



HAL
open science

Contribution à la reconnaissance d'un droit autochtone kanak en Nouvelle-Calédonie

François Féral, Anne-Lise Madinier, Ghislain Otis

► **To cite this version:**

François Féral, Anne-Lise Madinier, Ghislain Otis. Contribution à la reconnaissance d'un droit autochtone kanak en Nouvelle-Calédonie. Contrat de collaboration scientifique 2290/2011 /SC/GM, Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie. 2012. hal-04671922

HAL Id: hal-04671922

<https://hal.science/hal-04671922v1>

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



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**

Anne-Lise Madinier
Ingénieur d'Etude à la faculté de droit Perpignan

Direction scientifique :

François Féral,
Professeur de droit à la faculté de Droit sciences économiques de Perpignan
Directeur d'Etudes à l'Ecole Pratique des Hautes Etudes

Ghislain Otis,
Professeur de droit à l'Université d'Ottawa
Titulaire de la Chaire de recherche du Canada sur la diversité juridique et les peuples autochtones à l'Université Canadienne d'Ottawa

Sommaire

INTRODUCTION	5
1. L'AUTOCHTONICITÉ DU PEUPLE KANAK DE NOUVELLE CALEDONIE	10
1.1. – ANALYSE DE LA NOTION JURIDIQUE DE PEUPLE AUTOCHTONE	10
1.2. – LA DISTINCTION ENTRE MINORITES ET PEUPLES AUTOCHTONES	14
1.3. – L'APPARTENANCE DES KANAKS A LA CATEGORIE DES PEUPLES AUTOCHTONES	17
2. L'INTÉRÊT D'UNE LECTURE AUTOCHTONISTE DU DROIT PUBLIC FRANÇAIS	20
2.1. – AFFIRMATION ET PORTEE DU PRINCIPE D'AUTODETERMINATION DES PEUPLES AUTOCHTONES AU SEIN DE LA COMMUNAUTE INTERNATIONALE	20
2.2. – AUTOCHTONIE ET LECTURE REALISTE DU DROIT PUBLIC CONSTITUTIONNEL ET ADMINISTRATIF	26
3. ANALYSE DE L'ACCORD DE NOUMÉA : LA NÉGATION IMPLICITE DE L'AUTOCHTONIE KANAKE	40
3.1. – L'ACCORD DE NOUMEA : UN PROCESSUS CONTROVERSE D'AUTODETERMINATION ...	41
3.2. – LES PROPRIETES ET RESSOURCES COUTUMIERES, INSTITUTIONS JURIDIQUES DE L'IDENTITE KANAKE	44
3.3. – LE STATUT COUTUMIER : LA RECONNAISSANCE D'UN DROIT CIVIL KANAK	53
4. – LES LIMITES DE L'AUTODETERMINATION NEO-CALEDONIENNE AU REGARD DE LA DECLARATION DES NATION UNIES SUR LES DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES	59
4.1 – L'INSTAURATION D'INSTITUTIONS COUTUMIERES KANAKES PEU EFFECTIVES	59
4.2 – LA NEGATION D'UN DROIT PUBLIC AUTOCHTONE KANAK	64
5. SUGGESTIONS EN FAVEUR DE L'INSTAURATION DU DROIT AUTOCHTONE KANAK EN NOUVELLE -CALEDONIE	72
5.1. – LA PRISE EN COMPTE DU PLURALISME JURIDIQUE : LA CONSTITUTION D'UNE DUALITE NORMATIVE.....	72
5.2. – LA MISE EN ŒUVRE D'UN PLURALISME INSTITUTIONNEL : LES COLLECTIVITES KANAKES	77
... EN FORME DE CONCLUSION	82
BIBLIOGRAPHIE	84

Liste des abréviations

A.D.R.A.F.	<i>Agence de développement rural et d'aménagement foncier</i>
A.J.D.A.	<i>Actualité juridique de droit administratif</i>
al.	<i>Alinéa</i>
B.I.C.C.	<i>Bulletin d'information de la Cour de cassation</i>
C. const.	<i>Conseil constitutionnel</i>
Cass. civ.	<i>Cour de cassation, chambre criminelle</i>
Cass. crim.	<i>Cour de cassation, chambre civile</i>
C.E.D.H.	<i>Convention européenne des Droits de l'Homme</i>
cf.	<i>conféré</i>
C.I.J.	<i>Cour internationale de justice</i>
coll.	<i>Collection</i>
D.D.P.A.	<i>Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones</i>
dir.	<i>direction</i>
D.U.D.H.	<i>Déclaration universelle des Droits de l'Homme</i>
éd.	<i>édition</i>
E.D.C.E.	<i>Études et documents du Conseil d'État</i>
G.D.P.L.	<i>Groupement de droit particulier local</i>
ibid.	<i>ibidem / au même endroit</i>
I.R.G.	<i>Institut de recherche et débat sur la gouvernance</i>
I.S.E.E.	<i>Institut de la statistique et des études économiques</i>
J.O.	<i>Journal Officiel</i>
J.O.N.C.	<i>Journal Officiel de la Nouvelle-Calédonie</i>
J.O.R.F.	<i>Journal Officiel de la République Française</i>
jurisp.	<i>Jurisprudence</i>
n°	<i>numéro</i>
O.I.T.	<i>Organisation internationale du travail</i>
O.N.U.	<i>Organisation des Nations Unies</i>
op. cit.	<i>opus citatum / dans l'ouvrage précité</i>
p.	<i>page</i>
P.I.D.C.P.	<i>Pacte international relatif aux droits civils et politiques</i>
P.I.D.E.S.C.	<i>Pacte international relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels</i>
P.U.A.M.	<i>Presses universitaires d'Aix-Marseille</i>
P.U.F.	<i>Presses universitaires de France</i>
P.U.G.	<i>Presses universitaires de Grenoble</i>
pt.	<i>Point</i>
R.D.P.	<i>Revue de droit public et de la science politique en France et à l'Étranger</i>
rec.	<i>recueil</i>
R.F.D.A.	<i>Revue française de droit administratif</i>
R.F.D.C.	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
T.A.N.C.	<i>Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie</i>
trad.	<i>Traduction</i>
vol.	<i>Volume</i>

Introduction

Prolégomènes

À partir de 2014, le référendum relatif à l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie peut être organisé et pour la plupart des observateurs et des protagonistes de ce dossier, la réponse par oui ou par non à la question posée alors à la population de Nouvelle-Calédonie devrait clore définitivement ce douloureux épisode de notre histoire coloniale. Un premier référendum national a d'ailleurs permis d'éviter la guerre civile qui se dessinait à la suite des affrontements entre les deux populations néo-calédoniennes, un deuxième référendum local, une réforme constitutionnelle et une loi organique ont ensuite accompagné le processus de sortie de crise en institutionnalisant au niveau de la Constitution des mécanismes de pacification. La production juridique au plus haut niveau de nos institutions a donc été sollicitée par la question kanake ; à cette occasion, les contorsions du droit républicain ont été nombreuses pour surmonter cette épreuve et, en définitive, cet épisode est chargé d'enseignements ontologiques.

