



HAL
open science

L'adoption de la Charte du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie

François Féral

► **To cite this version:**

| François Féral. L'adoption de la Charte du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie. 2014. hal-04671850

HAL Id: hal-04671850

<https://hal.science/hal-04671850v1>

Submitted on 16 Aug 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial 4.0 International License

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.

François Féral¹

SOMMAIRE

INTRODUCTION	3
I.L'émancipation juridique du peuple kanak : du droit coutumier à l'autodétermination autochtone	4
A.Le contexte de construction du projet de Socle commun et de Charte _____	4
1.La situation indigne des kanak sur leurs propres terres.....	4
a)Une société kanak en souffrance	5
b)Les limites de la loi organique au regard de l'autodétermination.....	5
2.La prise de conscience et la constitution de l'identité autochtones.....	6
a)Une pratique institutionnelle délétère vis-à-vis des instances coutumières.....	6
b)L'autochtonie du peuple kanak.....	7
B.L'autodétermination du peuple kanak dans le cadre du destin commun et la constitutionnalisation de ses droits _____	9
1.Un dilemme juridique assumé par le Sénat.....	9
a)Quid de l'autodétermination autochtone du peuple kanak ?	9
b)Le rôle du Sénat dans la perspective autochtone.....	10
c)La portée juridique de l'autodétermination interne du peuple kanak	11
2.La construction des institutions kanak	12
a)La question compliquée de la souveraineté kanak.....	12
b)Les difficultés de l'institutionnalisation de la souveraineté kanak	13
c)L'imbrication de la souveraineté kanak dans le destin commun	14

¹ Professeur émérite de droit public, Président du Groupe Pacifique « État et cultures juridiques autochtones : un droit en quête de légitimité. » CRSH du Canada Université d'Ottawa.

II.l'organisation autochtone du peuple kanak.....	15
A.Les éléments constitutifs d'une nation kanak _____	15
1.Le territoire et la population du peuple kanak.....	15
2.Les valeurs identitaires du peuple kanak.....	16
B.Les institutions kanak _____	17
1.L'ouverture d'un difficile travail d'institutionnalisation	17
2.La personnalité juridique du peuple kanak	18
3.L'organisation coordinatrice du peuple kanak	19
a)La représentation du peuple kanak	19
b)L'exécutif des institutions du peuple kanak.....	20
4.Les chefferies/collectivités kanak.....	21
a)Problématique de la représentation collective des groupes kanak.....	21
b)Les circonscriptions des collectivités kanak.....	22
c)Les collectivités kanak et les actes coutumiers	23
Conclusion_____	24

INTRODUCTION

Le 12 avril 2014 « La Charte du Peuple kanak – socle commune des valeurs et principes fondamentaux de la civilisation kanak » a été adoptée par les Chefs coutumiers kanak réunis dans leurs aires respectives ; ce texte a été solennellement proclamé à Nouméa le 26 avril en présence de l'ensemble des autorités coutumières de la Grande Terre et des Iles.

Contrairement aux préjugés développés dans une curieuse anthropologie², la mission de définition d'un *socle commun* engagée par le Sénat coutumier est un travail d'introspection politique et juridique particulièrement novateur qui débouche sur l'adoption en France d'une charte de droits autochtones. Ces droits des peuples colonisés sont désormais reconnus par l'Assemblée Générale des Nations-Unies et ils sont à la pointe du combat pour les droits de l'Homme. C'est pourquoi les anthropologues les plus renommés en particulier dans le monde anglo-saxon se mobilisent non pour dresser un catalogue des idées reçues mais pour les aider à sortir la tête haute de la colonisation dont ils sont encore les victimes³. L'horizon des Kanak ne se réduit pas à un paradigme assimilationniste où, en produisant du nickel avec la même bestialité que les Occidentaux, les Kanak sortiraient enfin de la domination coloniale. C'est bien sur des systèmes de droits et de valeurs que s'institutionnalisent les identités vécues des individus dont la reconnaissance est considérée aujourd'hui comme un progrès décisifs des droits de la personne. L'identité juridique autochtone ne se résume pas à des rituels coutumiers de sauvages : il s'agit d'une quête émancipatrice assise sur un appareil mémoriel indispensable à restaurer l'estime de soi et du groupe auquel on appartient et qui a été humilié par cent cinquante ans de domination.

La construction du socle commun et la « Charte du Peuple kanak – socle commune des valeurs et principe fondamentaux du peuple kanak » adoptée par l'Assemblée du Peuple kanak⁴ le 27 avril 2014 ... est la seule contribution juridique à la construction du destin

² Cf. Ch. Demmer et Ch. Salomon, Droit coutumier et indépendance kanak *Vacarme* n°64 2013

³ Cf. J. Caillouette, Appartenance, identité et territoire vécu : des notions centrales au développement des communautés. *Développement social*, Vol.1(3), 9. 2009

⁴ L'ensemble des signataires s'est réuni sur les 8 aires respectives le 12 avril. Ils ont respectivement adopté la charte en réunissant en particulier les signatures selon la formule du préambule « *Nous autorités coutumières, Grand Chefs, Chefs, présidents de conseils de districts et présidents de conseils des chefs de clans seuls représentants traditionnels et légitimes du Peuple kanak de Nouvelle-Calédonie* ». La légitimité coutumière du préambule est reprise dans le dispositif du chapitre III de la charte : « *Nous autorités coutumières, Grand Chefs, Chefs, présidents de conseils de districts et présidents de conseils des chefs de clans, seuls représentants traditionnels et légitimes du Peuple kanak de Nouvelle-Calédonie, nous constituons, aux termes des présentes, en ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK* ». Cette déclaration est donc également constitutive de l'Assemblée : une sorte de « déclaration du Jeu de Paume » du Peuple kanak.

commun. Hélas, ni le Congrès, ni les Gouvernements successifs de Nouvelle-Calédonie, ni les partis politiques, qu'ils soient indépendantistes ou loyalistes, n'ont fourni le moindre document d'avenir malgré les moyens institutionnels ou matériels dont ils ont pu disposer. Seul le Sénat coutumier avec une détermination étonnante a su élaborer un document dont la portée juridique, spirituelle et politique est considérable. Comment ne pas être également admiratif des procédures participatives de concertation et de consultation que s'est imposé le Sénat pour construire, écrire, peaufiner ce document sans aide extérieure avec comme seule clef l'idée de Peuple et de Souveraineté kanak. Ce travail de constitution de socle commun des valeurs et de rédaction engagé par le Sénat suscite l'admiration des personnes versées dans les questions de décolonisation, de justice, de mémoire et de développement. Ainsi l'émergence de la revendication autochtone dans un nouveau contexte socio-politique est d'abord une entreprise décolonisatrice (I). C'est pourquoi la démarche autochtoniste bouleverse les principes constitutionnels et les institutions politiques et administratives de la Nouvelle-Calédonie (II).

I. L'EMANCIPATION JURIDIQUE DU PEUPLE KANAK : DU DROIT COUTUMIER A L'AUTODETERMINATION AUTOCHTONE

Il faut d'abord rappeler le contexte dans lequel l'idée autochtone a réalisé des progrès dans l'opinion kanak et auprès d'une partie de plus en plus large de ses élites et de ses Coutumiers. Il s'agit en effet d'une démarche d'autodétermination émancipatrice s'inscrivant dans le long processus de décolonisation.

