.N.C., 19 octobre 2004, p. 5916.
- DELIBERATION N° 31-2004/APS *créant un Comité d'information, de concertation et de surveillance sur les impacts environnementaux du site industriel de Goro*, 7 octobre 2004, J.O.N.C., 19 octobre 2004, p. 5917.
- DELIBERATION N° 265 DU 17 JANVIER 2007 *portant création et organisation de l'académie des langues kanak*, J.O.N.C., 30 janvier 2007, p. 672.
- DELIBERATION N° 116 DU 14 MAI 1980 *fixant les modalités d'attribution des terres au titre de la réforme foncière*, J.O.N.C., 2 juin 1980, p. 627.
- DELIBERATION N° 339 DU 13 DECEMBRE 2007 *portant statut particulier du corps des officiers publics coutumiers de la Nouvelle-Calédonie*, J.O.N.C., 25 décembre 2007, p. 8584.

<i>Actes des institutions et autorités coutumières</i>

- ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK, *Charte du Peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak*, adoptée par les chefferies coutumières de Nouvelle-Calédonie le 26 avril 2014.
- CONSEIL COUTUMIER DE L'AIRE AJIE ARHÖ, *Délibération du conseil coutumier de l'aire Ajie Arhö*, n° 1/2010/CCAA, 11 juin 2010.
- CONSEIL COUTUMIER DE L'AIRE AJIE ARHÖ, *Délibération du conseil coutumier de l'aire Ajie Arhö*, n° 1/2015/CCAA, 28 mars 2015, J.O.N.C., 5 mai 2015, p. 3690.
- SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, *Avis relatif au projet de loi du pays sur le domaine public maritime*.
- , *Rapport sur l'état de la situation du peuple kanak – peuple autochtone de la Kanaky- Nouvelle-Calédonie*.
- SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, AVIS DU SENAT COUTUMIER N°08/2008 DU 23 DECEMBRE 2008, *portant sur le projet de loi du pays relatif au code minier de la Nouvelle-Calédonie*.
- SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, AVIS DU SENAT COUTUMIER N° 01/2014 SC DE JANVIER 2014, *relatif au projet de décret fixant la date et les conditions dans lesquelles sera exécuté le recensement général de Nouvelle-Calédonie en 2014*.

- SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, AVIS DU SENAT COUTUMIER N° 03/2014/SC DU 31 JUILLET 2014, *portant sur le projet de délibération relative aux prélèvements d'eau et modifiant le code de l'environnement de la province nord.*
- SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, AVIS DU SENAT COUTUMIER N° 02/2014/SC DU 20 FEVRIER 2015, *portant sur le schéma d'aménagement et de développement de la Nouvelle-Calédonie « NC 2025 ».*
- SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, AVIS DU SENAT COUTUMIER N° 03/2015/SC DU 7 JUILLET 2015, *portant sur le projet de statut des établissements publics d'enseignement de Nouvelle-Calédonie.*
- SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, DELIBERATION N° 16/2011/SC DU 15 NOVEMBRE 2011, *portant sur le rapport d'orientation du sénat coutumier relatif à la problématique foncière en Nouvelle-Calédonie*, J.O.N.C., 16 février 2012, p. 1248.
- SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, DELIBERATION N°17/2011/SC DU 15 NOVEMBRE 2011, *portant sur un cadre de résolutions des conflits en milieu coutumier*, J.O.N.C., 24 janvier 2012, p. 498.
- SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, DELIBERATION CADRE N° 02/2013/SC DU 30 AVRIL 2013, *relatif au (officialisant la mise en route du chantier du) socle commun des valeurs kanak et des principes fondamentaux des droits autochtones coutumiers*, J.O.N.C., 1^{er} août 2013, p. 6119.
- SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, DELIBERATION N° 09/2014/SC DU 4 SEPTEMBRE 2014, *relative à l'approfondissement du pluralisme juridique coopératif applicable en Nouvelle-Calédonie*, J.O.N.C., 9 octobre 2014, p. 9572.
- SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, DELIBERATION N° 11/2014/SC DU 16 SEPTEMBRE 2014, *portant réforme de l'administration des affaires coutumières et inscription des politiques publiques relatives à l'Identité kanak dans les contrats de plan 2015-2019*, J.O.N.C., 16 octobre 2014, p. 9870.
- SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, DELIBERATION N°1 4-2014/SC/ DU 13 NOVEMBRE 2014, *adoptant le projet de Loi du pays relative à la sauvegarde des savoirs traditionnels liés aux expressions de la culture kanak et associés à la biodiversité ainsi qu'au régime d'accès et de partage des avantages*, J.O.N.C., 3 février 2015, p. 1042.
- SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, DELIBERATION N° 07 2015/SC DU 30 JUIN 2015, *portant proposition de loi du pays modifiant la loi du pays n°2006-15 du 15 janvier 2007*, J.O.N.C., 4 août 2015, p. 6831.
- SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, DELIBERATION N°08-2015 SC DU 02 JUILLET 2015, *portant proposition de loi du pays relative aux successions coutumières kanak*, J.O.N.C., 4 août 2015, p. 6851.
- SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, DELIBERATION N°11/2015/SC DU 28 JUILLET 2015, *portant avis relatif aux premiers projets de réglementation du code de l'environnement de la province des Îles*, J.O.N.C., 20 août 2015, p. 7402.

SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, DELIBERATION N°01/2016/SC DU 7 JANVIER 2016, *portant Avis relatif au projet de délibération sur l'avenir de l'école calédonienne*, J.O.N.C., 16 février 2016, p. 1163.

SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, « Socle commun des valeurs kanak. Synthèse finale décembre 2013 », 2013, p. 96.

Questions au gouvernement, compte-rendu et débat

ASSEMBLEE NATIONALE, *Compte rendu intégral. Polynésie française. Discussion d'un projet de loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française et d'un projet de loi complétant la statut de la Polynésie française*, Séance du 1^{er} février 1996, pt. 1 de l'ordre du jour.

CONGRES DE LA NOUVELLE-CALEDONIE, *Questions au gouvernement, Compte-rendu intégral des débats*, 5^{ème} séance, jeudi 23 août 2012, J.O.N.C., 5 novembre 2012, n° 171-C (C.R.).

SENAT FRANÇAIS, *Débats parlementaires. Statut de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, J.O.R.F., 11 juillet 1984, n° 58, p. 2116.

DROIT CANADIEN

Accord définitif Nisga'a, signé le 27 avril 1999 entre la Nation Nisga'a, la province de Colombie-Britannique et le Canada.

Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador, signé le 22 janvier 2005 entre les Inuit du Labrador, la province de Terre-Neuve-et-Labrador et le Canada.

Constitution de la Nation Nisga'a, ratifié en octobre 1998.

Constitution des Inuit du Labrador, 1er décembre 2005.

Entente de Principe d'ordre général entre les Premières nations de Mamuitun et de Nutashkuan et le Gouvernement du Québec et le Gouvernement du Canada, conclue le 31 mars 2004.

Loi constitutionnelle de 1867.

Loi constitutionnelle de 1982.

DROIT DE L'UNION EUROPEENNE ET DROIT EUROPEEN

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Convention européenne des droits de l'homme*, telle qu'amendée par les Protocoles n° 11 et 14, complétée par le Protocole additionnel et les Protocoles n° 4, 6, 7, 12 et 13.

DECLARATION, *Déclaration conjointe du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil, du Parlement européen et de la Commission sur la politique de développement de l'Union européenne* intitulée « Le consensus européen », J.O.U.E., 2006/C46/01, 24 février 2006.

PARLEMENT EUROPEEN, *Résolution sur les mesures internationales nécessaires à une protection effective des peuples indigènes*, A3-0059/94, J.O.C.E., n° C61/60.

RESOLUTION DU CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE DU 30 NOVEMBRE 1998, *relative aux populations autochtones dans le cadre de la coopération au développement de la Communauté des États membres*, 13461/98.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, J.O., n° C 326, 26 octobre 2012, p. 0001.

NORMES INTERNATIONALES

Charte et Pactes

Charte des Nations Unies, signée à San Francisco le 26 juin 1945, entrée en vigueur le 24 octobre 1945.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, entrée en vigueur le 23 mars 1976.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, entrée en vigueur le 3 janvier 1976.

Projet de pacte international relatif aux droits de l'homme et mesures de mise en œuvre : travaux futurs de la Commission des droits de l'homme, Résolution 421 (V), 317^{ème} séance plénière, 4 décembre 1950.

Conventions

CONVENTION (N° 107) RELATIVE AUX POPULATIONS ABORIGENES ET TRIBALES, *Convention concernant la protection et l'intégration des populations autochtones et autres populations tribales et semi-tribales dans les pays indépendants*, OIT, Genève, 40^{ème} session CIT, adoptée le 26 juin 1957, entrée en vigueur le 2 juin 1959.

CONVENTION (N° 169) RELATIVE AUX PEUPLES INDIGENES ET TRIBAUX, *Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, OIT, Genève, 76^{ème} session, adoptée le 27 juin 1989, entrée en vigueur le 5 septembre 1991.

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Résolution 29/46 adoptée le 10 décembre 1984, entrée en vigueur le 26 juin 1987.

Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, Résolution 2106 A (XX), adopté le 21 décembre 1965, entrée en vigueur le 4 janvier 1969.

Convention relative aux droits de l'enfant, Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 44/25, 61^{ème} séance plénière, 20 novembre 1989.

Convention sur la diversité biologique, Rio de Janeiro, 5 juin 1992.

Convention sur les droits et devoirs des États adoptée par la septième conférence internationale américaine, Organisation des États Américains, Montevideo, 26 décembre 1933.