Cependant, tant sur le plan politique que juridique, certaines questions restent en suspens et doivent faire l'objet d'éclaircissements. En effet le processus de Matignon et l'Accord de Nouméa entendent tourner la page de la colonisation par une consultation référendaire sur la question de l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie. Cependant et ainsi, la nature autochtone de la population kanake minoritaire de Nouvelle-Calédonie est occultée du processus de décolonisation pour disparaître dans le projet irénique de « destin commun », processus d'indépendance qui escamote la souveraineté originelle du peuple kanak et ses droits précoloniaux. Or, si une lecture autochtoniste du droit public français est ici envisagée, c'est avant tout parce que, selon le droit international, le peuple kanak rassemble aujourd'hui toutes les caractéristiques d'un peuple autochtone. Cette affirmation n'est pourtant pas partagée par le droit public français, qui réfute implicitement cette qualification juridique ou plus exactement qui en occulte savamment la question et l'existence. L'Accord de Nouméa et la loi organique qui y est consécutive occultent cette approche des solutions envisageables et des processus retenus.

C'est cette occultation qui a progressivement justifié une nouvelle approche des autorités coutumières sur la question de la décolonisation : la présente étude fait partie d'un ensemble d'initiatives engagées par le Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie sur la problématique de la normativité de la coutume et sur la place qui doit être la sienne dans le cadre d'un système de droit étatique.

A l'occasion du séminaire « droit et coutume » organisé à Nouméa par le Sénat coutumier en mars 2011, Raphaël Mapou résume ainsi la nouvelle stratégie des autorités coutumières

kanakes : « *Le premier écueil à éviter dans le contexte (2012-2015) est de se contenter comme par le passé de discussions sur des solutions politiques d'ordre institutionnel au sens strict. Les responsables politiques ont l'habitude de faire cet exercice, ils ont permis la mise en place des deux accords de Matignon puis de Nouméa. En revanche, il est primordial et fondamental pour le peuple kanak de discuter de ce qu'il entend devenir en tant que peuple, ayant une coutume et des droits juridiques, une civilisation propre et des droits fondamentaux reconnus au niveau international.* »

Il s'agit donc d'une initiative assise sur des objectifs constitutionnels autochtones à l'appui desquels le Sénat coutumier veut développer sa propre expertise juridique sous forme coopérative dans la perspective des négociations concomitantes avec le processus référendaire¹. Pour ce faire, le Sénat a le projet de constituer une équipe de juristes en favorisant par des bourses d'études les compétences juridiques kanakes et en s'entourant également de personnes susceptibles de conduire avec lui une stratégie juridique revendicative. C'est ainsi que le Sénat s'est engagé par ailleurs dans un partenariat de recherche juridique et anthropologique sur un programme conjoint de l'Agence Universitaire de la Francophonie et de l'Université Canadienne d'Ottawa.

C'est dans ce contexte et dans le cadre d'une coopération aujourd'hui ouverte avec le Sénat coutumier depuis quatre ans que l'Université de Perpignan à travers le Centre de Recherche sur les Transformation de l'Action publique a accepté de conduire une étude sur la question des droits autochtones du peuple kanak en Nouvelle-Calédonie².

Curieusement, ce sujet qui est pourtant au cœur de la décolonisation et dont on mesure l'importance politique et sociale, n'a été que très peu abordé par la doctrine juridique

¹ Cf. Communication au Sénat en mars 2011 de R. Mapou chargé de mission auprès de la Présidence du Sénat Coutumier : « *C'est ce débat sur le projet de société qui devrait se mettre en place au terme de l'Accord de Nouméa, qui devrait constituer l'enjeu principal des négociations.*

1^{ère} problématique : *Quel est la place du droit coutumier kanak dans l'ordre juridique à promouvoir dans le futur pays/Etat ? De deux solutions suivantes l'une :*

a)- continuer comme aujourd'hui, avec des droits coutumiers à la remorque ou totalement intégrés à l'administration et au droit commun, sans moyens humains et organisationnels et avec aucune visibilité sur l'avenir.

b)- Se donner les moyens de développer une expertise juridique pour promouvoir le droit coutumier dans le cadre d'un projet de société qui intègre un système de pluralisme juridique prenant en compte le droit coutumier dans toutes ses composantes : production/authentification des normes (lois et règlements), gestion, suivi, sanction et contrôle.

2^{ème} problématique : *l'organisation institutionnelle du pays/Etat comprenant, la création de la 2^{ème} chambre parlementaire – le sénat coutumier- et d' une administration totalement dédiée à la gestion des affaires de l'identité kanak.*

3^{ème} problématique : *la place des chefferies dans la gestion des espaces, des ressources et de leurs populations.* »

² Contrat de collaboration 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

française³. Il est vrai que dans la stratégie de conquête de leurs droits, les Kanaks privilégient plus volontiers le « combat politique », fondé sur l'occupation militante des espaces publics et la confrontation, qu'ils ne s'engagent dans des revendications juridiques. La priorité exclusive donnée aux rapports de force laisse aujourd'hui le peuple kanak dans une sorte de désarroi à la veille de la consultation référendaire. Nous pouvons voir ainsi dans les parties 3 et 4 de cette étude consacrée à l'analyse du contenu de l'Accord de Nouméa que, faute d'expertise et de paradigme juridique autonome, la plume a été tenue par les juristes de l'Etat qui ont, dans le préambule et avec une élégante rouerie, évacué l'hypothèse autochtone et purgé de notre droit la souveraineté du peuple kanak. Il n'est pas exclu que les leaders kanaks ne s'en soient même pas rendus compte, polarisés qu'ils étaient par la question de l'indépendance et la sortie de crise. Par comparaison, pour les peuples autochtones d'Amérique, la stratégie juridique a été souvent fructueuse, dans un contexte certes bien différent, mais qui démontre la complémentarité du droit et du politique.