A. Le contexte de construction du projet de Socle commun et de Charte

Outre les données d'une situation sociale calamiteuse, la situation des Kanak comme victimes de la colonisation se manifeste avec les ambiguïtés de la loi organique et la pratique institutionnelle qui s'est développée depuis son adoption. C'est ce contexte qui explique le renforcement récent et le développement de l'autochtonisme kanak.

1. La situation indigne des Kanak sur leurs propres terres

Les souffrances de la société kanak attestent à quel point les effets de la colonisation ont pu traumatiser durablement ce petit peuple du Pacifique. Contrairement aux apparences les

institutions de l'accord de Nouméa n'ont pas levé les obstacles juridiques à son émancipation.

a) Une société kanak en souffrance

La décolonisation du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie n'est-elle plus désormais qu'un souvenir de l'histoire de ce peuple et de la France impériale ? Certains considèrent que la page coloniale a été tournée avec les accords de Matignon et de Nouméa suivis de leur expression constitutionnelle dans le cadre de la loi organique. La consultation référendaire sur l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie purgerait définitivement la colonisation de l'archipel en faisant sortir la Nouvelle-Calédonie de la liste des Territoires non-autonomes.

Cependant la situation sociale et politique des Kanak sur leur propre terre ne donne pas crédit à cette thèse. La pauvreté qui accable une partie importante de ce peuple et les drames qui frappent un pourcentage significatif de sa jeunesse⁵, démontrent que « le compte n'y est pas » car les stigmates de la colonisation ne sont pas révolus et, en tout état de cause, l'indépendance ne réglerait pas la question d'un peuple encore aujourd'hui traumatisé dans sa recherche parfois sanglante de reconnaissance et de dignité.

Il en est de même s'agissant des pratiques des nouvelles institutions néocalédoniennes: la marginalisation des institutions coutumières dans le cadre du fonctionnement des nouvelles collectivités atteste de la perdurance de l'esprit colonial vis-à-vis de l'identité kanak.

b) Les limites de la loi organique au regard de l'autodétermination

L'ambiguïté décolonisatrice de la loi organique est patente : le préambule reconnaît le fait colonial et rappelle l'existence d'un *peuple d'origine* implanté en Nouvelle-Calédonie depuis des millénaires. Mais si ce peuple a conservé sa souveraineté d'origine, il est invité à la faire immédiatement disparaître en la fusionnant avec la souveraineté de la France dans le cadre d'un *destin commun*⁶.

⁵ Délinquance/incarcération, clochardisation, alcoolisme, sous-qualification scolaire et professionnelle, pourcentage significatif des Kanak sous le seuil de pauvreté.

⁶ Les rédacteurs ont voulu donner aux accords la valeur d'un acte de décolonisation pour mieux tourner la page de la question insoluble du « peuple kanak ». Ainsi la qualification de « peuple autochtone » n'y figure nulle part. C'est dire que le texte même qui reconnaît la souveraineté du peuple kanak, l'invite immédiatement à la partager avec la France : « *une reconnaissance de sa souveraineté, préalable à la fondation d'une nouvelle souveraineté, partagée dans un destin commun.* » et « *permettant au peuple d'origine de constituer avec les hommes et les femmes qui y vivent une communauté humaine affirmant son destin commun.* »

A partir des prolégomènes laborieux qui émaillent ce préambule que sont devenus les droits souverains kanak dans les développements ? On ne peut alors que constater que l'identité et le nom même des Kanak se confond avec la coutume et le mot « kanak » n'apparaît plus désormais dans les institutions de la Nouvelle-Calédonie... En fait, la coutume s'y substitue et exclusivement. Mais de quelle coutume parle-t-on ? Celle-ci est réduite à un statut personnel qui, du seul point de vue du droit privé, règle le droit de la famille et des biens coutumiers. L'identité kanak ne relève plus dès lors que de la sphère strictement privée de la famille, les actes coutumiers sont définis exclusivement comme des contrats en raison du caractère consensuel des palabres qui accompagnent la décision coutumière. La coutume apparaît ainsi comme étant de la même nature que l'appartenance à une communauté religieuse. Bref les Kanak sont enfermés par la loi organique dans une sorte de communautarisme que la laïcité républicaine tient dans les limites de l'intimité des familles et des patrimoines.

Dans ce cadre, un droit coutumier comparable à une sorte de droit confessionnel est élaboré par des magistrats républicains faisant preuve d'ailleurs d'un très grand talent et d'une exemplaire impartialité pour que ce droit personnel trouve toute sa place en Nouvelle-Calédonie sans être dénaturé. Il permet d'intégrer et de respecter la vie coutumière dans le cadre du droit de l'Etat français.

2. La prise de conscience et la constitution de l'identité autochtones

La démarche autochtoniste s'est renforcée à l'occasion de la recherche du « destin commun » inscrit dans le préambule de la loi organique qui a juridicisé l'accord de Nouméa. Si ce texte constitue un incontestable progrès pour la reconnaissance du peuple kanak, il n'organise pas expressément l'exercice des droits collectifs d'un peuple autochtone. Ces droits reposent sur l'antériorité souveraine d'un peuple sur ses terres et ses ressources.

a) Une pratique institutionnelle délétère vis-à-vis des instances coutumières

Bien que marginal, ce statut aurait pu suffire à finaliser la décolonisation si les accords n'avaient organisé la tutelle législative et l'autorité hiérarchique de la Nouvelle-Calédonie sur la coutume. Celle-ci est dirigée et administrée par le Gouvernement et le Congrès de la

Nouvelle-Calédonie qui y imposent leurs lois, leurs procédures et leurs décisions règlementaires. De facto, la nouvelle collectivité exerce ainsi son pouvoir sur une « minorité ».

La pratique de l'accord de Nouméa démontre que la Nouvelle-Calédonie entend exercer sa tutelle sur la coutume comme s'il s'agissait d'un ensemble de questions administratives relevant de ses compétences. La première singularité est de voir se développer une « *administration des affaires coutumières* » qui exerce son contrôle sur les décisions et les actes des chefferies. Dans ce cadre, les autorités coutumières sont mises sous la surveillance et sous le contrôle des fonctionnaires de la Nouvelle-Calédonie. De même, des lois du Pays votées par les représentants de la population néocalédonienne dans le cadre des institutions de l'Etat fixent le cadre d'exercice et même le contenu de la coutume⁷... c'est pourtant cette coutume qui, selon les textes, constitue le seul reliquat de la souveraineté kanak.

La mise en place du Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie pouvait laisser penser que l'identité kanak disposait d'une expression politique et institutionnelle spécifique puisque cet organe « majestueux » constituait une innovation législative exceptionnelle. Cependant la pratique du Congrès et des Gouvernements successifs de Nouvelle-Calédonie donne la mesure de la situation dans laquelle est tenue l'idée même d'une entité organique kanak au sein des instances gouvernantes de la collectivité. Il a fallu attendre près de 15 ans avant que les avis sénatoriaux soient publiés au journal officiel... sans pour autant d'ailleurs être suivis par le Congrès. Par ailleurs pour son fonctionnement le Sénat a été privé des moyens matériels assurant une véritable autonomie. Cet organe n'a jamais été réellement considéré comme une véritable institution législative par une classe politique professionnalisée (qu'elle soit d'ailleurs d'origine kanak ou européenne): des voix se sont même élevées pour souhaiter sa disparition pure et simple.