Déclarations et résolutions

Application de la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux, Résolution 41/41A, 92^{ème} séance plénière, 2 décembre 1986.

Déclaration américaine des droits des peuples autochtones, OEA, AG/doc.5537/16, 46^{ème} session ordinaire, 13-15 juin 2016, Saint Domingue, pt. 25 de l'ordre du jour, adoptée le 15 juin 2016.

Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, 1992.

Déclaration de Vienne et Programme d'action, Doc. ONU, A/CONF.157.22, 24 juin 1993.

Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, Résolution 47/135, 18 décembre 1992.

Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Résolution 61/295 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, A/RES/61/295, 107^{ème} séance plénière, 13 septembre 2007.

Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, Résolution 2625 (XXV), (A / 8082), 1883^{ème} séance plénière, 24 octobre 1970.

Déclaration sur le droit au développement, Assemblée générale de l'ONU, 4 décembre 1986.

Déclaration sur le progrès et le développement dans le domaine social, Résolution 2542 (XXIV), Assemblée générale de l'ONU, 11 décembre 1969.

Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples colonisés, Résolution 1514 (XV), 947^{ème} séance plénière, 14 décembre 1960.

Déclaration universelle des Droits de l'Homme, Résolution 217 A (III) adoptée le 10 décembre 1948.

Facteurs dont il convient de tenir compte pour décider si un territoire est, ou n'est pas, un territoire dont les populations ne s'administrent pas encore complètement elles-mêmes, Résolution 742 (VIII), 459^{ème} séance plénière, 27 novembre 1953.

Insertion dans le Pacte ou les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme d'un article sur le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, Résolution 545 (VI), 375^{ème} séance plénière, 5 février 1952.

Principes qui doivent guider les États Membres pour déterminer si l'obligation de communiquer des renseignements prévue à l'alinéa e de l'article 73 de la Charte, leur est applicable ou non, Résolution 1541 (XV), 948^{ème} séance plénière, 15 décembre 1960.

Projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones, Déc. CDH 1994/2, Doc. Off. CDHNU, 1994, Supp.1, Doc. NU E/CN.4/sub.2/1994/2/Add.1.

Question de la Nouvelle-Calédonie, Résolution 66/87, 81^{ème} séance plénière, 9 décembre 2011.

Question de la Nouvelle-Calédonie, Résolution 68/92, A/RES/68/92, 65^{ème} séance plénière, 11 décembre 2013.

Jurisprudences et avis

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- Décision n° 65-34 L du 2 juillet 1965, *Nature juridique des articles 1er, 5 et 6 de l'ordonnance n° 58-1383 du 31 décembre 1958 portant modification de certaines dispositions du régime de retraite des marins du commerce*, J.O., 23 août 1965, Rec., p. 75.
- Décision n° 74-54 DC, 15 Janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, J.O., 16 janvier 1975, p. 671, Rec., p. 19.
- Décision n° 75-59 DC du 30 décembre 1975, *Loi relative aux conséquences de l'autodétermination des Îles de Comores*, J.O., 3 janvier 1976, p. 182, Rec., p. 26.
- Décision n° 76-71 DC, 30 décembre 1976, *Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*, J.O., 31 décembre 1976, p. 7651, Rec. p. 15.
- Décision n° 82-137 du 25 février 1982, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, J.O., 3 mars 1982, p. 759, Rec. p. 38.
- Décision n° 82-146 DC, 18 novembre 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relatives à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*, J.O., 19 novembre 1982, p. 3475, Rec., p. 66.
- Décision n° 82-147 du 2 décembre 1982, *Loi portant adaptation de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions à la Guadeloupe, à la Guyane, à la Martinique et à la Réunion*, J.O., 4 décembre 1982, p. 3666, Rec., p. 70.
- Décision n° 84-177 DC du 30 août 1984, *Loi relative au statut du territoire de la Polynésie française, et notamment son article 10*, J.O., 4 septembre 1984, p. 2803, Rec., p. 66.
- Décision n° 84-178 DC du 30 août 1984, *Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, et notamment ses articles 12, 131 et 137*, J.O., 4 septembre 1984, p. 2804, Rec., p. 69.
- Décision n° 85-188 DC, 22 mai 1985, *relative au protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort*, J.O., 23 mai 1985, p. 5795, Rec., p. 15.
- Décision n° 87-226 DC du 2 juin 1987, *Loi organisant la consultation des populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie et dépendances prévue par l'alinéa premier de l'article 1er de la loi n° 86-844 du 17 juillet 1986 relative à la Nouvelle-Calédonie*, J.O., 4 juin 1987, p. 6058, Rec., p. 34.

- Décision n° 91-290 DC, 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, J.O., 14 mai 1991, p. 6350, Rec., p. 50.
- Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, J.O., du 11 avril 1992, p. 5354, Rec., p. 55.
- Décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, J.O., 13 avril 1996, p. 5724, Rec., p. 43.
- Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, J.O., 21 mars 1999, p. 4234, Rec., p. 51.
- Décision n° 99-412 DC, 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, J.O., 18 juin 1999, p. 8964, Rec., p. 71.
- Décision n° 2000-428 DC du 4 mai 2000, *Loi organisant une consultation de la population de Mayotte*, J.O., 10 mai 2000, p. 6976, Rec., p. 70.
- Décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, *Loi d'orientation pour l'outre-mer*, J.O., 14 décembre 2000, p. 19830, Rec., p. 164.
- Décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse*, J.O., 23 janvier 2002, p. 1526, Rec., p. 70.
- Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, J.O., 29 mars 2003, p. 5570, Rec., p. 293.
- Décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, J.O., 2 mars 2004, p. 4220, texte n° 3, Rec., p. 41.
- Décision n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, J.O., 3 août 2006, p. 11541, texte n° 2, Rec., p. 88.

COUR DE CASSATION

- Cass. Ass. Plén., 2 juin 2000, *Fraisie*, n° 99-60274, Bulletin Ass. Plén., n° 4, p. 7.
- Cass. civ., 28 janvier 1954, *Comité d'établissement de Saint-Chamond*, n° 54-07081, Bull. 1954, II, n° 32, p. 20.
- Cass. civ., avis n° 005 0011 du 16 décembre 2005, BICC n° 637 du 1er avril 2006, pp. 25-42.
- Cass., civ., avis n° 007 0001 du 15 janvier 2007, BICC n° 658 du 1er avril 2007.
- Cass. civ., 1er décembre 2010, n° 08-20843, Bull. 2010, I, n° 251.
- Cass. civ., 26 juin 2013, n° 12-30154, Bull. 2013, I, n° 139.
- Cass. civ., 21 mai 2014, n° 12-25432, inédit.
- Cass. crim., 30 octobre 1995, n° 95-84322, inédit.
- Cass. crim., 10 octobre 2000, n° 00-81959, inédit.

CONSEIL D'ÉTAT

CE Ass., 27 février 1970, *Saïd Ali Tourqui*, Rec. Lebon, p. 138.

CE Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, n° 200286-200287, AJDA, 1998, p. 1039, Rec. Lebon, p. 368.

CE, avis, n° 262-176, 22 novembre 1955, RJPUL, 1958, p. 350.

CE, avis, n° 357 466, 6 juillet 1995, EDCE, 1995, n° 47, La documentation française, 1996, p. 397.

COUR D'APPEL ET COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL

CA Bordeaux, 4 juillet 1978.

CA Besançon, 13 juin 1995, *Mlles Narmada et Radjeswari c/ M.P.*, arrêt n° 476.

CAA Paris, 5 juillet 2017, n° 16PA00806, inédit.

COUR D'APPEL DE NOUMEA

CA Nouméa, 28 février 1920, *Dareste*, Rec. III, p. 96.

CA Nouméa, 24 janvier 2002, RG n° 135/2001, RJPENC, n° 2, 2003/2, p. 64.

CA Nouméa, 21 mai 2008, RG n° 07/476.

CA Nouméa, 28 avril 2009, *Fisdiepas c/ Ounine*, RG n° 89/2009.

CA Nouméa, 11 octobre 2012, RG n° 2011/ 531.

CA Nouméa, 15 janvier 2013, RG n° 2011/ 452.

CA Nouméa, 6 mai 2013, RG n° 2012/ 248.

CA Nouméa, 12 juin 2013, *Kasarhérou c/ Kare*, RG n° 12/387.

CA Nouméa, 9 septembre 2013, RG n° 2012/ 59.

CA Nouméa, 16 septembre 2013, RG n° 2012/ 3.39.

CA Nouméa, 12 décembre 2013, RG n° 2013/ 9.

CA Nouméa, civ., 22 août 2011, RG n° 10/532.

CA Nouméa, civ., 22 août 2011, RG n° 10/531.

CA Nouméa, civ., 29 septembre 2011, RG n° 11/0046.

CA Nouméa, civ., 22 mars 2012, RG n° 10/493.

CA Nouméa, civ., 19 avril 2012, RG n° 11/383 et RG n° 11/384.

CA Nouméa, civ., 11 octobre 2012, RG n° 11/00425.

CA Nouméa, civ., 11 mars 2013, RG n° 12/213.

CA Nouméa, cout., 22 mai 2014, RG n° 12/00101.

TRIBUNAL CORRECTIONNEL ET COUR D'ASSISE DE NOUVELLE-CALEDONIE

TC Lifou, 8 avril 1999, *MP c/ Meite*, n° 35/99.

TC Nouméa, 22 octobre 1993, *MP c/ Poulawa et autres*, n° 1934.

TC Nouméa, 16 janvier 1997, *MP c/ Moekia*.

TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE DE NOUVELLE-CALEDONIE

Sect. Koné, 4 septembre 1991, RG n° 95/91.