Au mois de mars 2012 une convention a été signée entre l'Université de Perpignan Via Domitia et la Nouvelle-Calédonie pour réaliser cette recherche juridique. Notre équipe de recherche en a confié la réalisation à Mlle. Anne-Lise Madinier, ingénieur d'Etude au à la Faculté de droit de Perpignan. Major de la promotion de Master de droit de notre Université en 2011, Mlle. Madinier est aujourd'hui engagée sous ma direction dans une thèse de doctorat de droit public en cotutelle avec l'Université canadienne d'Ottawa avec la codirection du professeur Ghislain Otis, titulaire de la Chaire de recherche du Canada sur la diversité juridique et les peuples autochtones. Je dois dire ici quelle a été ma satisfaction à superviser cette entreprise et à conduire la relecture de ce travail. Cette jeune chercheuse a pu déployer son grand potentiel scientifique, sa rigueur et sa capacité à mobiliser les sources les plus pertinentes sur un sujet peu conformiste et peu visité. Elle a été confrontée à la quasi-inexistence des sources doctrinales françaises car la question autochtone apparaît dans notre pays comme une nébuleuse internationaliste qui « ne nous concerne pas »... Nous avons le sentiment que, si nos anthropologues et ethnologues sont parmi les plus réputés de la communauté scientifique, c'est pour mieux documenter des cultures menacées hors de nos territoires. A fortiori le domaine convenu et conformiste du droit s'est-il peu investi dans ces problématiques.

En contrepoint, cette entreprise a été pour nous roborative et notre équipe de recherche est aujourd'hui satisfaite d'avoir reçu la confiance du Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie pour conduire une démarche doctrinale sur les droits autochtones kanaks. Malgré la très grande faiblesse des moyens financiers et matériels du Sénat

³ A l'exception notable des travaux renommés de Régis Lafargue sur la coutume et ses relations avec le droit républicain. Mais il est fait plutôt référence ici à la doctrine universitaire constitutionnaliste et publiciste qui n'a pas abordé la question de l'autochtonie kanake.

coutumier un réseau d'expertise et de recherche juridique se met progressivement en place à l'appui d'une reconnaissance de ces droits ancestraux.

Il faut ici remercier deux Présidents successifs du Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie pour une audace sans laquelle la démarche autochtoniste n'aurait peut être jamais été étudiée en Nouvelle-Calédonie : Pascal SIAZE qui a engagé le premier cette étude et Samuel GOROMIDO qui a poursuivi la démarche initiée lors du séminaire de Nouméa organisé en mars 2011 sur « *droit coutumier et pluralité des ordres juridique* » au cours duquel fut recommandé un renforcement de l'expertise juridique du Sénat. A cette occasion nous devons rappeler la contribution décisive de Ghislain OTIS, titulaire de la chaire d'excellence sur les droits des peuples autochtones de l'Université Canadienne d'Ottawa : c'est incontestablement grâce à sa pédagogie et à sa conceptualisation de la question autochtone que se sont dessillés nos yeux de juristes monistes.

Enfin il n'est pas concevable de ne pas remercier Raphaël Mapou, chargé de mission auprès de la présidence du Sénat coutumier pour avoir inspiré et facilité la mise en place de cette coopération fructueuse grâce à sa hauteur de vue et à sa curiosité pour la matière juridique. Une coopération qui honore sensiblement l'Université de la Via Domitia qui se trouve engagée désormais aux côtés des Kanaks pour appuyer leur réflexion juridique et la formalisation de leurs droits.

Plan de l'étude

Ce travail a une double dimension : doctrinale et pédagogique. Il s'adresse à la communauté des juristes qui doivent y trouver les méthodes, les raisonnements, les analyses et l'appareil scientifique d'une véritable recherche juridique ... mais il est d'abord destiné à la communauté kanake pour être utilisé dans le débat politique ; son intelligibilité par les acteurs autochtones de Nouvelle-Calédonie en fait sa première valeur. Cette double contrainte nous a amené à adopter un découpage progressif par lequel apparaissent des développements au service de l'autochtonie en tant qu'objet juridique.

Il s'agit d'abord de présenter ce qu'est l'enjeu de l'autochtonie juridique en ce début de 21^{ème} siècle et en quoi les Kanaks de Nouvelle-Calédonie sont concernés par cette question. Cette vérité d'évidence est partagée aujourd'hui par l'ensemble de la communauté internationale ; elle n'est pourtant ni formulée ni même évoquée comme hypothèse politique et juridique en France dans le cadre du règlement de la question néo-calédonienne. L'escamotage de cette démarche apparaît subtilement dans le préambule et les développements de l'Accord de Nouméa et de la loi organique qui y fut consécutive ; il n'est donc pas inutile dans notre perspective autochtoniste d'analyser une fois encore ces textes selon une lecture appropriée. Enfin, si l'on s'attache à revisiter les pratiques pragmatiques qui ont émaillé l'histoire du droit républicain français, nous pouvons souligner qu'au niveau

de la technique juridique rien ne s'oppose à ce que la place y soit faite pour les droits autochtones du peuple kanak.

Il nous appartient donc d'abord de légitimer en quoi le peuple kanak présente les caractères d'un peuple autochtone, car cette question est particulièrement controversée en droit français **(1)**. En second lieu, nous essayerons de définir ce qu'est une « approche autochtoniste » du droit français républicain et quel intérêt présente la démarche juridique réaliste pour en légitimer les développements **(2)**. Nous essayerons ensuite de mettre les Accord de Nouméa à l'épreuve des principes autochtonistes aujourd'hui reconnus par les Nations Unies **(3)** pour en souligner les discordances principales **(4)**. Enfin, autour des axes normatifs et institutionnels, nous suggérerons quelles pourraient être en droit républicain les adaptations juridiques qui pourraient intégrer en Nouvelle-Calédonie les droits du peuple kanak en conformité avec les principes du droit international public **(5)**

François Féral

Directeur du Centre de Recherche sur les Transformations de l'Action Publique
Professeur à l'Université de Perpignan Via Domitia
Directeur d'Etudes à l'Ecole Pratique des Hautes Etudes

1. L'AUTOCHTONICITÉ DU PEUPLE KANAK DE NOUVELLE CALEDONIE

Selon le droit international, le peuple kanak rassemble aujourd'hui toutes les caractéristiques d'un peuple autochtone. Cette affirmation n'est pourtant pas partagée par le droit public français, qui réfute implicitement cette qualification juridique ou plus exactement qui en occulte savamment la question et l'existence.