Au total nous avons assisté à la marginalisation juridique de l'identité kanak dans un espace institutionnel non public et non politique, marginalisation qui exprime le mieux la négation des droits collectifs du peuple kanak.

⁷ Le fait que des Kanak siègent au Gouvernement et au Congrès ne donne pas une légitimité kanak à ces lois : ces députés et ministres sont en effet élus comme représentant de la Nouvelle-Calédonie et non pas comme représentant des Kanak.

Ainsi aujourd'hui la dévolution successorale et la "police coutumière" sont portées à l'ordre du jour des travaux du Gouvernement qui entend ensuite faire légiférer sur des questions par le Congrès.

b) L'autochtonie du peuple kanak

Cette évolution institutionnelle délétère a nourri les craintes d'une impasse politique que ne réglerait pas l'affrontement référendaire car elle confirme que, pour une majorité de néocalédoniens, l'identité kanak se réduit à du folklore et à l'exercice d'un statut personnel destiné à s'éroder pour progressivement disparaître. Cette menace légitime aujourd'hui la démarche et le projet des sénateurs en faveur de la constitution d'un socle commun de valeurs servant de base à une charte de nature constitutionnelle.

D'un point de vue juridique la charte ne procède pas directement de l'ordonnement juridique de l'Etat français. Si on adopte une posture normativiste, la charte a donc une valeur normative discutable, puisque l'Assemblée du Peuple kanak n'a pas été créée par l'Etat et a été autoproclamée, elle n'a donc pas de compétence législative ou constitutionnelle formelle. Par ailleurs, l'affirmation d'être un peuple paraît inconstitutionnelle en référence à la jurisprudence du Conseil Constitutionnel sur le peuple Corse. Certes, une discussion pourrait s'ouvrir sur la valeur constitutionnelle du préambule de la loi organique dans lequel les termes « peuple » et « kanak », apparaissent à plusieurs reprises : cependant la loi semble le décliner *au passé* car sa souveraineté disparaît dans l'acceptation du destin commun⁸.

Par ailleurs, la référence à des droits autochtones semble également non opposable. Si la France a bien signé Déclaration des Nations Unies adoptée en 2007 en faveur des peuples autochtones (DDPA) elle a exclu qu'il puisse y avoir son territoire la reconnaissance de leurs droits spécifiques, car ses principes constitutionnels lui interdiraient la mise en place d'un régime juridique distinct entre les citoyens qui créeraient des catégories de populations avec des droits différents. La France dans ses réserves prétend ainsi ne s'engager que *politiquement et moralement* à respecter les dispositions de la DDPA, alors même que l'objet de la déclaration est l'affirmation de droits particuliers au bénéfice des peuples colonisés.

Cependant l'analyse interne à l'Etat français peut ici être considérée comme inopérante. La configuration de la situation politique et juridique des Kanak ne correspond pas aux exigences de la DDPA de 2007 qui établit des principes juridiques et des droits particuliers aux peuples colonisés et en particulier le droit à l'autodétermination interne. Votée avec les réserves évoquées *supra*, la portée juridique interne de la DDPA semble faible ; pourtant ce vote pèse de plus en plus sur notre pays car, dans un même temps, la Nouvelle-Calédonie a

⁸ L'article 73-3 nouveau de 2003

été confirmée dans son statut international de territoire non autonome et le rapporteur spécial des Nations-Unies a établi clairement en 2011 l'autochtonie de la population kanak décrite et documentée en 2008⁹.

En fait, la charte est clairement référencée aux droits reconnus internationalement par la déclaration des Nations Unies de 2007, avec ces tous premiers mots : « *le peuple kanak est le peuple autochtone de Nouvelle-Calédonie* ». Dès lors les Kanak n'ont pas besoin de la reconnaissance constitutionnelle de la France : *la charte est elle-même une constitution* qui tire sa légitimité de la souveraineté kanak et non de la reconnaissance des institutions étatiques¹⁰. Vis-à-vis de l'Etat au sein duquel le peuple kanak inscrit sa citoyenneté, la charte expose simplement une demande de « dialogue juridique » sous forme coopérative et non une demande de validation juridique.

B. L'autodétermination du peuple kanak dans le cadre du destin commun et la constitutionnalisation de ses droits

Pour les Kanak la démarche autochtoniste apparait comme un dilemme juridique auquel s'est seul attaqué le Sénat coutumier pour mettre en place des institutions kanak dans le cadre d'un socle commun de valeurs et de principes de vie. Elle correspond également par les Kanak eux-mêmes à une demande profonde de juridicisation de leurs droits, ce qui est apparait comme une nouvelle stratégie politique.

1. Un dilemme juridique assumé par le Sénat

Revendiquer ou non le statut individuel et collectif d'autochtonie n'était pas une décision facile sur un plan politique et institutionnel. Le Sénat, et lui seul, s'est pourtant engagé dans cette voie au nom de la fidélité à la civilisation kanak dont il se veut le garant et la mémoire, alors même qu'il n'est pas lui-même une institution coutumières.

⁹ Assemblée générale des Nations-Unies, Conseil des droits de l'homme, neuvième session « Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development », Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, S. James Anaya, 15 août 2008, A/HRC/9/9/Add.1

¹⁰ Cf. Préambule de la charte p. 9 : « [la Charte dote]... *le peuple kanak d'un cadre juridique supérieur [...] expression de sa souveraineté inhérente* »

a) Quid de l'autodétermination autochtone du peuple kanak ?

La revendication autochtone est fondamentalement politique en raison de son caractère émancipateur et décolonisateur. A cet égard et sur ces fondements elle se distingue radicalement des confessionnalismes et des communautarismes religieux et ethniques dans lesquels on voudrait enfermer la condition kanak.

Sur un plan politique il s'agit de refuser la marginalisation et la folklorisation des identités kanak, de faire mémoire de l'étreinte coloniale et de ses stigmates sociaux, de rappeler l'imprescriptibilité d'une souveraineté kanak originelle et de revendiquer des institutions collectives qui en retracent la noblesse.

Sur un plan juridique il s'agit de construire en Nouvelle-Calédonie des institutions juridiques autochtones propres à émanciper le peuple kanak par un processus d'autodétermination interne, en particulier en établissant des institutions propres aux Kanak. Ce processus est déjà engagé par la reconnaissance étatique de la coutume mais il doit déboucher sur un pluralisme juridique permettant le dialogue de deux cultures juridiques : celle de l'Etat d'une part et celle du peuple kanak d'autre part.

Deux questions demeurent au cœur de cette démarche :

- il n'est pas matériellement contestable que la population kanak de Nouvelle-Calédonie correspond à la définition d'un peuple autochtone telle qu'elle a été adoptée par la résolution des Nations-Unies de 2007. Dans ces conditions, doit-elle oui ou non revendiquer clairement ce statut de « peuple autochtone » ?

- S'il est établi que les Kanak sont un peuple autochtone, le droit à l'autodétermination leur est reconnu par les Nations-Unies sous formes de « droits des peuples autochtones ». Or il est clair que ces droits ne sont pas respectés dans le cadre organique actuel de Nouvelle-Calédonie : ces droits doivent-ils ou non être revendiqués ?