Sect. Koné, 20 novembre 1991, RG n° 125/91.

Sect. Lifou, 11 décembre 1997, *Sineitra c/ Ujicas et autres*, RG n° 118/97.

Sect. Lifou, 16 décembre 1998, *Kokone c/ Siwel Waehnya*, RG n° 122/98.

TRIBUNAL ADMINISTRATIF

TA Papeete, 5 novembre 1991, *Consorts Fuller*.

TANC, 10 novembre 2005, *Chefferie N'Umia Kambwa Wecho Pweyta*, n° 05290.

TANC, 26 novembre 2015, n° 1500049.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE

CJCE, *Costa c/ ENEL*, 15 juillet 1964, aff. 6/64, Rec., p. 1141.

CJCE, 7 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, Rec., p. 1125.

CJCE, 11 janvier 2000, *Tanja Kreil*, aff. 285/98, Rec., p. 69.

CJCE, 4 juillet 2000, *Commission c/ Grèce*, aff. C 387/97, Rec., p. 5047.

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME ET COMMISSION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

CEDH, 26 juin 1993, *Ruiz Matéos*, Req. n° 12952/87, série A, n° 262.

CEDH, 18 décembre 1996, *Loizidou c/ Turquie*, Req. n° 15318/89.

CEDH, 29 avril 1999, *Chassagnou et autres c/ France*, Req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95.

CEDH, 6 avril 2000, *Labita c. Italie*, Req. n° 26772/95, Rec. des arrêts et décisions 2000-IV.

CEDH, 11 janvier 2005, *Py c. France*, Req. n° 66289/01, Rec. des arrêts et décisions 2005-I.

COMMISSION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME, 25 novembre 1996, *Könkämä et 38 autres villages sames c/ Suède*, Req. n° 27033/95.

COUR SUPREME DU CANADA

Cour suprême, 31 janvier 1973, *Calder c/ Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313.

Cour suprême, 9 août 1982, *Multiple Access Ltd. c/ McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161.

Cour suprême, 9 août 1982, *Procureur général du Canada c/ Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307.

Cour suprême, 1^{er} novembre 1984, *Guérin c/ La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335.

Cour suprême, 1^{er} février 1990, *Banque de Montréal c/ Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121.

Cour suprême, 24 mai 1990, *R. c/ Sioui*, [1995] 1. R.C.S. 1025.

Cour suprême, 31 mai 1990, *R. c/ Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

Cour suprême, 3 mars 1996, *R. c/ Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139.

Cour suprême, 3 avril 1996, *R. c/ Badger*, [1996] 1 R.C.S. 77.

Cour suprême, 25 avril 1996, *R. c/ Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013.

Cour suprême, 21 août 1996, *R. c/ Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723.

Cour suprême, 21 août 1996, *Van Der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507.

Cour suprême, 22 août 1996, *R. c/ Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821.

Cour suprême, 3 octobre 1996, *R. c/ Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101.

Cour suprême, 11 décembre 1997, *Delgamuukw c/ Colombie britannique*, [1997] 3 R.C.S.

Cour suprême, 23 avril 1999, *R. c/ Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688.

Cour suprême, 17 septembre 1999, *R. c/ Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456.

Cour suprême, 24 mai 2001, *Mitchell c/ M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911.

Cour suprême, 18 octobre 2001, *Law Society of British Columbia c/ Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113.

Cour suprême, 28 mars 2002, *Bande Kitkatla c/ Colombie-Britannique*, [2002] 2 R.C.S. 146.

Cour suprême, 19 septembre 2003, *R. c/ Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207.

- Cour suprême, 18 novembre 2004, *Nation Haïda c/ Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511.
- Cour suprême, 18 mars 2005, *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c/ Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188.
- Cour suprême, 20 juillet 2005, *R. c/ Marshall ; R. c/ Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220.
- Cour suprême, 7 décembre 2006, *R. c/ Sappier ; R. c/ Gray*, [2006] 2 R.C.S. 686.
- Cour suprême, 31 mai 2007, *Banque canadienne de l'Ouest c/ Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3.
- Cour suprême, 28 octobre 2010, *Rio Tinto Alcan Inc. c/ Conseil tribal Carrier Sekani*, [2010] 2 R.C.S. 650.
- Cour suprême, 30 septembre 2011, *Canada (Procureur général) c/ PHS Community Services Society*, [2011] 3 R.C.S. 134.
- Cour suprême, 10 novembre 2011, *Bande indienne des Lax Kw'alaams c/ Canada (Procureur général)*, [2011] 3 R.C.S. 535.
- Cour suprême, 8 décembre 2011, *Québec (Procureur général) c/ Canada (Ressources humaines et Développement social)*, [2011] 3 R.C.S. 635.
- Cour suprême, 22 décembre 2011, *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, [2011] 3 R.C.S. 837.
- Cour suprême, 1^{er} février 2013, *Sun Indalex Finance, LLC c/ Syndicat des Métallos*, [2013] 1 R.C.S. 271.
- Cour suprême, 26 juin 2014, *Nation Tsilhqot'in c/ Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256.
- Cour suprême, 13 novembre 2015, *Saskatchewan (Procureur général) c/ Lemare Lake Logging Ltd*, [2015] 3 R.C.S. 419.

COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME

- Cour IDH, 31 août 2001, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua*, Série C n° 79.
- Cour IDH, 29 avril 2004, *Sánchez vs Guatemala*, Série C n° 105.
- Cour IDH, 15 juin 2005, *Caso de la Comunidad Moiwana vs Surinam*, Série C n° 124.
- Cour IDH, 17 juin 2005, *Comunidad indigena Yakye Axa vs Paraguay*, Série C n° 125.
- Cour IDH, 29 mars 2006, *Caso de la Comunidad Sawhoyamaya vs Paraguay*, Série C n° 146.
- Cour IDH, 28 novembre 2007, *Caso de Pueblo Saramaka vs Surinam*, Série C n° 172.

COURS INTERNATIONALES

CIJ, avis consultatif du 16 octobre 1975, *Sahara occidental*, Rec. p. 12, cf sur cet avis CHAPPEZ JEAN, « L'Avis Consultatif de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire du Sahara occidental », RGDIP, 1976, p. 1132 ; PRÉVOST JEAN-FRANÇOIS, « L'Affaire du Sahara occidental », JDI, 1976, p. 831.

CPJI, 17 août 1923, *Affaire du vapeur « Wimbledon »*, Série A, n° 1.

CPIJ, 6 avril 1935, *Écoles minoritaires en Albanie*, Série A/B, n° 64, p. 19.

COURS ÉTRANGÈRES

Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, 14 octobre 2003, *Alexkor Limited end The Government of the Republic of South Africa v. The Richtersveld Community and Others*, [2003] ZACC 18.

Cour suprême des États-Unis, 1823, *Johnson c/ McIntosh*, 21 U.S. (Wheat.) 543.

Rapports publics

RAPPORTS CANADIENS

AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones*, Ottawa, Ministre des travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1995.

COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones. Volume 2. Une relation à redéfinir*, Ottawa, 1996.

———, *Conclure des traités dans un esprit de coexistence – Une solution de rechange à l’extinction du titre ancestral*, Groupe communication Canada, Ottawa, 1994, 79 pages.

CHAIRE DE RECHERCHE DU CANADA SUR LA DIVERSITÉ JURIDIQUE ET LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Étude comparative des droits des peuples autochtones et du pluralisme juridique : Le cas canadien*, CRSH, coll. États et cultures juridiques : Un droit en quête de légitimité, 2014, 64 pages.

GOUVERNEMENT DU CANADA, *Guide de la politique fédérale sur l’autonomie gouvernementale : L’approche du gouvernement du Canada concernant la mise en oeuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l’autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*, Ottawa, 1995.

HAMILTON ALVIN CHOWN, *Le Canada et les peuples autochtones : Un nouveau partenariat*, Ministère des travaux publics et services gouvernementaux du Canada, Ottawa, 1995, 132 pages.

LANDRY VERONIQUE, BOUVIER ANNE-LAURE et WAAUB JEAN-PHILIPPE, *La planification territoriale autochtone au Canada : Le rôle de l’évaluation environnementale stratégique dans la cogestion adaptative*, Université de Québec, Rapport de recherche du Groupe d’études interdisciplinaires en géographie et environnement régional, Montréal, 2009, 110 pages.

RAPPORTS, AVIS ET COMPTES-RENDUS FRANÇAIS

ADRAF, *La réforme foncière en Nouvelle-Calédonie, 1978-1998*, ADRAF, Nouméa, 1999.

———, *Bilan chiffré de la réforme foncière. 1978-2010*, ADRAF, Nouméa, 2010.

ASSOCIATION CORAIL VIVANT, ASSOCIATION REVEIL QUOTIDIEN, CONGRES POPULAIRE COUTUMIER, DYNAMIQUE FLNKS SUD, UGPE et UNPK, *Rapport sur la situation de discrimination du peuple autochtone kanak de Nouvelle-Calédonie*, Transmis au Comité pour l’élimination de la Discrimination Raciale, Nations Unies, 77^{ème} session, 2010, 41 pages.