Afin de nous éclairer sur ces deux positions opposées, il est d'abord indispensable de cerner plus exactement le terme de « peuple autochtone » (1.1.) et de le dissocier de la catégorie des « minorités » (1.2.). Ces éclaircissements étant donnés, une comparaison pourra avoir lieu afin de mettre en exergue l'appartenance des Kanaks aux peuples autochtones (1.3.).

1.1. – Analyse de la notion juridique de peuple autochtone

Avant toute chose, une division sémantique doit ici être opérée entre la notion de « peuple » et celle d'« autochtone ». Paradoxalement, pour fréquent que soit l'emploi du mot « peuple » dans les normes juridiques françaises, ce terme n'a pas réellement de signification précise. Un peuple est ainsi généralement défini comme « *une multitude d'hommes d'un même pays et vivant sous les mêmes lois* ⁴ », ou encore comme « *la population fixe d'un pays, en tant qu'elle forme un ensemble, un tout solidaire sous le même gouvernement* ⁵ ».

En droit public français, l'analyse semble plus approfondie puisque le peuple s'entend « *de l'ensemble des personnes qui, collectivement, détiennent en dernière analyse les pouvoirs de l'Etat dans un régime démocratique, sinon [...] de l'ensemble des personnes qui y disposent des droits politiques fondamentaux et singulièrement du droit de vote* ⁶ ».

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. Depuis la Révolution Française, le peuple est un et indivisible et selon Louis Favoreu, cela signifie que ce dernier est composé d'individus indifférenciés⁷. De ce fait, le droit constitutionnel ne connaît et ne reconnaît que le peuple français. Ainsi, 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* », et à sa suite, l'article premier de la Constitution du 4 octobre 1958

⁴ P.-E. LITRE, *Dictionnaire de la langue française*, tome 5, Gallimard Hachette, Paris, 1962, p. 1799.

⁵ *Dictionnaire de l'Académie française*, tome 2, librairie Hachette, 8^e éd., Paris, 1935, p. 337.

⁶ *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} édition, LGDJ, A.-J. ARNAUD (dir.), CNRS(concours), Paris, 1998, p.438.

⁷ L. FAVOREU, note sous C. const. 91-290 DC du 9 mai 1991, RFDC 1991-6 p.307

rappelle 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* ».

En outre, dans l'ensemble des textes constitutifs au sens large du terme, le mot « *autochtone* » n'est jamais employé, seul apparaissant les notions de « *collectivités* » et de « *populations* » d'outre-mer. Ces expressions ont pour avantage de ne pas dissocier les populations de souche ou d'origine de celles qui se seraient fixées sur ce territoire à la suite de la colonisation : le préambule de l'Accord de Nouméa qualifie les Kanaks de « *peuple d'origine* » de la Nouvelle-Calédonie sans utiliser le terme de *peuple autochtone* dont la portée juridique serait évidemment internationale.

L'emploi du terme « *population* » est également 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 donné. La République et chacune des collectivités territoriales françaises disposent à ce titre d'une *population*. C'est notamment cette utilisation adroite de la sémantique qui permet aujourd'hui de fondre le *peuple kanak* au sein du *peuple français*.

Pourtant, un examen plus approfondi de la notion de *peuple*, notamment au regard du droit international, fait apparaître une diversité de son acception.

Ainsi, selon d'autres conceptions, la notion de *peuple*, bien loin de rassembler les personnes, permet au contraire de les dissocier du reste de la société.

En effet, la communauté internationale, consciente du vide juridique qui entourait la notion de *peuple*, a établi une liste de plusieurs caractéristiques, énoncée en 1989 par l'UNESCO⁸.

Ainsi, selon cette approche adoptée par cette agence des Nations Unies :

- Un *peuple* est tout d'abord composé d'un groupe d'êtres humains qui ont en commun certaines particularités telles que des liens territoriaux, une tradition historique commune, une unité linguistique, une homogénéité culturelle, ou des affinités religieuses ou idéologiques.
- En second lieu le groupe doit être conséquent, à savoir, rassembler plus qu'une simple association d'individus au sein d'un État.
- Enfin, ce collectif doit *être conscient d'être un peuple* ou désiré être identifié comme tel. Éventuellement, il peut posséder d'ores et déjà des institutions afin d'exprimer ses spécificités communes.

⁸ UNESCO, « Nouvelles réflexions sur le concept de *peuple* », rapport final et recommandation de la réunion d'experts à Paris, les 27/30 novembre 1989, Revue Universelle des Droits de l'Homme, vol.2, n°4, 1990, p.176 à 182.

Par ailleurs d'autres usages du terme établissent qu'un peuple peut également se définir comme « *un ensemble d'habitants régis par des coutumes particulières* »⁹ ou « *ayant en commun certains caractères qui les distinguent des autres hommes* »¹⁰. C'est notamment ainsi que le droit public international le conçoit. La notion de peuple viserait « *des collectivités autonomes, distinctes des États, auxquelles sont reconnus des droits internationalement opposables à ceux-ci, et singulièrement le droit de disposer d'elles-mêmes* »¹¹. Cette définition est riche d'enseignements et permet de mieux cerner le concept actuel de « *peuple autochtone* ».

Le mot « *autochtone* » est un adjectif du XVI^{ème} siècle, utilisé pour la première fois en 1560 par Guillaume Postel, célèbre orientaliste et théosophe français¹². Ce terme est emprunté au grec « *autokhthôn* »¹³, et il est composé du terme « *autos* » signifiant « *même* » et de « *khthône* », la « *terre* »¹⁴. L'étymologie de ce mot permet donc d'établir qu'un peuple autochtone est celui qui habite le territoire dont il est issu, et donc qui n'y est pas venu par immigration¹⁵.