Seuls les Kanak, dans leurs différentes instances politiques ou coutumières, peuvent répondre à ces deux questions... mais ce choix n'est pas aisé :

- s'engager dans la démarche autochtoniste implique une révision profonde de l'accord de Nouméa et l'instauration d'un nouveau paradigme juridique et institutionnel autour duquel les Kanak doivent se concerter pour s'accorder sur un nouveau projet de partage ;

- ne rien entreprendre pour obtenir ces droits c'est écarter les spectres de nouveaux conflits et de nouveaux combats politiques ; mais c'est aussi laisser passer pour le peuple kanak une

chance historique de sortir la tête haute de la décolonisation et c'est devoir en répondre plus tard auprès des générations futures de la Kanaky.

b) Le rôle du Sénat dans la perspective autochtone

En mars 2011, le Sénat coutumier organisait l'atelier « droit et coutume » où se posait pour la première fois la question des institutions kanak conçue au-delà des dispositions de la loi organique. Le 4 octobre 2012, lors du séminaire organisé au centre culturel Tjibaou de Nouméa, la question de la stratégie autochtone a été clairement posée qui a lancé les Etats généraux du peuple kanak et la définition du socle commun des valeurs. A partir des travaux conduits avec de faibles moyens matériels, le Sénat de Nouvelle-Calédonie a invité les participants à réfléchir à des améliorations institutionnelles organiques ou fonctionnelles ; ces propositions rendent fidèlement compte de la place des Kanak à l'intérieur même du processus de destin commun. La réflexion sur les valeurs coutumières du peuple kanak apparaît ainsi comme la première pierre de *la constitution du peuple kanak*, posée dans le cadre de son autodétermination autochtone par l'Assemblée du Peuple kanak constituée par la communauté des chefferies.

c) La portée juridique de l'autodétermination interne du peuple kanak

La charte adoptée le 12 avril 2014 constitue le socle des valeurs et des principes de vie commune dont s'inspirent les instances coutumières pour asseoir le système juridique coutumier. Elle lui permet une évolution coordonnée et nécessaire dans le cadre de son destin partagé avec d'autres populations en Nouvelle-Calédonie. La formalisation de ces principes a un triple objectif :

- proposer *en interne* aux instances coutumières un socle de valeurs permettant l'unification d'un « système juridique kanak » s'illustrant dans des décisions fondées sur les mêmes principes de vie ;
- faire connaître *en externe* aux institutions étatiques ces principes de vie commune kanak constitutive de son identité et de son droit autochtone ;
- s'adresser aux *instances internationales* pour la reconnaissance juridique du peuple kanak autochtone.

Au sens que lui donnait Marcel Prélot il s'agit d'une œuvre constitutionnelle qui est le préambule des droits à l'autodétermination du peuple kanak : ses institutions administratives et politiques viennent le compléter.

Les participants aux états généraux et à l'ensemble des travaux du socle commun ont souligné que le cadre juridique de la loi organique devait être amélioré pour une sortie effective (et non seulement implicite) de la décolonisation. Il s'agit d'organiser une véritable autodétermination reposant en particulier sur l'autonomie d'une administration kanak et sur une distinction institutionnelle plus nette entre Nouvelle-Calédonie d'une part et Kanaky d'autre part. Le sentiment a dominé que les participants, en particulier les sénateurs ou les responsables coutumiers, étaient en forte demande d'organisation, d'émancipation et de reconnaissance. Ces aspirations ne s'expriment ni sur le terrain partisan, ni en référence à l'indépendance ; elles portent sur le terrain institutionnel et juridique, avec une question centrale ainsi posée : *quelles institutions pour le peuple kanak dans le cadre du destin commun ?*

Ainsi est apparu un projet de juridicisation des relations internes au peuple kanak en complément des seules relations coutumières, allant bien au-delà des règles de droit mises en place lors de l'accord de Nouméa. Si le principe du destin commun n'est pas remis en cause, les modalités de l'autodétermination kanak restent en suspens en particulier depuis que ses droits ont été formalisés par les Nations Unies. Le droit de s'administrer soi-même apparaît ainsi comme une revendication émancipatrice et c'est le complément d'un culturalisme kanak qui, sans institutions propres, est condamné au folklore.

2. La construction des institutions kanak

La question d'un peuple kanak souverain est la pierre de touche de la problématique autochtone, c'est également ce qui soulève le plus de réserves républicaines en raison du mythe fondateur de l'unicité du peuple et de la Nation ; elle débouche sur une réorganisation des institutions juridiques et administratives de la Nouvelle-Calédonie que celle-ci se déclare indépendante ou qu'elle reste rattachée à l'Etat français

a) La question compliquée de la souveraineté kanak

La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones reconnaît formellement leur droit à l'autodétermination. Cela signifie que les peuples premiers colonisés ont *le droit de se gouverner*, c'est-à-dire de régir eux-mêmes les affaires internes

de leurs communautés et des aspects faisant partie intégrante de leur culture, de leur identité ou des rapports spéciaux qu'ils entretiennent avec leurs terres et ressources¹¹. Afin de mettre en pratique ce droit, l'Etat reconnaît sa responsabilité coloniale ; il est amené à concevoir et à constituer légalement le cadre dans lequel pourra s'exercer l'auto-administration d'une partie de la population néo-calédonienne dans le cadre d'un destin partagé.

Le moins qu'on puisse dire est que cette obligation n'est pas spontanément remplie par les institutions de l'Etat servies par une doctrine juridique peu ouverte, en définitive et en réalité, à l'idée de décolonisation. Ainsi les réserves des constitutionnalistes ne manquent guère sur l'unicité du peuple et de la souveraineté, la proscription des droits collectifs, l'égalité formelle des citoyens, l'indivisibilité de la République...obstacles qui seraient un ensemble d'*impossibilités juridiques* de faire droit à l'autodétermination autochtone des Kanak. Cependant l'histoire du droit nous démontre l'étonnante plasticité du droit républicain et surtout la pression qu'y exercent de nouveaux contextes pour en redéfinir les notions qui pouvaient paraître les plus rigides¹².

b) Les difficultés de l'institutionnalisation de la souveraineté kanak

En elle-même, la construction des institutions d'autodétermination des Kanak n'est pas chose aisée car, comme les Etats Généraux l'ont mis en lumière et comme le précise la charte, c'est une particularité de l'identité kanak que d'être constituée de nombreuses communautés vivant en interrelations. La souveraineté du peuple kanak apparaît donc morcelée entre ses chefferies et ses clans. A ce titre elle nécessite :

- la construction de l'expression collective d'une *souveraineté kanake unifiée* dans une sorte de « *cadre confédéral (!)* » dans lequel les entités kanak de base fusionneraient leurs souverainetés¹³ ;
- la mise en place d'organes constitutionnels kanak propres à exercer des compétences au nom de ces nombreuses entités souveraines.

¹¹ Ainsi par exemple ce droit est appelé au Canada : *droit à l'autonomie gouvernementale*.

¹² Cf. à cet égard Madinier A.L et Féral F. Contribution à la reconnaissance d'un droit autochtone kanak en Nouvelle-Calédonie : Le droit français républicain et de l'Accord de Nouméa à l'épreuve des principes autochtonistes du droit international public - Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie CERTAP UPVD Contrat de collaboration scientifique 2290/2011 /SC/GM Octobre 2012

¹³ Le confédéralisme est ce qui se rapproche le plus d'un système de souverainetés composites mais ce n'est qu'un concept relai pour nous approcher la complexité de la civilisation kanak.

Ce processus repose sur de nombreux préalables que le travail du Sénat a essayé d'éclairer. Au-delà des fractionnements des Kanak en chefferies et en clans, la question était de savoir d'abord s'il existait une identité commune, constituée de valeurs communes réunissant l'ensemble des entités coutumières qui sont titulaires de la souveraineté originelle¹⁴. C'est le patient travail de consultation participative auquel s'est livré le Sénat.