- CHAUVIN PASCAL, *Rapport sur l'avis n° 005 0011 du 16 décembre 2005*, B.I.C.C., n° 637, 1^{er} avril 2006.
- COMITE DES DROITS DE L'HOMME, 75EME SESSION, 15 JUILLET 2002, *Mlle Marie-Hélène Gillot et al. c/ France*, Communication n° 932/2000, U.N.Doc. CCPR/C/75/D/932/2000 (2002).
- COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : La situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des amérindiens de Guyane*, 2017, 156 pages.
- , 1991, *la lutte contre le racisme et la xénophobie*, La documentation française, Paris, 1992, 362 pages.
- CONSEIL D'ETAT, *Rapport public 2006 – Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation française, coll. Études et documents, Paris, 2006, 400 pages.
- DAVY DAMIEN et ARMANVILLE FRANÇOISE, « Les ZDUC, Concessions et Cessions aujourd'hui : Quels usages, quelles représentations? », dans FILOCHE GEOFFROY, DAVY DAMIEN (dir.), *Zones de Droits d'Usage Collectifs, Concessions et Cessions en Guyane française : Bilan et perspectives 25 ans après*, Cayenne, 2014, pp. 23-92.
- DEMMER CHRISTINE, BENSA ALBAN, HALPÉRIN JEAN-LOUIS, NAEPELS MICHEL, TRÉPIED BENOIT, SALOMON CHRISTINE et SORIANO ERIC, *Faire de la coutume un droit. Enjeux, histoire, questionnements*, Mission de recherche Droit et Justice, 2016, 233 pages.
- DE VOS MARC, *Au-delà de légalité formelle. L'action positive au titre des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE*, Commission européenne, Luxembourg, 2008, 76 pages.
- DURAFFOUR ÉRIC, « Pour que le châtement soit un honneur », dans CORNUT ÉTIENNE, DEUMIER PASCALE (dir.), *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, Rapport de recherche réalisé avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, Convention n° 214.02.18.14, décembre 2016, pp. 233-242.
- FILOCHE GEOFFROY et GUIGNIER ARMELLE, « Les droits fonciers des communautés dans un contexte mouvant », dans FILOCHE GEOFFROY, DAVY DAMIEN (dir.), *Zones de Droits d'Usage Collectifs, Concessions et Cessions en Guyane française : Bilan et perspectives 25 ans après*, Cayenne, 2014, pp. 93-154.
- FONDATION POUR LA RECHERCHE SUR LA BIODIVERSITE, *Pertinence et faisabilité de dispositifs d'accès et de partage des avantages en Outre-mer sur les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles associées*, Service de l'Économie, de l'Évaluation et de l'Intégration du Développement Durable du Commissariat Général du Développement Durable, 48, coll. Études et documents, 2011, 326 pages.
- GODIN PATRICE, *Nouvelle-Calédonie 2025. Schéma d'aménagement et de développement de la Nouvelle-Calédonie. Atelier 5. Développement, culture et valeurs identitaires*, 2008, pp. 135-162.

- GROUPE PACIFIQUE, *Comment se manifestent et sont gérées les interactions entre les ordres juridiques étatique et autochtone ? Le consentement et la crise de l'individu dans la société kanak*, CRSH-AUF, coll. État et cultures juridiques autochtones : Un droit en quête de légitimité, 2016, 39 pages.
- « Introduction », dans FILOCHE GEOFFROY, DAVY DAMIEN (dir.), *Zones de Droits d'Usage Collectifs, Concessions et Cessions en Guyane française : Bilan et perspectives 25 ans après*, Cayenne, 2014, pp. 13-14.
- J.O., *Débats Assemblée nationale constituante*, 27 août 1946, p. 3334.
- LAFARGE REGIS, « Le contentieux classique de la terre » dans CORNUT ÉTIENNE, DEUMIER PASCALE (dir.), *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, Rapport de recherche réalisé avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, Convention n° 214.02.18.14, décembre 2016, pp. 101-140.
- MALABAT VALERIE, « La prise en compte de la coutume kanak en droit pénal » dans CORNUT ÉTIENNE, DEUMIER PASCALE (dir.), *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, Rapport de recherche réalisé avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, Convention n° 214.02.18.14, décembre 2016, pp. 211-232.
- MISSION PERMANENTE DE LA FRANCE AUPRES DE L'OFFICE DES NATIONS UNIES A GENEVE, *Réponse de la France au questionnaire du Haut Commissariat aux Droits de l'Homme des Nations-Unies pour le suivi de la résolution 18/8 du Conseil des droits de l'homme « droits des peuples autochtones » sur les bonnes pratiques en matière de mesures et de stratégies pour atteindre les objectifs de la déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 1^{er} mars 2012.
- MOHAMED SOILIHI THANI, DARNAUD MATHIEU et LAUFOAULU ROBERT, *Rapport d'information fait au nom de la délégation sénatoriale à l'outre-mer sur la sécurisation des droits fonciers dans les outre-mer*, Sénat, 721, 2016, 217 pages.
- PETIT JEROME et PRUDENT GUILLAUME, *Changement climatique et biodiversité dans l'outre-mer européen*, UICN / ONERC, 2008, 192 pages.
- QUENTIN DIDIER, *Rapport sur le projet de loi organique (n° 1802) relatif à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et de Mayotte, et sur le projet de loi (n° 1803) relatif à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et portant ratification d'ordonnances*, Assemblée Nationale, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, 1843 et 1844, Paris, 2009, 377 pages.
- SENAT, SEANCE DU 30 JUIN 1998, *Compte rendus des débats, Nouvelle-Calédonie – Adoption d'un projet de loi constitutionnelle*.
- TASCA CATHERINE, *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 constitutionnelle (n° 937) relatif à la Nouvelle-Calédonie*, Assemblée Nationale, 972, 1998.

TORRE HENRI, RAPPORT D'INFORMATION, *La défiscalisation des usines de traitement du nickel en Nouvelle-Calédonie*, n° 7 (2005-2006) fait au nom de la commission des finances, déposé le 5 octobre 2005.

Réponse du représentant permanent de la France au rapport de mission de James Anaya, 18^{ème} session du Conseil des Droits de l'Homme, 20 septembre 2011, Genève.

RAPPORT DU SENAT COUTUMIER

SENAT COUTUMIER DE NOUVELLE-CALEDONIE, *Bilan de la mandature 1999-2005*.

———, *La problématique foncière en 2011*, J.O.N.C., 2012, pp. 1249-1252.

———, *Rapport sur l'état de la situation du peuple kanak – peuple autochtone de la Kanaky- Nouvelle-Calédonie*, 2011.

———, *Rapport sur les institutions coutumières. 1988-2018*, Nouméa, 2015, 20 pages.

———, *Avenir institutionnel de Kanaky-Nouvelle-Calédonie*, Nouméa, 2016, 14 pages.

———, *Document de présentation du Plan Marshall pour l'identité kanak*, CS16- 2290- 0000 14- 01/Pr- gt- rm/ll, Nouméa, 2016, 5 pages.

RAPPORTS INTERNATIONAUX

RECOMMANDATION N° 1.42, *sur la gestion participative pour la conservation*, adopté par le Congrès mondial de la conservation de l'UICN, Montréal, 23 octobre 1996.

Rapport du Comité des droits de l'Homme, Assemblée générale, 37^{ème} session, 22 septembre 1982, supplément n° 40, A/37/40.

Rapport du Comité des droits de l'Homme, Assemblée générale, 9 octobre 1992, supplément n° 40, A/47/40.

Rapport du Groupe de Travail de la Commission des Droits de l'homme, Doc. N.U., E/CN.4/6/2003/92, par. 19.

S. RODLEY NIGEL, *Question des droits de l'Homme de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement en particulier : Torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Conseil économique et social, Commission des droits de l'Homme, 53^{ème} session, 10 janvier 1997, E/CN.4/1997/7.

UNESCO, *Nouvelles réflexions sur le concept de peuple*, Rapport final et recommandation de la réunion d'experts à Paris, 27/30 novembre 1989, Revue Universelle des Droits de l'Homme, vol.2, n°4, 1990, pp. 176-182.

<i>Rapports relatifs à la France</i>

- ANAYA S. JAMES, *La situation du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie*, Rapport du Rapporteur Spécial sur les droits des peuples autochtones, Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'Homme, 18^{ème} session, 14 septembre 2011, A/HRC/18/35/Add.6.
- COMITE POUR L'ELIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE, *Examen des rapports présentés par les États partis conformément à l'article 9 de la Convention. Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale. France*, 77^{ème} session, 2-27 août 2010, CERD/C/FRA/CO/17-19.
- , *Observations finales concernant le vingtième et vingt-et-unième rapports périodiques de la France*, 10 juin 2015, CERD/C/FRA/CO/20-21.
- COMITE POUR L'ELIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE, *Rapports présentés par les États parties en application de l'article 9 de la Convention*, Vingtième et vingt-et-unième rapports périodiques des États parties devant être remis en 2012, France, 23 mai 2013, CERD/C/FRA/20-21.

<i>Rapports relatifs aux peuples autochtones</i>

- ANAYA S. JAMES, *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development*, Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, 9^{ème} session 15 août 2008, A/HRC/9/9/Add.1.
- BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Révision partielle de la convention (n° 107) relative aux populations aborigènes et tribales*, 1957, Conférence internationale du travail, 76^{ème} session, Rapport IV (2B), Quatrième question à l'ordre du jour, Genève, 1989, 27 pages.
- CAPOTORTI FRANCESCO, *Étude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, Nations Unies, New-York, 1979, 119 p.
- CRISTESCU AURELIU, *Le droit à l'autodétermination – Développement historique et actuel sur la base des instruments des Nations Unies*, Étude du Rapporteur spécial de la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, Nations Unies, New-York, 1981, 121 pages.
- DAES ÉRICA-IRENE, *Protection du patrimoine des populations autochtones*, Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, 47^{ème} session, Rapport final, 21 juin 1995, E/CN.4/Sub.2/1995/26.
- , *Les peuples autochtones et leur relation à la terre*, Conseil économique et social, Commission des droits de l'Homme, 2001, E/CN.4/Sub.2/2001/21.