S'il existe aujourd'hui encore très peu de définition des peuples autochtones, d'autres tentatives d'identification servant à les appréhender ont été élaborées. Trois critères peuvent aujourd'hui être recensés¹⁶, et si seuls, ils ne peuvent être exclusifs voire exhaustifs, leur cumul permet une description relativement complète des peuples autochtones.

Une première tendance relève de l'approche structuraliste, développée notamment par Hanne Veber et Espen Waehle¹⁷. Elle examine le positionnement de ces peuples au sein de la structure sociale du pays dans lequel ils évoluent. Il ressort de cette première analyse que les autochtones sont généralement *victimes d'un rapport de domination*, placés dans une position subalterne¹⁸. Leurs ressources naturelles sont spoliées, leur culture reniée et

⁹ *Dictionnaire de l'Académie française, op.cit.*, p. 337.

¹⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 8^{ème} éd., Paris, 2000, p. 639.

¹¹ *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, op. cit.*, p.438.

¹² J. DUBOIS, H. MITTERAND, A. DAUZAT, *Dictionnaire étymologique et historique du français*, Larousse, coll. Langue française, Paris, 1993, p.53.

¹³ O. BLOCH, W. VON WARTBURG, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, PUF, Paris, 1991, p. 46

¹⁴ *Dictionnaire de l'Académie française*, Tome 1, Imprimerie Nationale / Fayard, 9^{ème} éd., Paris, 1992, p.153.

¹⁵ *Dictionnaire de droit international public*, sous la direction de J. Salomon, Bruylant / AUF, Bruxelles, 2001, p. 830.

¹⁶ B. DUTERME, « *Peuples indigènes et minorités ethniques : les conditions sociales de leur reconnaissance* » in *L'avenir des peuples autochtones. Le sort des premières nations*, Alternatives Sud, L'Harmattan / CETRI, Paris, cahiers trimestriels Vol. VII (2000) 2.

¹⁷ H. VEBER, E. WAEHLE, « *Never drink from the same cup* » : *Proceedings of the conference on Indigenous Peoples in Africa, Tune, Denmark*, Copenhagen, CDR/IWGIA Document n°74, 1993, p. 11.

¹⁸ B. DUTERME, *op.cit.*

leurs attentes politiques négligées par des États dits modernes, qui se refusent encore à les reconnaître.

Une deuxième approche, identifiée par certains auteurs comme le « *facteur ethnique*¹⁹ », 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*. Ces caractéristiques peuvent revêtir divers aspects, tels que la langue, les habitudes collectives, le système hiérarchique ou encore le rapport à la nature. Par ce biais, cette approche a permis de mettre en évidence une construction sociale et culturelle typique des peuples autochtones, telle que des transmissions majoritairement orales du savoir, un droit coutumier ou encore l'existence de structures hiérarchiques traditionnelles.

Enfin, la troisième et dernière démarche est une approche purement historique qui se fonde principalement sur *le critère d'antériorité*. Les peuples autochtones constituent à ce titre les premières nations qui habitaient le territoire avant la colonisation par les puissances occidentales. Julian Burger fut, à cet égard, le premier à populariser le terme de « *peuples premiers*²⁰ » pour désigner les peuples autochtones. Si ce critère contribue à la définition des peuples autochtones ; il ne saurait toutefois être pertinent, les lacunes historiques concernant certains territoires, notamment africains, mettant indéniablement en échec une définition par trop restrictive²¹.

La discipline juridique s'est naturellement inspirée de ces analyses sociologiques et historiques. L'ensemble de ces trois approches se retrouve donc dans la première véritable définition des peuples autochtones, attribuée à Jose Martinez Cobo. Rapporteur spécial de la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, il établit ainsi les critères définitifs suivants :

« ... les nations autochtones sont celles qui liées par une continuité historique avec les sociétés antérieures à l'invasion et avec les sociétés précoloniales qui se sont développées sur leurs territoires, se jugent distinctes des autres éléments des sociétés qui dominent 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 leurs existences en tant que peuple, conformément à

¹⁹ F. BRAEM, « Les peuples indigènes en quête de partenaires », APFT Working Paper n°5, Commission Européenne/DGVIII, 1999, p.8.

²⁰ J. BURGER, *Premières nations : un avenir pour les peuples autochtones*, Anako, coll. Grands Témoins « IMAGE », 2000, Fontenay-sous-Bois.

²¹ 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.

leurs propres modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes juridiques²² ».

En 1989, l'Organisation Internationale du Travail établit la Convention n°169 relative aux peuples indigènes et tribaux. Cette dernière énumère les différentes catégories de population auxquelles ce texte s'applique. Il dispose, entre autre, que « *la présente convention s'applique aux peuples dans les pays indépendants qui sont considérés comme indigènes du fait qu'ils descendent 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 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* ».

Si cette convention ne semble pas, de prime abord, révolutionner la définition des peuples autochtones, elle est néanmoins primordiale car elle est la seule aujourd'hui à disposer d'une force contraignante pour les États qui la ratifient.

Avant d'aller plus avant dans la description des droits reconnus aux peuples autochtones, ces derniers doivent être différenciés des « minorités » afin d'éviter tout amalgame.

1.2. – La distinction entre minorités et peuples autochtones

La distinction n'est pas aisée car ces deux entités distinctes recèlent nombre de points communs, en particulier l'infériorité numérique ou encore la spécificité culturelle. Toutefois, selon Erica Irène Daes, expert pour les Nations Unies, la principale opposition entre ces deux catégories serait due au fait que le peuple autochtone entretient un rapport particulier avec sa terre d'origine, perpétuant le désir de rester collectivement distinct du reste de la société. Le type idéal de peuple autochtone est ainsi présenté comme « *un groupe aborigène qui, sur le territoire sur lequel il réside aujourd'hui, choisit de perpétuer une identité culturelle distincte et une organisation politique et sociale collective distinctes à l'intérieur du dit territoire* ». En contrepoint, la minorité est définie quant à elle comme « *un groupe qui a été victime d'exclusion ou de discrimination de la part de l'État ou de ses citoyens en raison de ses caractéristiques ou de son ascendance ethnique, nationale, raciale, religieuse ou linguistique²³* » et auquel serait désormais offert la possibilité de s'intégrer librement. Dans ces conditions, un peuple autochtone peut présenter également, et c'est d'ailleurs souvent le cas, les caractères d'une minorité, même si cette discrimination n'est pas nécessairement liée à l'autochtonicité et vice-versa.