En second lieu, vers quoi s'engagent les autorités kanak dans cette démarche de fusion des souverainetés coutumières constitutives de la souveraineté ? Quelles sont les compétences déléguées aux instances représentatives de cette souveraineté et qui ne sont pas des institutions originelles ?

Ces questions ne sont pas résolues, mais dans les tous derniers développements de la charte l'Assemblée du peuple kanak confie au Sénat la feuille de route des institutions et d'un plan d'action pour développer des politiques kanak. Le Sénat doit s'engager dans un travail « conventionnel » pour l'application de la charte. Il apparaît d'ores et déjà comme chargé d'une fonction *exécutive* des délibérations de l'Assemblée du peuple kanak et de mise en œuvre d'un certain nombre de politiques : juridictionnelles, économiques, culturelles... Bref, outre sa casquette législative prévue par l'accord de Nouméa, le Sénat exerce les missions embryonnaires d'un *Gouvernement kanak* tel que défini dans la DDPA de 2007.

c) L'imbrication de la souveraineté kanak dans le destin commun

Comment peuvent s'imbriquer et s'articuler les institutions kanak avec les institutions républicaines dans le cadre du destin commun ? Quelle double lecture juridique peut-on faire de ces institutions kanak et non plus de ces institutions simplement coutumières ?

La première question que nous avons évoquée repose sur la proclamation d'un peuple kanak autochtone : cette étape franchie sa souveraineté et ses droits ne sauraient lui être contestés. Comme le dit expressément le point 9 du chapitre II de la charte, l'idée de souveraineté kanak fait que désormais l'ensemble des institutions coutumières ne pourraient se trouver sous la tutelle juridique ou administrative de l'Etat ou de la Nouvelle-Calédonie.

¹⁴ Cette démarche correspond d'ailleurs aux critères internationaux définissant l'autochtonie d'un groupe.

Ainsi la justice et l'administration kanak ne relèvent que de la *légalité* et de la *conventionalité* des droits de l'Homme selon un mécanisme juridictionnel protecteur des libertés individuelles. Telle sont les limites des pouvoirs étatiques sur la souveraineté kanak. Si la population kanak souhaite suivre la voie de la reconnaissance de ses droits autochtones bien qu'elle dispose de solides arguments, elle s'engage dans un combat de longue haleine qui soulèvera de nombreuses oppositions et de nombreux conflits. Le travail d'introspection réalisé par le Sénat pour définir le socle commun de l'identité kanak n'est donc que la première étape de l'organisation de la souveraineté qui relève ensuite de l'ingénierie juridique et administrative. En réalité, le droit républicain dispose de tous les ingrédients fonctionnels et institutionnels pour y parvenir mais cela suppose de les utiliser selon le nouveau paradigme d'un dialogue de deux cultures juridiques¹⁵.

II. L'ORGANISATION AUTOCHTONE DU PEUPLE KANAK

Le contenu de la charte établit que le peuple kanak participe à la vie sociale et politique de la Nouvelle-Calédonie ; il y exerce des droits autochtones spécifiques sur un territoire, selon des valeurs et une mémoire ; celles-ci sont servies par des institutions fonctionnelles dans le cadre du destin commun et de l'organisation de la Nouvelle-Calédonie, que celle-ci accède à l'indépendance ou non.

A. Les éléments constitutifs d'une nation kanak

La population et le territoire des Kanak constituent les éléments physiques d'une *nation kanak* au sens que l'on donne aux minorités ethniques en droit international, définition qui ne correspond en rien avec l'unicité nationale de l'Etat français. La charte et le socle commun des valeurs expriment les éléments de cohésion identitaires qui en font un peuple.

¹⁵ Cf. l'étude de A.L Madinier, F. Féral « Contribution à la reconnaissance d'un droit autochtone kanak en Nouvelle-Calédonie Le droit français républicain et de l'Accord de Nouméa à l'épreuve des principes autochtonistes du droit international public » Contrat de collaboration scientifique 2290/2011 /SC/GM Entre le Sénat Coutumier de Nouvelle-Calédonie et Le Centre de Recherche sur les Transformation de l'Action Publique de l'Université de Perpignan Via Domitia. Restitution à Nouméa octobre 2012 ; 96 p. Dactylographiées. Document disponible auprès du Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie

1. Le territoire et la population du peuple kanak

La reconnaissance des droits autochtones fait que la Nouvelle-Calédonie est le territoire du peuple kanak. Dans le cadre du destin commun, son usage est partagé avec les autres communautés de Nouvelle-Calédonie. Sur ce territoire le peuple kanak gère et administre des terres coutumières notamment par ses chefferies et ses clans. Le cas échéant il exerce sur les autres terres de Nouvelle-Calédonie des droits patrimoniaux, mémoriels et culturels dans le cadre des institutions de Nouvelle-Calédonie comme le souligne la charte qui définit des « zones d'influence coutumières »¹⁶.

La situation du peuple kanak est, dans le monde, tout à fait exceptionnelle : confronté à une colonisation de peuplement il a accepté à la suite d'épisodes tragiques de partager son territoire et son destin avec d'autres populations pour devenir la plus forte minorité sur ses terres. Sa situation postcoloniale est donc différente des faibles minorités autochtones pour lesquelles des *accommodements raisonnables* permettent d'organiser une discrimination positive sans conséquence importante sur le fonctionnement des institutions étatiques¹⁷. Il n'en est pas de même pour la communauté kanak forte de plus de 100 000 personnes et occupant très majoritairement plus des 2/3 du territoire de Nouvelle-Calédonie. Ses droits souverains à l'autodétermination n'ont pas disparu qui lui donnent accès légitime en particulier à l'administration de ses affaires propres.

Le peuple kanak se définit par son lien à la terre qui est organisé et défini dans le cadre clanique et inter-clanique¹⁸. L'appartenance à une juridiction coutumière et l'état civil coutumier notamment permettent de définir juridiquement qui sont les membres du peuple kanak¹⁹.

2. Les valeurs identitaires du peuple kanak

La charte du peuple kanak a pour objet la définition et la formalisation des valeurs kanak, de sa mémoire et de ses principes. Tous les *systèmes de droit* reposent sur une articulation de

¹⁶ Chapitre II section 4 §1 – 5 de la Charte

¹⁷ Situations de marginalité démographique rencontrées pour les Amérindiens et les Aborigènes d'Australie : la reconnaissance de droit spécifiques n'a dans ces cas qu'une portée infime sur le fonctionnement juridique de l'Etat.

¹⁸ Chapitre I 4) sur les valeurs fondamentales et chapitre II section préliminaire §2. Occupation de l'Espace et section 2 De l'organisation sociale §1. Des structures coutumières et de l'individu

¹⁹ Cependant la jurisprudence de droit coutumier de Nouvelle-Calédonie reconnaît la possibilité à un « non-kanak » de le devenir au titre de son identité vécue.

valeurs, que celles-ci soient explicitement exprimées à travers la norme juridique ou qu'elles y soient implicites.