- , *Souveraineté permanente des peuples autochtones sur les ressources naturelles*, Conseil économique et social, Commission des droits de l'Homme, Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, 56^{ème} session, 13 juillet 2004, E/CN.4/Sub.2/2004/30.
- Études sur les droits fonciers autochtones*, Commission des droits de l'homme de l'ONU, Document de travail, 11 avril 1997, DH/G/522.
- Examen des rapports présentés par les États parties conformément à l'article 9 de la Convention. Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale. Équateur*, Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, 62^{ème} session, 2 juin 2003, CERD/C/62/CO/2.
- GOVIER TRUDY, « Éthique de la négociation : Confiance, reconnaissance », dans *Parlons franchement à propos des traités*, Commission du droit du Canada / British Columbia treaty commission, Ottawa, 2001, pp. 103-121.
- GRIFFITHS TOM, *Pas de compte à rendre ! Les peuples autochtones, les droits de l'homme et les normes des agences de développement : Un outil de référence et une étude comparative*, Forest Peoples Programme, 2003, 167 pages.
- HURLEY MARY C. et WHERRET JILL, *L'autonomie gouvernementale des autochtones*, Direction de la recherche parlementaire, PRB 99-19F, 1999.
- MARTINEZ COBO JOSE R., *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, E/CN.4/Sub.2/1986/7.
- MARTINEZ MIGUEL ALFONSO, *Étude des traités, accords et autres arrangements constructifs entre les États et les populations autochtones. Rapport final de M. Miguel Alfonso Martínez, Rapporteur spécial*, Conseil économique et social, Commission des droits de l'Homme, Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, 51^{ème} session, 22 juin 1999, E/CN.4/Sub.2/1999/20.
- ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *Les droits des peuples autochtones et tribaux dans la pratique. Un guide sur la Convention n° 169 de l'OIT*, Programme pour la promotion de la Convention n° 169, Département des normes internationales du travail, Genève, 2009, 200 pages.
- ÖZDEN MELIK et GOLAY CHRISTOPHE, *Le droit des peuples à l'autodétermination et à la souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles sous l'angle des droits humains*, brochure, collection du Programme Droits Humains du Centre Europe – Tiers Monde (CETIM), 2010, 64 pages.
- Rapport de la réunion d'experts chargés d'examiner l'expérience des pays dans le domaine de l'application de plans d'autonomie interne en faveur des populations autochtones*, 25 novembre 1992, E/CN.4/1992/42.
- Rapport de la Commission du droit international*, Assemblée générale des Nations Unies, 56^{ème} session, Supplément n° 10 (A/56/10).
- Rapport sur les travaux de l'Atelier international sur le consentement préalable, libre et éclairé et les peuples autochtones*, Conseil économique et social, Instance permanente sur les questions autochtones, 4^{ème} session, New-York, 17-19 janvier 2005, E/C.19/2005/3.

STAVENHAGEN RODOLFO, *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones*, M. Rodolfo Stavenhagen, présenté en application de la résolution 2002/65 de la Commission, Conseil économique et social, Commission des droits de l'Homme, 59^{ème} session, 21 janvier 2003, E/CN.4/2003/90.

VAN BOVEN THEO, *Étude concernant le droit à la restitution, indemnisation et réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Commission des droits de l'homme, Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, 44^{ème} session, point 4 de l'ordre du jour provisoire, Rapport final, Doc. E/CN4/Sub.2/1993/8.

WHERRET JILL, *L'autonomie gouvernementale des autochtones*, Direction de la recherche parlementaire, CIR 96-2F, Ottawa, 1999.

Documents de travail

- BRAEM FRANÇOIS, *Les peuples indigènes en quête de partenaires*, APFT Working Paper n° 5, Commission Européenne/DGVIII, 1999.
- COMITE DU PATRIMOINE MONDIAL, *Examen des propositions d'inscription des biens naturels, mixtes et culturels sur la liste du Patrimoine Mondial – Lagon de Nouvelle-Calédonie (FRANCE)*, 32 COM 8B.10.
- DAES ÉRICA-IRENE, *Discrimination à l'encontre des peuples autochtones. Note explicative concernant le projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones*, Conseil économique et social, E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add. 1, 19 juillet 1993.
- , *Document de travail sur la notion de « peuples autochtones »*, Groupe de travail sur les populations autochtones, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2.
- , *Document de travail sur le lien et la distinction entre les droits des personnes appartenant à des minorités et ceux des peuples autochtones*, Prévention de la discrimination à l'égard des minorités et protection des minorités, Conseil économique et social, E/CN.4/Sub.2/2000/10, 19 juillet 2000.
- DECLARATION DE MADAME GEORGE PAU-LANGEVIN, MINISTRE DES OUTRE-MER, *sur les grandes orientations du budget 2015 pour les Outre-mers*, Assemblée Nationale, 29 octobre 2014.
- Déclaration n° 18 du 20 janvier 1855 du gouverneur du Bouzet.*
- DOCUMENT DE TRAVAIL SUR L'AVANT PROJET DE PARC AMAZONIEN, *Mission pour la création du Parc de la Guyane*, Cayenne, 2005.
- Études sur les droits fonciers autochtones*, Commission des droits de l'homme de l'ONU, document de travail, 11 avril 1997.
- GROUPE DES NATIONS UNIES POUR LE DEVELOPPEMENT, *Lignes directrices sur les questions relatives aux peuples autochtones*, New-York et Genève, 2009, HR/P/PT/16.
- MOTOC ANTOANELLA-IULIA, *Document de travail préliminaire sur le principe de consentement préalable donné librement et en connaissance de cause des peuples autochtones concernant des aménagements affectant leurs terres et ressources naturelles, qui serait appelé à servir de cadre à la rédaction par le Groupe de travail d'un commentaire juridique relatif à ce concept*, Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, Groupe de travail sur les populations autochtones, 22^{ème} session, 19-23 juillet 2004, E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/4.
- U.S.T.K.E., *Droit sur l'espace et patrimoine naturel de Kanaky*, 23 août 2002, Nouméa.

VEBER HANNE et WAEHLE ESPEN, *Never drink from the same cup »: Proceedings of the conference on Indigenous Peoples in Africa, Tune, Danemark, Copenhagen, CDR/IWGIA, Document n° 74, 1993.*

INDEX

INDEX RERUM	588
INDEX NOMINUM	594
INDEX DE NORMES	598

Index rerum

A

Abusus 519, 521, 569, 571-572

Acculturation.....193,
256, 261, 268, 277, 282, 362, 369, 420,
516, 534, 538, 543

Agence de développement rural et
d'aménagement foncier.....92,
228, 272, 277-279, 281, 284-292 , 518-
519, 526-528, 532-533, 536, 546, 555,
572

AngajukKâk.....654-655, 670

Assemblée délibérante du Pays Kanak
.....242, 659, 675

Assesseur coutumier..... 327,
516, 518, 522, 529, 533, 583, 668

Assimilationnisme.....110,
118, 193, 215, 256, 272, 284, 340, 346,
362, 403-404, 413, 468

Atteinte à un droit ancestral.... 599-600,
608

Attribution.....79,
284, 310, 480, 546, 552, 584, 605, 654

Autodétermination.....3,
16, 33, 36, 38, 46, 62-63, 68, 92, 99,
101-105, 108-109, 111-113, 123, 139-

140, 142-143, 145-162, 164-171, 194,
196, 200, 223, 229, 237, 249-250, 296,
352, 371, 375, 401, 407-408, 428-431,
446, 468, 471, 499, 513-514, 632, 635-
636, 640, 663, 701, 729, 733

Autonomie organique... 184, 189, 191,194

Autonomie organisationnelle..... 184

Autonomie sociale.....184

Autorité coutumière..... 185,
187, 189, 191, 198, 200, 204, 223, 228,
240, 242-248, 251, 254-256, 258, 285,
305, 308-309, 311, 369, 371, 490, 528,
533, 551, 575, 577, 593, 635, 644, 657-
659, 681

C

Charte du Peuple Kanak..... 137,
138, 162, 187, 190, 261, 288, 299, 304,
307, 350, 577, 585, 638, 642, 649, 656-
657, 659, 712, 715

Chefferie 138,
187-189, 195, 241-244, 250, 289, 304,
420, 520, 578, 580, 585, 593, 616, 642-
643, 648-649, 656-661, 675, 715

Clan..... 80,
91, 138, 185, 187-189, 190-191, 195,
241-242, 245, 247, 250, 256, 261, 265,