²² E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.I, Par. 379 à 382.

²³ E.-I. DAES, « 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.

La distinction peuple/minorité peut également s'opérer par le biais de l'analyse juridique. En effet, au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale et face à l'horreur des exactions commises, les droits de l'homme ont été réaffirmés au niveau international.

La création de la Charte des Nations Unies, signée à San Francisco le 26 juin 1945, et entrant en vigueur le 24 octobre de la même année²⁴, est à l'origine d'une prise de conscience collective. En effet, la Charte établit les droits fondamentaux de l'homme pour favoriser et promouvoir la mise en œuvre d'un destin mondial pacifique²⁵. 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* »²⁶. Ainsi est née la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. Cette résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948, est aujourd'hui reconnue pour être le fondement du droit international relatif aux Droits de l'Homme. Toutefois, ce document n'a valeur que de recommandation et ne désigne, en quelque sorte, qu'un idéal à atteindre. Pourtant, nombre de traités internationaux s'inspire de cette ligne directrice et donne lieu à un foisonnement de textes pouvant prétendre à la mise en œuvre d'une contrainte légale sur les États signataires. 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 1966²⁷.

L'émergence de ces énoncés généraux a engendré le développement de documents plus spécifiques ayant attiré à certaines catégories de la population telles que les peuples autochtones. Ainsi en est-il de la convention n°169 de l'OIT, précitée, ou encore de la Déclaration sur les minorités adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies en 1992²⁸.

L'ensemble de ces textes est à l'origine d'un développement important de droits, qu'il est possible d'ordonner en quatre catégories²⁹ :

- En premier lieu sont distingués les droits fondamentaux universels. Ces derniers s'appliquent à tous les individus sans exception, et sont uniquement des droits

²⁴ La France a ratifié la Charte le 24 octobre 1945.

²⁵ Préambule de la Charte des Nations Unies.

²⁶ Histoire de la rédaction de la Déclaration universelle des droits de l'homme, [En ligne], consulté le 8 février 2012, URL : <http://www.un.org/fr/documents/udhr/history.shtml>.

²⁷ Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques (PIDCP), adopté le 16 décembre 1966 et le Pacte International relatif aux Droits Economiques Sociaux et Culturels (PIDESC), adopté le 16 décembre 1966.

²⁸ Résolution 47/135, *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, 18 décembre 1992.

²⁹ A. EIDE, « 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.

individuels. Ils constituent la base des Droits de l'Homme et s'appuient essentiellement sur deux principes fondamentaux de la DUDH³⁰, 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 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 ou politiques³¹ ou encore dans la Déclaration précitée sur les minorités. Celle-ci, par exemple, énonce que ces individus peuvent prendre part, au niveau national ou régional, aux décisions qui concernent la minorité à laquelle ils appartiennent³².

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, dont il sera traité postérieurement. Ces droits sont naturellement des droits collectifs puisqu'ils s'adressent à des groupes particuliers.

Cette classification entre droits collectifs et droits individuels permet également de distinguer les individus appartenant à des minorités et les personnes autochtones. En effet, si l'ensemble des quatre catégories de droits peut être appliqué aux peuples autochtones, les minorités ne sauraient prétendre, en revanche, qu'à l'application des droits des personnes. La conclusion finale 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* », tandis que les droits des

³⁰ Article 1 de la DUDH : « *tous les être humains naissent libres et égaux en dignité et en droits* ».

Article 2 de la DUDH : « *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* ».

³¹ Article 27 du PIDCP : « *Dans les Etats 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* ».

³² Article 2.3 de la Déclaration sur les minorités.

autochtones « *tendent à consolider et à renforcer la séparation entre ces peuples et d'autres groupes de la société* ³³ ».

Forte de ces diverses définitions, une comparaison avec le peuple kanak peut être envisagée afin de tenter de démontrer – tout du moins au regard du droit international – que ce dernier peut prétendre à la qualification de peuple autochtone. Cette reconnaissance internationale doit induire une réinterprétation des institutions juridiques de droit interne qui ferait place à la notion de « droits autochtones » au sein même du paysage juridique républicain.

1.3. – L'appartenance des Kanaks à la catégorie des peuples autochtones

Un bref exorde historique doit tout d'abord contribuer à la bonne compréhension de ce que fut, et par conséquent de ce que représente aujourd'hui le peuple kanak au sein de la République française.

Le legs de l'histoire et de décennies de colonisation occidentale démontre l'existence d'un peuple premier sur le territoire de l'actuelle Nouvelle-Calédonie. Découvert le 5 février 1774 par le capitaine britannique James Cook, l'archipel, baptisé *New Caledonia*, semblait alors compter une centaine de milliers d'individus, chiffre estimé au regard notamment du degré d'intensification agricole atteint³⁴. Dès cette époque, sont révélées d'importantes chefferies hiérarchisées et sédentarisées coexistant sur un territoire qui ne fut pendant longtemps que l'objet de visites épisodiques, à l'écart des grandes activités européennes. La colonisation, à proprement parler, ne débuta que dans les années 1840 avec la recherche du santal et l'essor des missions chrétiennes³⁵. Ce sont d'ailleurs les catholiques français, convaincus de l'enjeu stratégique que représentait la Nouvelle-Calédonie dans une région largement protestante, qui demandèrent l'aval du gouvernement français pour s'établir en Nouvelle-Calédonie. C'est ainsi que le contre-amiral Febvrier-Despointes « prit possession » de l'archipel en 1853, au nom de Napoléon III et de l'Empire français³⁶. Cette colonisation répondait néanmoins à des objectifs bien éloignés des revendications purement théologiques. Ainsi, la présence d'impératifs géostratégiques et la recherche d'une future colonie pénale furent les moteurs principaux d'une annexion avantageuse pour le gouvernement impérial. Ces motivations ne tinrent nullement compte des populations indigènes, jugées « *suffisamment clairsemée[s] pour être complètement ignorée[s]* ³⁷ ».