Le travail d'introspection et de mémoire engagé lors des Etats généraux a montré que les kanak partagent une conception commune de la justice entre les hommes et les femmes de leurs communautés. Avec le relai de la religion chrétienne il a également montré sa compatibilité avec les valeurs universelles. Le projet d'établir sur une *mémoire commune* un corpus de principes et de valeurs en interrogeant l'ensemble des chefferies et des clans et en faisant adopter un texte de référence constitue une véritable « déclaration des droits et devoirs kanak » qui est le fondement spirituel de la constitution kanak.

Les liens à la terre, le respect des personnes et des générations, la solidarité clanique et inter-clanique, l'identité reconnue aux personnes, l'esprit de don, de partage et de pardon... apparaissent comme les valeurs du peuple kanak et les fondements de sa civilisation²⁰.

Un *dialogue des valeurs* est alors possible et fonctionnel au sein du destin commun dans le cadre d'une évolution des différentes populations constitutives de la Nouvelle-Calédonie. En effet, rien dans ces valeurs ne paraît fondamentalement opposé aux valeurs de la République, des Nations-Unies ou de l'Europe. Cet ensemble de principes est un enrichissement et il apparaît d'ores et déjà compatible avec les droits universels des institutions internationales et avec les principes républicains de la France. C'est pourquoi le dernier alinéa du point 18) de ce chapitre souligne la portée universelle des valeurs qui inspirent les droits du peuple kanak qui renvoient « ... aux notions de Paix, de Fraternité, de Solidarité, de Justice, de Respect, d'humilité de Responsabilité et d'Honneur ». Ce rappel est une invitation à élaborer des normes communes avec l'appareil d'Etat auquel le peuple kanak est attaché.

B. Les institutions kanak

Le travail d'institutionnalisation est la suite logique de l'adoption de la charte. Il soulève la question de la personnalité juridique du peuple kanak qui se distinguerait du peuple français. L'organisation générale et collective de la société kanak prend ainsi une dimension politique au sens originel du terme puisqu'il s'agit d'établir la « cité kanak » qui reste à concevoir et à construire au sein d'un Etat unitaire.

²⁰ Cf. Chapitre I Valeurs fondamentales de la civilisation kanak de la charte

1. L'ouverture d'un difficile travail d'institutionnalisation

Une phase d'organisation juridique s'ouvre pour permettre de définir le contenu et la nature de l'autodétermination définie par la DDPA et qui ne peut être confondue avec le processus d'indépendance. L'article 4 de la Déclaration souligne que les peuples autochtones 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. ». L'article 5 évoque pour sa part « ... le droit de maintenir et de renforcer leurs institutions politiques, juridiques, économiques, sociales et culturelles distinctes, tout en conservant le droit, si tel est leur choix, de participer pleinement à la vie politique, économique, sociale et culturelle de l'État ».

La suite logique de l'adoption de la charte est donc de construire cette auto-administration ; on imagine d'abord une « structure centrale » représentative du peuple autochtone à laquelle répond des « entités juridiques collectives » au niveau local des chefferies.

En ce qui concerne la gouvernance générale du peuple kanak, le chapitre III nous donne des indications essentielles : « ... la souveraineté du peuple kanak est inhérente... [elle est un] droit naturel imprescriptible » elle « ...émane de l'autorité des chefferies considérées dans leur ensemble ». Le sixième alinéa du dispositif de ce chapitre final sanctionne la constitution de « l'Assemblée du Peuple kanak. » conçu comme l'organe titulaire de la souveraineté kanak. Le dixième alinéa délègue au Sénat coutumier une « mission conventionnelle », c'est-à-dire une tâche d'organisation (au sens étymologique : la création et l'articulation d'organes de gouvernance). Ce faisant il assure le rôle d'exécutif de l'Assemblée du peuple kanak. Il est clair dans cette rédaction que le Sénat ne partage pas la souveraineté ; il apparaît plus comme un « commis » que comme un organe aux compétences de principe²¹. Le fait que le Sénat conserve ses missions législatives auprès du Congrès de Nouvelle-Calédonie est l'illustration de sa mission de dialogue des deux cultures juridiques.

Au niveau des territoires kanak il est logique que les chefferies constituent des « entités kanak » propres à représenter et administrer les communautés kanak : c'est une innovation dans le paysage institutionnel de la République.

²¹ Le terme *commis* fut utilisé par les Conventionnels de 1793 pour désigner les ministres mis sous l'autorité des Comités de la Convention qui étaient composés de députés rendant compte au jour le jour de leurs actions à l'Assemblée.

2. La personnalité juridique du peuple kanak

Les institutions kanak proprement dites et en particulier les chefferies n'ont pas besoin d'être établies puisqu'elles existent depuis des temps bien antérieurs à la colonisation et que selon le chapitre II de la charte, elles détiennent la souveraineté kanak. Mais dans le cadre du destin commun il est nécessaire qu'une administration autonome de la coutume et propre au peuple kanak se mette en place et soit interlocutrice des institutions étatiques auprès desquelles le peuple kanak est désormais attaché. Ces institutions sont de deux niveaux :

- le niveau général permettant le fonctionnement coordonné des chefferies kanak et de représenter l'ensemble du peuple kanak;
- le niveau local permettant le fonctionnement et la gestion des chefferies kanak et la gestion des biens kanak.

La reconnaissance du peuple kanak implique sa personnalité morale faute de quoi ce peuple serait privé de capacités juridiques propres. C'est cette situation qui est aujourd'hui établie dans l'accord de Nouméa : la Nouvelle-Calédonie est la personne juridique subrogée dans les droits du peuple kanak en exerçant en particulier des pouvoirs législatifs et administratifs sur la coutume: lois du Pays, administration coutumière, état civil coutumier, tutelle financière et juridique... Ces compétences sont exercées comme nous l'avons vu par le Gouvernement sur le Sénat et les autorités coutumières. Or, en conformité avec les articles 3 et suivants de la DDPA ces compétences doivent être assurées exclusivement par des instances kanak autonomes²².

Au cœur du droit de l'Etat républicain, le peuple kanak est l'expression d'une communauté d'intérêts collectifs de personnes physiques et de groupes organisés. C'est cette communauté d'intérêt qui est sociologiquement constitutive de sa personnalité morale²³. Ainsi le peuple kanak est un ensemble d'hommes et de femmes constituant une personne juridique reconnue comme une entité collective au sein de l'Etat.

Il est cependant bien établi et documenté que l'identité et la souveraineté kanak sont atomisées sur des chefferies et des clans. Cette autonomie clanique induit que les

²² Selon l'article 5 de la DDPA : « Les peuples autochtones ont le droit de maintenir et de renforcer leurs institutions politiques, juridiques, économiques, sociales et culturelles distinctes, tout en conservant le droit, si tel est leur choix, de participer pleinement à la vie politique, économique, sociale et culturelle de l'État. »

²³ Cette situation illustre concrètement la théorie de l'institution de Maurice Hauriou par laquelle le groupe est le fondement de l'institution : « idée d'œuvre » se dotant d'organes et de règles disciplinaires dont la personnalité juridique est la « stylisation ».

institutions représentatives de l'ensemble des autorités coutumières ne peuvent pas modifier les équilibres internes et inter-claniques sans recueillir l'accord unanime des chefferies kanak. L'ensemble du peuple kanak est donc représenté par un organe exerçant les droits collectifs confédérés de la personne juridique du peuple kanak.