267, 272, 274, 282, 288-290, 304, 313-314, 325, 514, 519-526, 528, 530-534, 537, 544, 546, 556, 558-559, 562-563, 565-567, 572-578, 592-594, 596, 614, 616, 631, 637, 642-643, 649, 656-657, 715	
Clan accueillant.....	288-289, 519-521, 534, 566, 572-573
Clan accueilli.....	288-289, 520-526, 528, 534, 563, 566-567, 572-573, 575-576, 596, 656
Colonisation.....	1-2, 31, 65, 68-69, 71-73, 76, 78, 87, 117, 121-122, 138, 142, 149-150, 186, 193, 197, 200-203, 205-206, 265, 272, 283-284, 288-289, 299, 340, 354, 357, 360, 362, 400, 446, 467, 496-497, 515, 528, 536-537, 543-544, 554, 563, 577, 579, 583, 596, 715, 718
Commerce.....	582, 586-589
Congrès de Nouvelle-Calédonie.....	26-29, 223, 228, 230-231, 239, 307, 369, 435, 437-438, 490, 559, 662
Conquête.....	78-79, 81-82, 117, 121, 352
Conseil autochtone de gestion des ressources naturelles.....	300-302, 304-305, 309
Conseil coutumier.....	30, 224-225, 232-233, 235, 238, 286, 315, 349, 524
Conseil des Aînés.....	664-667, 692
Consentement.....	78, 170, 297-298, 300, 304-306, 392, 405, 408, 487, 545, 547-548, 604, 607-615, 618, 622, 629, 631, 730
Consultation.....	7, 16, 26, 93, 99, 110, 112, 130, 170, 229, 239-240, 297, 300, 306, 417, 426, 494, 557, 600, 604, 606-611, 614, 622, 656, 698, 725
Cour de justice de l'Union européenne...	396-397
Cour européenne des droits de l'Homme.....	387, 397-398, 431, 570
Cour interaméricaine des droits de l'Homme.....	517, 539, 549, 614
Cour suprême du Canada.....	43, 56, 514-515, 542, 556-557, 562, 564, 582-583, 587, 589-591, 596, 599, 600-602, 608, 641, 700, 702, 705, 725
D	
Domaine public maritime.....	311, 314-315, 552, 559
Droit de l'endroit.....	524, 542, 555-556, 572, 576
Droit de veto.....	170, 305, 608-609, 613, 661, 668
Droit prioritaire.....	305, 591
Droits-activités.....	43, 581, 589, 591

E

Essentialisme..... 47, 168, 342-343,
346-347, 352, 370, 504

État-nation..... 35,
65, 135, 152, 178, 201, 209-211, 213,
215, 337, 378, 425, 445, 466, 503

Exclusivité.....50, 79, 173,
305, 313, 339, 381, 443, 477, 514-515,
556, 562-563, 590, 592-593, 602-603
605, 644, 650-651, 679, 687-689, 699-
702, 708

F

Fructus..... 519,
521, 569, 571-572

G

Gouvernement communautaire..... 652,
654-657, 670, 673

Gouvernement de Nouvelle-Calédonie
..... 30, 231, 248

Gouvernement de village..... 653,
656, 664

Gouvernement ethnique..... 653,
683-684, 686

Gouvernement mixte..... 654

Gouvernement Nisga'a Lisims.....664

Gouvernement Nunatsiavut.....687, 714

Gouvernement public..... 683-685,
686

Groupement de droit particulier
local.....271-272, 275, 291, 532, 546

Guadeloupe.....404, 416, 418, 734

Guyane 9, 217, 404, 418, 421, 584, 586,
588, 599

I

Identité législative..... 411-412,
415-417, 419, 436

Indépendance..... 7,
10-11, 16, 26, 37, 70, 90-94, 97-100,
102, 106-107, 109-113, 136, 154, 163,
195, 213, 280, 301, 371, 380, 386, 406-
407, 420, 426, 433, 448, 668, 674, 698,
725, 733

Intégrité territoriale..... 22,
65, 108, 146-147, 152, 156, 160, 162,
196, 401, 406, 410

Internormativité.....360-361

L

L'île de la Réunion.....74, 404, 418

Lien à la terre..... 43,
243, 260, 275, 277-282, 284-285, 287,
289-291, 514, 519, 522-524, 526, 530-
531, 534, 536-538, 552, 555, 575

Limite intrinsèque..... 564,
581, 602, 605, 706

Loi du pays.....187,
248, 307, 314, 490, 532, 566

M

Martinique.....404, 418

Mayotte..... 9, 217, 417, 421

Mécanismes d'accès et de partage des
avantages.....221,
307-308, 629-631

Minorité..... 14,
20, 23-24, 119-120, 123-125, 213, 218,
373, 375, 445, 455-456, 462, 468, 470,
545, 722

Monisme..... 15,
35, 51, 173-174, 196, 222, 361-362,
365, 371, 502, 510

O

Objectif législatif régulier..... 601

Occupation..... 43,
78-79, 81, 83, 122, 138, 188, 250, 289,
315, 483, 523, 542-543, 556-557, 562-
563, 581, 590-591, 601

P

Partie de libération kanak
.....98, 272

Personnalité morale..... 250,
275, 636-640, 643-644, 649, 653, 656-
657, 663

Pluralisme juridique..... 15,
32, 50-51, 53, 173, 242, 260, 329, 338-
339, 355-361, 363-367, 370, 372, 420,
423, 471, 473, 505, 507, 510-511, 564,
619

Polynésie française..... 9,
217, 303, 419-420, 437, 439, 552, 559

Population..... 2,
8-10, 21, 30-31, 35, 42, 49, 72-73, 75,
96, 109, 112, 117, 121, 134, 137-138,
201, 208, 212, 218, 220-221, 305, 516,
373, 417, 419-421, 424, 426, 457, 459,
471, 498, 513, 539, 544, 556, 577, 584,
592, 601, 609, 616, 618, 638, 647, 653-
654, 662, 683, 685-686, 728

Positivisme..... 53, 175, 503, 506

Prescription acquisitive.....289, 526, 534

Preuve..... 118,
137, 151, 324-325, 386, 511, 517, 526,
530, 533-534, 550, 555-557, 559-563,
581-583, 587, 590, 594-596, 674, 693,
695

Principe d'égalité..... 14,
20-21, 24, 35, 65, 104, 118-119, 124,
142, 144, 147, 155, 158, 181, 207-208,
219, 222, 256, 261, 291, 317, 331, 340-
341, 362, 370, 372-374, 377-378, 399,
401, 427, 430, 445, 447-449, 451-452,
454-455, 457-460, 463, 467-470, 510,
516, 539, 557, 561, 591, 615, 620, 622,
640, 656, 671, 679, 682-683, 697, 713,
716-719, 722-723

Principe d'indivisibilité..... 24,
35, 208, 212, 215, 218-219, 221-222,
267, 373, 379-380, 389, 400-403, 406-
407, 409, 411, 413-414, 423, 427, 436-
437, 505

Principe d'unité..... 13,
15, 17, 22, 32, 35, 40, 147, 151, 160,
197, 200-201, 209-210, 214-215, 217,
250, 253-254, 258-259, 337-338, 345,
366, 371, 373-374, 378, 399-400, 403-
404, 423-426, 433-434, 436, 438, 442,
445, 455, 458, 463, 505, 652

Principe de continuité..... 120,
312, 494, 556, 563, 582-583, 595, 608

Principe de personnalité des lois..... 44,
680-683, 685-689, 708

Principe de territorialité des lois.... 212,
679-680, 682-685, 687, 689-690, 693,
708, 733

Propriété..... 22,
72-73, 79-82, 188, 262, 268, 272-273,
275-276, 282, 285, 288-289, 303, 305,
311-312, 314, 373, 514, 516, 519-521,
526, 528, 531-532, 534, 536-537, 539-
543, 545, 549, 552-554, 559-560, 564-
573, 575, 603-604, 614, 651, 687-689

R

Règle de prépondérance..... 46,
675, 702-708

Réserve..... 47,
58, 69, 72, 80, 83, 106, 138, 182, 261,

272, 275, 288-289, 294, 311, 319, 373-
374, 384, 429, 432, 520, 525, 532, 534,
554, 564, 582, 651, 673, 693

Restitution..... 203,
208, 263, 271-272, 276, 284-285, 369,
373, 515, 517, 545-549, 553-554, 556,
566, 572, 579

S

Sahara occidental..... 148-149, 150, 152

Saint-Pierre-et-Miquelon.....419

Saint-Barthélemy et Saint-Martin.....416

Sanction coutumière.....81,
254, 256

Sécession..... 147, 153-154, 406, 408

Sénat coutumier..... 30,
57, 174, 187, 224-230, 232, 234-236,
238-244, 286, 289-290, 305, 314-315,
350, 490, 519, 578, 616, 659-661, 663,
675, 685, 696, 712

Souveraineté..... 17,
33, 42, 65, 68, 78, 106, 117, 123, 134,
138, 149, 161-163, 168, 171, 187, 194-
195, 206, 208-209, 211-212, 215, 217,
220-221, 242, 296, 303, 338, 379-384,
386-393, 395, 399, 423-424, 428, 433,
435-442, 445, 453, 478, 505, 508, 543,
556, 564-565, 601, 646-647, 649, 651,
659, 675, 679, 701, 718

Spécialité législative..... 411-412, 436

Statut civil coutumier..... 28,
189, 228, 247, 249, 260, 275, 316-328,
330-333, 369, 529, 531-532, 534, 694,
701

Subsistance.....143,
544, 582, 584, 586-589, 592-594, 614

Système juridique.....16,
41, 141, 150, 155, 163, 171, 177-179,
184-185, 193, 196, 260, 360, 362, 368,
468, 475, 479-481, 526, 534, 627