³³ A. EIDE, *op.cit.*, pt 23.

³⁴ J.-P. RIOUX, *Dictionnaire de la France coloniale*, Flammarion, Paris, 2007, 936p, p. 375.

³⁵ C. LIAUZU (dir.), *Dictionnaire de la colonisation française*, Larousse, coll. à présent, Paris, 2007, p. 501.

³⁶ J.-P. RIOUX, *op. cit.*, p. 377.

³⁷ *Ibidem*

Loin d'être exhaustif, ce court rappel historique permet néanmoins de révéler en quoi les Kanaks sont un véritable peuple autochtone.

En effet, s'appuyant vraisemblablement sur les tentatives de définitions historiques et sociologiques susmentionnées, le Groupe de travail sur les populations autochtones a énuméré quatre facteurs jugés aujourd'hui essentiels par les organisations internationales et les experts juridiques, pour mieux cerner le concept si controversé d'autochtone³⁸. La confrontation de ces divers éléments à la situation kanake ne laisse subsister aucun doute quant à leur qualification de peuple autochtone.

- Le premier critère est celui de *l'antériorité*, s'agissant de l'occupation et de l'utilisation d'un territoire spécifique. Or, le peuple kanak constitue bien la première population qui habitait le territoire avant la colonisation par les puissances occidentales. Ce fait est d'ailleurs reconnu dans le préambule de l'Accord de Nouméa.
- Le second aspect est lié à *la discrimination ou à la marginalisation* dont ces peuples ont été ou sont encore victimes, sans pour autant qu'ils appartiennent à une minorité. Ainsi, dans le contexte politico-historique de la fin du XIX^{ème} siècle, nul doute que de nombreuses exactions ont été commises et perpétrées. Les Kanaks se sont retrouvés cantonnés dans des réserves, assignés à résidence et contraints de 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*³⁹ ». Encore aujourd'hui de nombreux indicateurs sociaux démontrent la persistance des disparités économiques nées d'une discrimination qui dure depuis plusieurs générations. James Anaya constate à cet égard que : « *un nombre disproportionné de la population Kanak vit en deçà du seuil de pauvreté* », entraînant la mise en place d'un « *paupérisme urbain*⁴⁰ » de plus en plus inquiétant.
- 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. En 1946, Maurice Leenhardt, célèbre ethnologue français, recensait trente-six langues sur le territoire néo-calédonien⁴¹. Hiérarchisée, cette société, est, en outre, placée sous l'autorité première du chef de clan qui, selon Maurice Leenhardt, est considéré comme « *un*

³⁸ Document de travail sur la notion de « peuples autochtones » du Groupe de travail sur les populations autochtones (E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2).

³⁹ I. MERLE, *Expériences coloniales : la Nouvelle-Calédonie, 1853-1920*, Belin, coll. Temps présents, Paris, 1995, p. 379.

⁴⁰ J. ANAYA, Rapport du Rapporteur Spécial sur les droits des peuples autochtones, additif, La situation du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie, A/HRC/18/35/Add.6, Conseil des droits de l'homme, 18^e session, 14 septembre 2011, partie IV, sous partie F – Disparités sociales et économiques persistantes.

⁴¹ M. LEENHARDT, *Langues et dialectes de l'Austro-Mélanésie*, musée de l'Homme, Institut d'ethnologie, « Travaux et mémoires de l'Institut d'ethnologie », XLVI, Paris, 1946.

grand fils » dont le pouvoir s'apparente à « *une très respectueuse affection fraternelle* ⁴² ». Ces particularités, non exhaustives, démontrent bien l'existence de spécificités culturelles et sociales qui s'exprime en particulier dans le droit coutumier kanak.

- Enfin, le dernier facteur, considéré comme fondamental selon l'ONU, est *le sentiment d'appartenance à un groupe*, ainsi que la reconnaissance par des autorités nationales ou internationales de l'existence de cette collectivité. Les multiples revendications du peuple kanak depuis déjà plusieurs décennies offrent une preuve incontestable de leur volonté d'être reconnu en tant que peuple. Les actions de plus en plus poussées ⁴³ du FLNKS ⁴⁴ démontrent d'ailleurs cette volonté. En outre, la récente visite du Rapporteur Spécial de l'ONU sur les Droits des peuples autochtones, James Anaya, du 6 au 13 février 2011 en Nouvelle-Calédonie, ne fait que conforter la reconnaissance du peuple autochtone kanak par la société internationale ⁴⁵.

Cette reconnaissance des peuples autochtones au sein de la Communauté internationale, ainsi que des droits inhérents à leur statut, est devenue un enjeu crucial de ces dernières décennies. Cette progression constante de droits autochtones et l'existence avérée d'un tel peuple au sein du territoire français légitime une relecture de notre droit public à l'aune des évolutions sociétales et le cas échéant, juridiques.

⁴² M. LEENHARDT, *Gens de la Grande Terre (Nouvelle-Calédonie)*, Gallimard, coll. L'Espèce humaine, Paris, 1937, p. 149-152.

⁴³ 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 Néaoua 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.

⁴⁴ FLNKS : Front de Libération Nationale Kanak et Socialiste.

⁴⁵ J. ANAYA, Rapport du Rapporteur Spécial sur les droits des peuples autochtones, additif, La situation du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie, *op.cit.*

2. L'INTÉRÊT D'UNE LECTURE AUTOCHTONISTE DU DROIT PUBLIC FRANÇAIS

Les autochtones représentent environ 4% de la population totale du globe, soit environ 350 millions de personnes, dans plus de soixante-dix pays⁴⁶. Forte de ce constat, la société internationale semble admettre que « *l'ethnocentrisme qui conduit une civilisation ou un État à se croire le maître à penser du monde est révolu*⁴⁷ ».

La volonté incontestable d'abolir définitivement la colonisation ainsi que la reconnaissance progressive de l'existence de peuples autochtones ont entraîné l'émergence d'un principe dominant, celui de l'autodétermination **(2.1.)**. Face à cette réalité, la dénégation de la France quant à l'existence d'un peuple autochtone au sein de son territoire, semble aujourd'hui dépassée. Ce d'autant plus qu'une analyse approfondie des réalités constitutionnelles de notre pays permet d'envisager une toute autre acception de notre organisation juridique **(2.2.)**.