3. L'organisation coordinatrice du peuple kanak

La représentation de l'ensemble des kanak soulève la question d'une institution *nationale* ; la forme atomisée de la souveraineté incline à constituer une structure titulaire de simples compétences de coordination.

a) La représentation du peuple kanak

Le Sénat coutumier est aujourd'hui l'organe qui représente les chefferies kanak auprès des institutions centrales de la Nouvelle-Calédonie mais sa capacité juridique normative est limitée à donner des avis qui ne lient pas le législateur néocalédonien. C'est la pratique politique de l'institution qui illustre le mieux sa marginalité. L'ensemble de ses compétences fonctionnelles et administratives est exercé par le Pays et il n'a participé effectivement aux décisions législatives concernant le peuple kanak que d'une manière très limitée. Du point de vue du droit autochtone la revendication de participer au pouvoir législatif de Nouvelle-Calédonie n'a d'ailleurs pas réellement de cohérence : la Nouvelle-Calédonie est une collectivité distincte du peuple kanak.

Pour exercer ses missions constituantes, le Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie exerce les fonctions de *l'Instance permanente kanak* prévue dans la charte. Conçu comme l'organe exécutif du peuple kanak légitimé par l'Assemblée des chefferies il exerce organiquement *de facto* la personnalité juridique du peuple kanak, sans que celle-ci lui soit reconnue par les textes, puisqu'il n'est qu'un organe de la Nouvelle-Calédonie. Il doit exercer notamment les compétences aujourd'hui dévolues au Gouvernement et au Congrès de Nouvelle-Calédonie dans le champ des « affaires coutumières »²⁴. Plus largement l'Instance permanente kanak doit « régler par se délibérations les affaires kanak » c'est-à-dire l'ensemble des questions relatives aux intérêts collectifs du peuple kanak. Titulaire d'un pouvoir législatif autonome cet organe répond aux exigences de l'article 3 de la DDPA. En conséquence la Nouvelle-Calédonie n'exerce ni compétences ni tutelle administrative sur les institutions du peuple

²⁴ Notamment les questions familiales et les biens, mais également les personnes collectives, la responsabilité, les contrats. Doivent s'y ajouter les questions cadastrales, l'état civil kanak, les conflits inter-claniques, les finances kanak... et la représentation kanak dans son ensemble.

kanak. C'est ce que formule la charte à l'article 9. du chapitre III qui traite de l'autodétermination et à l'alinéa 9 du développement final : « *la gestion des composantes de l'identité kanak et de la Coutume devra émaner des chefferies* ».

Le Sénat coutumier à titre transitoire est constitué en Convention pour établir la composition et le fonctionnement des institutions kanak (alinéa 11 du développement final).

b) L'exécutif des institutions du peuple kanak

L'administration de la coutume suppose la constitution d'un organe exécutif des institutions du peuple kanak. Cette fonction d'administration autonome implique la désignation d'un exécutif responsable des services administratifs de la coutume et plus largement des affaires kanak. La logique qui préside à l'organisation des institutions kanak indique que cet exécutif administratif est purement fonctionnel sans réelle compétence politique. Pour l'instant, c'est le Sénat qui est investi d'une « *mission conventionnelle* » et qui est « *chargé de porter la légitimité autochtone* », « *d'organiser et renforcer la souveraineté autochtone* » et de « *redéfinir une cadre mutuellement accepté des relations du Peuple kanak à l'Etat français et au Territoire de Nouvelle-Calédonie* »²⁵.

L'organisation en chefferies implique que l'organe exécutif soit tournant et/ou tiré au sort pour des mandats assez courts, à la tête d'un appareil administratif autonome. Enfin doit être rapidement abordée la question des « *finances kanak* » permettant le fonctionnement autonome des institutions coutumières : pour l'heure le Sénat et les Conseils dépendent totalement du Gouvernement de Nouvelle-Calédonie. Ils ne sont ni ordonnateurs ni référencés sur une ligne budgétaire particulière²⁶.

4. Les chefferies/collectivités kanak

Dans le cadre du destin commun, les chefferies sont le cadre institutionnel permettant notamment le fonctionnement collectif de la coutume mais plus largement celui de la vie sociale kanak. La reconnaissance des chefferies comme collectivités kanak apparaît comme la solution juridique la plus fonctionnelle car c'est reconnaître la *personnalité morale* susceptible de représenter et d'agir pour le compte d'un groupe d'intérêt.

²⁵ Chapitre III in fine de la charte

²⁶ Situation qui semble peu compatible avec le principe de séparation des pouvoirs : si il est concevable que les crédits du Sénat soit rattachés à ceux du Congrès on s'explique mal comment une chambre participant au pouvoir législatif fonctionne comme un service administratif sans même la personnalité juridique.

a) Problématique de la représentation collective des groupes kanak

La section 2 du Chapitre 2 de la charte comporte 18 articles qui établissent comment la vie sociale du peuple kanak s'organise au niveau des clans et des chefferies. La section 4 de ce même Chapitre confirme que la gestion des biens kanak et les relations interpersonnelles au niveau de la famille ou des droits se situent à cet échelon décentralisé. De nombreuses décisions collectives ou individuelles sont opposables à l'ensemble des membres des clans et aux tiers kanak ou non-kanak. De nombreuses compétences de gestion et d'administration sont également nécessaires pour formaliser ces décisions, organiser la vie collective du clan, valoriser ses biens et le représenter : c'est pourquoi d'ailleurs ont été créés des groupements de gestion pour gérer des entreprises kanak. Par ailleurs la charte investit les chefferies de nombreuses missions d'arbitrage et de conduite de politiques concernant un ensemble de clans auquel est reconnue désormais la personnalité juridique.

En droit français l'ensemble de ces fonctions correspond à la gestion/représentation d'une personne morale de droit public : la collectivité. La personnalité juridique des collectivités est définie par la loi soit sous forme de collectivité territoriale, soit sous forme de collectivité spécialisée²⁷. L'idée d'une collectivité kanak constituée au niveau des chefferies apparaît comme la synthèse de ces deux catégories. Elle est d'abord constituée de l'ensemble des personnes physiques « en relation avec la terre d'un clan », que ces personnes y résident ou qu'elles y possèdent des droits. En termes de personnes physiques, la collectivité kanak est composée des résidents kanak établis sur ses terres et de sa diaspora définie par son lien à la terre.

On doit insister sur le fait que ces collectivités forment des actes conformes aux valeurs inscrites la charte. Cependant dans le cadre du destin commun, elles sont conformes également aux valeurs universelles de la Constitution et des Conventions internationales.

b) Les circonscriptions des collectivités kanak

Les pouvoirs des chefferies s'inscrivent sur les territoires claniques ou inter-claniques : elle constitue ainsi de véritables circonscriptions. Leur territoire est défini à l'article 5 du §1. de

²⁷ Cf. Sur « le dualisme de la notion de personne morale en droit public » Constans L. Dalloz 1968. Il est développé l'opposition de l'établissement purement fonctionnel à la collectivité d'abord représentative et corporative. Si la chefferie est définie comme un ensemble de clans qu'elle représente, c'est une collectivité publique.

la section 4 du chapitre II de la charte comme la « Zone d'Influence Coutumière ». Par ailleurs l'article 2 la section 6 de ce même chapitre rappelle le champ à la fois territorial et personnel de l'autorité coutumière²⁸. Dans la logique des droits autochtones les Kanak sont habilités à établir eux-mêmes les limites territoriales des leurs collectivités, à les nommer et à définir les modalités éventuelles de leur évolution autour du concept juridique de Zone d'Influence Coutumière. Les consensus inter-claniques et l'intermédiation de l'Instance Permanente kanak créé dans ce même chapitre ont compétence pour définir l'ensemble des circonscriptions sur le fondement des différents liens à la terre et liens aux sangs.