T

Terra Nullius..... 78, 268, 541, 551-554

Tribu..... 80-81,
83, 88, 138, 150, 187-188, 247, 265,

267, 272, 314, 524, 532-533, 558, 573-
574, 616, 656-657, 715

U

Usufruit..... 81-82, 571-573

Usus.....519, 521, 569, 571-572

W

Wallis et Futuna.....9, 318

Z

Zone d'influence coutumière..... 579,
585, 593

Zone de droit d'usage collectif.... 584-585,
593, 597, 599

Index nominum

A

ANAYA James. 10,
66, 113, 138, 155, 158, 160, 169, 229,
385, 478, 694

ARNAUD André-Jean.....478

B

BACHELARD Gaston.....504

BAMBRIDGE Tamatoa 303

BELLEY Jean-Guy.....359

BENSA Alban.....267

BENYEKHEF Karim 382

BERQUE Augustin.....616

BOBBIO Norberto 175

BODIN Jean.....212, 386

BOYER Alain.....420, 436

BRIAULT Jean-Claude 559

BURDEAU Georges..... 464,
466, 475, 735

C

CAPITANT René 405, 408

CARBONNIER Jean 366

CARRE DE MALBERG Raymond
.....399, 442

CASSESE Antonio 154

CHABROT Christophe.....227

CHRISTNACHT Alain.....199, 734, 732

CLECH LÂM Maïvan 142, 153, 155

COMBY Joseph.....536, 569-570

CONSTANS Louis 639-640, 643

COYLE Michael.....719

CRISTESCU Aureliu 105, 143

D

DAES Erica Irène 122, 616

DAVID Carine.....314

DE TOCQUEVILLE Alexis.....451

DEBBASCH Roland 400, 407

DELMAS-MARTY Mireille 365

DENQUIN Jean-Marie 378

DEROCHE Frédéric.....152,
167, 545, 548

DUGUIT Léon.....349

E

EIDE Asbjørn 124

ÉMOND André.....641

F

FABERON Jean-Yves.....205, 438

FABRE Michel-Henry.....400

FAURE Bertrand 436

FAVOREU Louis 219

G

GAMBARDELLA Sophie..... 618-619

GARDE François.....733

GIDDENS Anthony 211

GODIN Patrice 577-578

GOHIN Olivier 428, 432-433

GRAMMOND Sébastien 550,
583, 589, 596

GRIFFITHS John.....357

GUIART Jean 79, 344

GUYON Stéphanie..... 735

H

HABERMAS Jürgen.....383, 448

HANNUM Hurst.....154

HART Herbert Lionel Adolphus 177

HAURIOU Maurice 180,
182-184, 186, 193, 250, 736

HELLY Denise 455, 462

HENRIKSEN John B.....166

HÉRAUD Guy 440

HOUDE Marie 561

I

ISSALYS Pierre.....474

K

KELSEN Hans.....480

KOUBI Geneviève 205

KUHN Thomas.....503

KYMLICKA Will.....155,
461-462, 465, 468**L**

LABEAU Pierre-Christian 601

LAFARGUE Régis..... 191,
256, 275, 321, 492, 528-529, 531-533,
552, 584, 695, 715LAMER Antonio.....556,
601, 605, 608

LAPIERRE Jean-William.....338

LE FUR Louis 647

LE POURHIET Anne-Marie..... 433,
441-442, 506

LEBLIC Isabelle.....592

LECA Antoine 325, 349, 353

LECA Jean.....510

LEMAIRE Félicien..... 389-390,
395, 423, 442

LEYDET Dominique.....721

MMACLURE Jocelyn.....468,
717, 728-729

MANDELSTAM André 20

MAPOU Louis	272
MAPOU Raphaël	350
MARTINEZ COBO José.....	21, 122, 134, 138, 730
MCLACHLIN Beverley	605
MEEUS Albert.....	481
MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand	413
MERLE Isabelle	84, 138
MIAILLE Michel.....	118
MICHALON Thierry	440
MICHOUD Léon	643
MIRABEAU Honoré-Gabriel.....	570
MONTESQUIEU.....	474
MOTARD Geneviève.....	685, 688-689, 708, 733
MOYRAND Alain.....	443
N	
NAEPELS Michel.....	520, 565, 573, 715
NAÏSSELINE Nidoïsh.....	559
O	
ORFILA Gérard.....	187, 189, 353
OST François	184, 475-476, 503, 507
OTIS Ghislain.....	561, 563, 636, 637, 679, 681, 685, 688

P

PACTET Pierre.....	409
PAGE Jeanne	437
PAU-LANGEVIN George	292
POARAGNIMOU Anselme	524, 576
POMERANCE Michla	154
PONTIER Jean-Marie	414
POTHIER Robert-Joseph	541

R

RANGEON François.....	488
RAWLS John.....	449, 722
RENAUT Alain	458
RIVERO Jean	494
RODON Thierry	625, 628
ROMANO Santi	183, 186, 362-363
ROULAND Norbert.....	164, 269, 338, 348
ROUSSEAU Dominique	512
ROUSSEAU Jean-Jacques.....	339, 445, 447

S

SALMON Jean	154, 156
SARFATI Jean-Jacques.....	458
SAUVE Jean-Marc	604
SCHIFF BERMAN Paul	358

SCHMITT Carl	339
SCHNAPPER Dominique	86
SERMET Laurent	420
STAVENHAGEN Rodolfo.....	546, 614
ST-HILAIRE Maxime	563

T

TAYLOR Charles	461
TEIN Gilbert	243
TESOKA Laurent	419
TEULIERES-PRESTON Marie-Hélène	310, 312
THUDEROZ Christian	718
TJIBAOU Jean-Marie.....	93, 97-98, 261, 267, 350, 558
TRÉPIED Benoît.....	735

TULLY James	14, 470

U

ULLMAN Walter	358

V

VAN BOVEN Théo.....	545
VAN DE KERCHOVE Michel.....	184, 475-476, 503, 507
VANDERLINDEN Jacques	360
VERZJIL Jan Hendrik Willem	118

W

WAMYTAN Rock.....	732, 734
WILLIAMS Raymond.....	461

X

XANTHAKI Alexandra.....	154, 158

Index de normes

A

Accord de Nouméa..... 6-7,
9-10, 12, 16, 18, 24-27, 29, 31, 57, 62-
63, 66-67, 93, 99, 112, 136, 196-199,
201-203, 205, 208, 220, 222-223, 238,
247, 250, 253, 259-260, 262-263, 270,
274-275, 277-279, 285-286, 293, 299,
303, 310, 317-318, 324, 326, 331, 333,
369, 371, 385, 428, 437-438, 473, 490,
499-500, 506, 511, 514, 522-523, 531,
544, 551, 578, 635, 659, 685, 696, 718,
727

Accord définitif Nisga'a..... 15,
56, 514, 624, 626, 633, 650-651, 653,
655, 664, 690, 705-706, 728

Accord sur les revendications territoriales
des Inuit du Labrador..... 15,
56, 514, 633, 655, 705

Accords de Matignon..... 93,
99, 112, 200, 271-272, 277, 499, 685

C

Charte canadienne des droits et libertés
.....707, 713-714

Charte des Nations Unies..... 19,
103-104, 143-144, 160

Charte du Peuple Kanak..... 137-138,
162, 187, 190, 261, 288, 299, 304, 307,

350, 577, 585, 638, 642, 649, 656-657,
659, 712, 715

Charte inuite des droits et responsabilités
.....707, 713

Constitution des Inuit du Labrador... 655,
671, 693

Constitution Nisga'a..... 653,
664, 666-667, 692

Convention des Nations Unies sur la
diversité biologique 296

Convention européenne des droits de
l'Homme.....324-325,
329, 387, 397-398, 430-432, 603

Convention n° 169 de l'organisation
internationale du travail....21, 268, 548

D

Déclaration américaine des droits des
peuples autochtones.....126

Déclaration de Rio sur l'environnement
et le développement 296

Déclaration des droits de l'Homme et du
citoyen.....397, 570

Déclaration des Nations Unies sur les
droits des peuples autochtones.....22,
24, 33, 38, 46-47, 66, 122, 124, 130,
133-134, 140, 148, 157-158, 160, 162,
164, 169-170, 221-222, 249, 268-269,

282, 296, 352, 373, 384, 495, 548, 613-614, 636, 663, 710, 712	Pacte international relatif aux droits civils et politiques.....20, 23, 119, 124, 143, 166, 430, 588, 711
Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux.....70, 107	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.....9, 143, 588
Déclaration sur le droit au développement 296	S
Déclaration sur le progrès et le développement dans le domaine social 296	Statut Lemoine.....498, 92
Déclaration universelle des droits de l'Homme 124, 656	Statut Pisani 98
L	Statut Pons 92, 272
Loi constitutionnelle de 1982..... 550, 700, 731	Statut Stirn 91
Loi du pays relative aux actes coutumiers 248	T
Loi Jacquinet.....90	Traité d'Amsterdam.....390
Loi organique du 19 mars 1999..... 27, 31, 43, 57, 63, 223, 230, 235, 239, 253, 275, 306, 311, 318, 437, 522, 529, 531, 680	Traité de Lisbonne 392, 396
Loi-cadre Deferre.....89	
Lois Billotte 90	
P	
Pacte de développement durable du Grand Sud 300	

TABLE DES MATIERES

PARTIE I : LA QUESTION KANAKE : UNE AUTOCHTONIE EFFECTIVE NON JURIDICISEE	39
<i>Titre I : Le peuple kanak : peuple autochtone de Nouvelle-Calédonie</i>	43
Chapitre I : La reconnaissance internationale de l'autochtonie kanake	44
Section I La colonisation du peuple kanak et ses conséquences	46
§ 1 La politique coloniale de peuplement	46
§ 2 Les politiques publiques de colonisation	49
§ 3 La fin de la colonisation : l'évolution statutaire de l'archipel et l'émergence de revendications politiques kanakes	58
A Les changement statutaires en Nouvelle-Calédonie	59
B Évolution des revendications politiques kanakes	64
Section II L'incidence du droit international sur les revendications kanakes	67
§ 1 Le droit des peuples colonisés	67
A Le développement international du droit a la décolonisation	68
B Le discours indépendantiste kanak : une interprétation liminaire de la décolonisation	72
§ 2 La construction dialectique de la catégorie des peuples autochtones	75
A Le processus définitoire : la reconnaissance tardive de l'identité autochtone	76
B L'apparition des « Nous, Peuples Autochtones » dans la sphère onusienne	87
1 Les prémices de l'activisme autochtone sur la scène internationale	87
2 L'implication des sujets autochtones dans la construction de leur catégorie juridique	90