Les collectivités kanak sont administrées par les autorités coutumières organisées et désignées selon les principes spécifiques à chaque chefferie. Les chefs sont donc désormais également des autorités administratives qui exercent notamment les compétences sur la coutume déjà reconnue par la Nouvelle-Calédonie et l'Etat. Plus largement ces compétences administratives concernent « les affaires de la collectivité kanak » englobant en particulier la gestion des terres, leur mise en valeur, l'état civil kanak, le droit de la famille kanak, la vie sociale et économique kanak... Ces attributions générales sont à l'image d'une collectivité territoriale²⁹, le champ d'action de la chefferie repose sur une compétence de principe susceptible en tant que de besoin de développer des politiques et de construire de nouvelles institutions.

c) Les collectivités kanak et les actes coutumiers

Dans ces conditions, le palabre ne se limite pas à une activité de droit civil de chef de famille ou de bons offices. La portée juridique de la charte remet en cause les dispositions qui dans la loi organique ou dans les lois de pays enferment la civilisation kanak dans le droit civil de la famille ou la gestion des terres³⁰. Dans la réalité, les autorités coutumières prennent des actes dont la portée collective et institutionnelle n'a rien à voir avec un contrat civil. L'analyse matérielle des palabres nous montre d'ailleurs et d'ores et déjà la diversité de leur nature.

²⁸Ch. 2 Sec.6 ar. 2. « L'autorité coutumière, garante de l'ordre public coutumier, s'exerce sur quiconque sur les terres coutumières et envers les membres de la communauté coutumière où qu'ils se trouvent. »

²⁹ « Le conseil municipal règle par ses délibérations *les affaires de la commune* »

³⁰ Cf. l'article 19 de la loi organique : « La juridiction civile de droit commun est seule compétente pour connaître des litiges et requêtes relatifs au statut civil coutumier ou aux terres coutumières. » Cf. de Même la décision coutumière définie par la loi du Pays comme « conventionnelle » en raison du caractère consensuel du palabre coutumier.

Si le palabre qui règle les affaires de mariage et de succession peut être interprété comme un acte *conventionnel* et donc produit par un échange de volontés intra ou inter clanique, l'expression d'une volonté unilatérale de la chefferie ne fait guère de doute pour la plupart des décisions coutumières et on ne peut les qualifier de contrat sans faire un barbarisme juridique.

Ainsi en est-il d'abord des décisions de sanctions coutumières comparables aux sanctions disciplinaires des groupements considérées le plus souvent par les juridictions comme des sanctions administratives³¹. Il en est de même ensuite des décisions relatives à l'usage et à la gestion des terres, dont le contenu matériel apparaît de nature réglementaire en raison de leur portée générale et impersonnelle et de leur opposabilité aux personnes non directement parties aux palabres³²; des décisions à portée individuelles sont également formées dont on ne peut sérieusement dire qu'elles soient des contrats car elles s'imposent à certains membres des clans et à eux seuls sans qu'ils aient eu à en connaître.

Par ailleurs dans beaucoup d'hypothèses, les grandes chefferies tranchent des litiges inter-claniques : elles font alors œuvre de *jurisdiction* et leurs actes sont alors de véritables décisions de justice.

Enfin, la volonté de développement des biens coutumiers et leur mise en valeur selon les principes de la charte amène les chefferies à contractualiser avec des opérateurs privés, des établissements ou des collectivités : nous sommes très éloignés du droit de la famille et de la gestion du père de famille. Des concessions d'ouvrages ou de services, des levées de redevances foncières se dessinent comme moyens pour les Kanak de développer une économie kanak et d'engager des politiques publiques en « partenariat public/coutumier ». Des innovations juridiques apparaissent dans ce contexte : elles renforcent la nécessité de concevoir les chefferies comme de véritables collectivités.

En écho avec l'ambition de la charte, l'analyse matérielle des actes coutumiers amène donc à distinguer différentes natures d'actes : civils, disciplinaires, réglementaires, juridictionnels...

³¹ Ainsi le droit disciplinaire des universités, les sanctions internes aux associations, les décisions des ordres professionnels ou les mesures de discipline des administrations ou des établissements publics hospitaliers ou industriels et commerciaux

³² Cf. On mesure l'inanité de qualifier de contractuelle la décision coutumière avec les dispositions de l'article 19 « organisant » l'opposabilité des jugements censés trancher des simples litiges interpersonnels : « *Les jugements et arrêts rendus sur les litiges et requêtes relatifs au statut civil coutumier : ont effet même à l'égard de ceux qui n'y ont été ni parties ni représentés. Tout intéressé est recevable à les attaquer par la tierce opposition à la condition de mettre en cause le procureur de la République.* »

Actuellement, la forme authentique adoptée par la loi pour la formalisation de l'acte et la procédure consensuelle de la décision ont enfermé les autorités coutumières dans le cercle confidentiel de la famille alors que les enjeux de la décolonisation exigent son ouverture sur le monde. L'infléchissement de la rédaction des actes coutumiers tenant compte des différences de nature de palabres est un des éléments pragmatique de l'institutionnalisation des chefferies comme de véritables collectivités.

C. Conclusion

A l'issue de nos rapides commentaires sur les origines, le contenu et la portée de la Charte du peuple kanak qui vient d'être proclamée par l'ensemble des chefferies kanak constituées en Assemblée du peuple kanak, nous pouvons mieux mesurer l'importance spirituelle, politique et juridique du travail engagé et conduit par le Sénat coutumier.

Cette institution a été critiquée, marginalisée et souvent moquée, autant par les institutions de la Nouvelle-Calédonie qui la considéraient comme un archaïsme que par les chefferies qui lui déniaient toute légitimité coutumières. La prise en mains du dossier autochtone et la rédaction de la charte a conduit le Sénat à exercer une mission et des compétences que n'avaient envisagé ni la loi ni la constitution.

La rédaction de la charte n'était prévue par aucun texte et n'était programmée dans aucune entreprise politique partisane ou institutionnelle. Dans l'ordonnancement juridique de la France et de la Nouvelle-Calédonie est désormais déposé un texte adopté par plusieurs centaines de chefferies, représentant la quasi-totalité des autorités coutumières de Nouvelle-Calédonie. Il ne sera pas aisé de l'évacuer en tant que norme juridique par simple rhétorique normativiste.

L'auto-saisine du Sénat illustre ensuite l'adage selon lequel une compétence ne se revendique pas mais qu'elle s'exerce. L'Assemblée du Peuple kanak autoproclamée lui demande de la représenter, de faire appliquer la charte, de conduire des politiques, bref de se transformer en gouvernement coutumier. Le Sénat apparaît ainsi comme l'animateur politique et administratif de la sphère coutumières et non pas seulement comme un organe technique croupion, donnant des avis sans conséquences au Congrès et au Haut-Commissaire.

Le destin commun de la Nouvelle-Calédonie était une notion évanescence d'abord destinée à désamorcer les tensions. La première contribution à sa définition est étonnante : portée et soutenue par les thèses autochtonistes de l'Organisation des Nations-Unies, elle émane du plus profond de la civilisation kanak à la suite d'une opération d'introspection des chefferies de huit aires qui s'est déroulée sur plus de deux ans ; elle ouvre ainsi résolument le dernier chapitre de la décolonisation des Kanak.