C La reprise de la catégorisation de peuple autochtone par le peuple kanak	92
Chapitre II : L'autodtermination : la conséquence de l'autochtonie du peuple kanak	97
Section I Apparition et évolution du droit à l'autodétermination	98
§ 1 Le droit à l'autodétermination de tous les peuples	98
§ 2 Les différentes appréhensions du droit à l'autodétermination des peuples autochtones	102
A L'autodétermination externe des peuples autochtones : le cas du Sahara occidental	103
B La délicate circonscription du droit à l'autodétermination interne des peuples autochtones	106
C La définition de l'autodétermination dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones	110
Section II Les implications du droit à l'autodétermination des peuples autochtones	115
§1 L'identification des droits inhérents à l'autodétermination	116
§ 2 La reconnaissance de systèmes juridiques autochtones : un renversement de perspectives sur l'appréhension du droit	120
A La question de la définition du droit	121
B Une identification empirique de la règle de droit : l'autoréférentialité des systèmes juridiques	125
1 Les critères d'identification des systèmes juridiques	126
2 La présence avérée d'une collectivité juridique kanake	130
CONCLUSION DU TITRE I	138
<i>Titre II : Les limites de la reconnaissance de l'autochtonie kanake par l'appareil d'État postcolonial</i>	139
Chapitre I : Les réticences du droit français dans la reconnaissance de l'identité du peuple kanak	140
Section I La persistance de l'idéal national	142

§ 1 Vers un destin commun : la construction fictive de l'unité nationale dans l'accord de Nouméa	142
A Une incursion mémorielle équivoque : la reconnaissance mitigée des méfaits de la colonisation	143
B La dissolution rhétorique du peuple kanak en tant que peuple distinct	145
§ 2 La France face à l'autochtonie kanake	147
A L'obsolescence de l'État-nation	147
B L'État français : le maintien apparent d'une théorie unitaire de la nation	150
Section II Les compétences organiques kanakes ou la perpétuation du monisme juridique	155
§ 1 La création étatique des institutions dites coutumières	156
A Les compétences limitées des institutions coutumières	156
1 L'insuffisance des pouvoirs du Sénat coutumier	156
2 Des Conseils coutumiers à la fonction strictement interprétative	162
B Les revendications des institutions coutumières	164
§ 2 Le déni de compétences de droit public pour les autorités coutumières	171
A L'absence de droit administratif autochtone	172
B Le refus de reconnaissance de compétence pénale : L'inopposabilité des sanctions coutumières	175
Chapitre II : Les tentatives inabouties de reconnaissance du droit kanak	181
Section I Un dualisme juridique inachevé : Terres coutumières et statut civil coutumier	182
§ 1 Le régime foncier coutumier : entre omission et acculturation	183
A Le dualisme foncier en Nouvelle-Calédonie	183
1 Les prémisses du dualisme foncier	183
a Le rapport des kanaks à la terre : parallèle avec les normes internationales	184
b La réforme foncière : du plan Dijoud à l'Accord de Nouméa	187

2 Une restitution des terres inadaptée à la réalité kanake _____	192
a Élément d'acculturation : une réattribution conditionnée à une mise en valeur des terres _____	192
b Des conceptions divergentes de la propriété : conflits et immobilisme _____	197
B L'omission de l'Accord de Nouméa sur les ressources naturelles _____	203
1 L'absence de droits sur les ressources naturelles terrestres _____	204
2 Le droit de la mer kanak _____	215
§ 2 Reconnaissance et infériorisation du droit civil coutumier _____	220
A Le champ d'application du statut civil coutumier _____	220
B La subordination du droit civil coutumier _____	226
Section II la réalité invisible de plusieurs ordres juridiques au sein de l'État français ____	231
§ 1 La reconceptualisation de la notion de coutume pour un véritable droit autochtone _____	231
A Évolution dichotomique de la conception de la coutume _____	232
1 La remise en cause originelle de la coutume _____	232
2 L'appréhension contemporaine de la coutume par le système hiérarchique de droit français _____	236
3 L'évolution doctrinale de la représentation de la coutume _____	238
B La présence d'un droit kanak en Nouvelle-Calédonie _____	241
§ 2 Émergence d'une nouvelle perspective pluraliste _____	243
A les inflexions du pluralisme juridique _____	243
B La portée de l'internormativité dans l'appréhension du phénomène pluraliste _____	246

CONCLUSION DU TITRE II	252
CONCLUSION DE LA PARTIE I	253
PARTIE II : LES VOIES DE LA RECONNAISSANCE DES DROITS DU PEUPLE KANAK COMME CLEF DE LA DECOLONISATION	254
<i>Titre I : L'adaptabilité constitutionnelle sous une apparente rigidité</i>	258
Chapitre I : la flexibilité des principes constitutionnels	260
Section I L'amointrissement de la souveraineté étatique externe	262
§ 1 Le droit international ou la remise en cause de la conception absolue de la souveraineté étatique	262
§ 2 La souveraineté étatique à l'épreuve du droit de l'Union Européenne	267
A L'obligation de conformité ou la supériorité latente du droit de l'Union	268
B les implications du droit dérivé de l'union sur la souveraineté étatique	270
C La dialectique juridictionnelle : la suprématie des juges européens	273
Section II La remise en cause de l'unité et de l'indivisibilité en droit interne	276
§ 1 Les entorses à l'indivisibilité territoriale : un dispositif efficace de résolution des conflits	277
A Les tempéraments ponctuels à l'intégrité territoriale : l'autodétermination comme mode de résolution des conflits	277
B Les tempéraments juridiques à l'intégrité territoriale : la pérennisation des différences statutaires	282
§ 2 L'unité : un principe structurant aménagé	290
A La fissuration de l'unité nationale	290
B Les dérogations à la souveraineté nationale	297
Chapitre II : La relecture du monisme juridique et de l'égalité pour une nouvelle démocratie	305
Section I Une reconceptualisation du principe d'égalité	307
§ 1 L'utopie égalitaire : l'origine de l'égalité formelle	307

A La théorie libérale : l'égalité dans la liberté	308
B Le républicanisme : l'égalité citoyenne	310
§ 2 Vers une démocratie renouvelée	314
A Le développement de l'égalité substantielle	315
1 / La remise en cause de la neutralité culturelle	315
2/ L'avènement de l'homme situé	317
B Conciliation entre la théorie libérale et les droits des peuples autochtones	319
Section II Une reconsidération de la théorie du monisme juridique	322
§ 1 Origine et évolution de la validité des normes juridiques	322
A La déchéance de la Raison	323
B Une validité tridimensionnelle : abandon du dogmatisme positiviste	326
1 Le critère de légalité : insuffisance de la validité formelle	326
2 Le critère d'effectivité : la nécessité d'une validité concrète	328
a Définition de l'effectivité	329
b Illustration d'une ineffectivité	332
3 Le critère de légitimité : l'apport d'une validité axiologique	334
C Corrélation entre les trois critères de validité	335
§ 2 –La remise en cause du modèle hiérarchique : Vers une transition paradigmatique	338
A Une résistance au changement	338
B L'idéal de gouvernance	341
CONCLUSION DU TITRE I	344
 <i>Titre II : Éléments d'ingénierie juridique canadiens au support prospectif des droits d'autodétermination interne kanake</i>	
Chapitre I : Les biens kanaks à la lumière de l'autodétermination : entre propriété collective et droits opposables aux tiers	347

Section I Restitution des terres coutumières _____	348
§ 1 Le défi actuel : sortir de l'acculturation _____	348
A Entre conflits internes et externes : le problème de la preuve _	349
1 L'ADRAF ou la délicate interprétation du lien à la terre _____	349
2 Les juridictions faces aux conflits territoriaux _____	354
B Des théories contraires au droit international _____	359
§ 2 La prise en considération de la conception kanake de la propriété _____	363
A La reconnaissance d'un véritable titre foncier ancestral _____	364
1 Les sources de la propriété autochtone _____	364
2 des critères d'identification reposant sur le « droit de l'endroit » _____	377
B La remise en cause de la propriété absolue _____	385
Section II Des droits opposables aux tiers en l'absence de titre foncier _____	395
§ 1 Reconnaissance de droits autochtones sur les ressources _____	395
§ 2 Les mécanismes de protection des droits autochtones _____	408
A Un contrôle de proportionnalité efficient _____	408
B Consultation et participation des peuples autochtones _____	416
1 Entre consultation et consentement obligatoire _____	416
2 Cogestion et conventions locales _____	424
Chapitre II : Essai d'ingénierie juridique autochtone : recherche sur les institutions politiques et administratives d'autodétermination kanake _____	435
Section I Organisation des institutions et autorités kanakes _____	437
§ 1 La reconnaissance de collectivités kanakes _____	437
§ 2 Les institutions du peuple kanak _____	443
A L'organisation des collectivités locales kanakes _____	444

B Les institutions nationales kanakes	456
Section II Les modalités d'exercice des compétences autochtones	470
§ 1 Type de compétence et place de la coutume : exposé des alternatives	470
A Entre territorialité et personnalité des lois	471
B Les sources du droit autochtone contemporain	481
§2 La reconnaissance des droits autochtones : entre marchandage et compromis	486
A L'organisation des relations entre les ordres juridiques	486
1 Les conflits de normes	486
2 Un domaine de compétence écarté : le droit pénal	495
B L'idéal du compromis : de la suprématie étatique à l'égalité entre les parties	501
CONCLUSION DU TITRE II	506
CONCLUSION DE LA PARTIE II	507
CONCLUSION GENERALE	509
BIBLIOGRAPHIE	519
INDEX	587
INDEX RERUM	588
INDEX NOMINUM	594
INDEX DE NORMES	598