2.1. – Affirmation et portée du principe d'autodétermination des peuples autochtones au sein de la communauté internationale

Dès 1945, l'ONU place au cœur de ses priorités le problème sensible 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 dispose d'ailleurs 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 développement progressif de leurs libres institutions politiques [...]* ». Cet article rappelle également que les Membres des Nations Unies doivent communiquer régulièrement des renseignements relatifs aux conditions économiques et sociales dans les territoires dont ils ont la charge.

Par la suite la résolution 1514 du 12 décembre 1960, d'une importance toute particulière, sera votée par l'Assemblée générale, qui établit la *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*. Avec l'article 1^{er} des pactes onusiens, il est pris conscience que la liberté et l'égalité de tous passent inévitablement par la fin du colonialisme. Cette déclaration est l'avant-garde du droit des peuples autochtones, et elle énonce d'ores et déjà les principes inhérents au respect de ces peuples.

⁴⁶ UNESCO, *Peuples autochtones*, [En ligne], mis à jour le 24 janvier 2011, Consulté le 19 décembre 2011, URL : <http://portal.unesco.org/culture/fr/ev.php-1>

⁴⁷ N. BELKACEMI, « Les peuples autochtones : populations ou peuples ? », in *Les autochtones de l'outre-mer français*, Droit et Cultures, Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire, l'Harmattan, Paris, 1999, p. 26.

Afin de conforter cette volonté décolonisatrice, et dans le sillage de l'expansion des Droits de l'homme, une reconnaissance effective des peuples autochtones, peuples colonisés, commence à se développer dès les années 1980. Cette volonté est marquée par la constitution, dès 1982, d'un groupe de travail chargé de la question autochtone qui proposera en 1993 la mise en place d'un projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones, afin que soit reconnue « *l'urgente nécessité de respecter et de promouvoir les droits des peuples autochtones sur leurs terres, leurs territoires et leurs ressources*⁴⁸ ». Cette Déclaration, adoptée le 13 septembre 2007, s'inspire en grande partie des documents précédemment mentionnés. Son intérêt réside principalement dans le fait qu'elle est destinée spécifiquement aux peuples autochtones pour lesquels se dessine la reconnaissance de droits propres. Pourtant la déclaration n'a pas formellement de valeur juridiquement contraignante contrairement aux pactes dont les organes de mise en œuvre ont explicitement estimé que les peuples autochtones sont titulaires du droit à l'autodétermination. La contribution des travaux du Comité de contrôle de l'application de la Convention sur la lutte contre la discrimination raciale a également une portée juridique effective.

C'est indéniablement ce contexte décolonisateur qui est à l'origine de l'essor de l'autodétermination. Ce dernier est devenu un principe dominant du droit autochtone, car il est le premier droit collectif qui permet l'exercice de tous les autres. En matière d'autodétermination, la pierre angulaire du droit international en est sans conteste la proclamation historique de la *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples colonisés*⁴⁹. La volonté décolonisatrice inscrite dans ce texte devait mener à la « *libre détermination*⁵⁰ » de tous les peuples. Rapidement, des contestations sont apparues de la part des États membres. Face à cette réticence, une seconde résolution⁵¹ fut nécessaire. Elle permet de qualifier exactement les territoires non autonomes, contraignant ainsi les États à remplir l'exigence d'information mentionnée à l'article 73 de la Charte des Nations Unies 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 du type colonial*⁵² » et que l'obligation de renseignement visant à constater l'évolution de cette décolonisation perdurerait tant que le territoire et ces populations

⁴⁸ Toutefois les textes précurseurs sont ceux élaborés dans le cadre de l'Organisation internationale du Travail

⁴⁹ Résolution 1514, *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples colonisés*, 947^{ème} séance plénière, 14 décembre 1960.

⁵⁰ Article 2 de la Déclaration.

⁵¹ Résolution 1541, *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*, 15 décembre 1960.

⁵² Principe premier de l'annexe de la résolution 1541.

n'auraient pas atteint une « *pleine autonomie*⁵³ ». Afin de ne laisser subsister aucune incertitude, et sans doute pour éviter toutes controverses ultérieures, il fut précisé que le statut de pleine autonomie ne pouvait 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 un État indépendant ou s'il est intégré à un État indépendant⁵⁴. Il est ici évoqué le statut d'un « territoire » et non d'un « peuple ». Comme nous le verrons pour la Nouvelle-Calédonie, colonie de peuplement des terres kanakes, la territorialisation de la colonisation pose la question du droit à l'autodétermination reconnue soit à *l'ensemble de la population* d'un territoire non autonome soit à *un peuple spécifique* au sein de cette population ?

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*⁵⁵ a davantage circonscrit le droit à l'autodétermination en précisant qu'un État souverain et indépendant ne peut-être considéré comme tel que lorsqu'il est doté d'un gouvernement représentant l'ensemble de sa population et respectant le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Ce droit est ensuite réaffirmé dans *l'Acte final d'Helsinki* de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, mené à son terme le 1^{er} août 1975.

Par la suite, la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* de 2007 reconnaît également la vocation des populations autochtones à préserver leur intégrité et à exercer des droits collectifs, tels que le droit à l'autodétermination.

L'autodétermination est, dans un premier temps, un droit reconnu à tous les peuples. Il est clairement défini à l'article 1 commun aux 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* ». Par la suite, cet article a servi à l'élaboration de l'article 3 de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*⁵⁶. La rédaction quasi identique de ces articles a pour avantage de démontrer que ce droit leur est accordé avant tout par référence à leur statut de « peuple ». En d'autres termes, c'est en vertu de cette situation objective extra-étatique et non par « *une délégation de pouvoir qui aurait été accordé par les États dans lesquels ils vivent, qu'ils peuvent librement déterminer leur statut*

⁵³ Principe II de l'annexe de la résolution 1541.

⁵⁴ Principe VI de l'annexe de la résolution 1541.

⁵⁵ Résolution 2625 (XXV), *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, (A / 8082), 24 octobre 1970.

⁵⁶ Article 3 de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits 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* ».

*politique et tout le reste*⁵⁷ ». Partant de ce principe, ils peuvent donc prétendre aux mêmes droits que tous les autres peuples, dans le respect de la Charte des Nations Unies qui prône « *le principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes*⁵⁸ ». Malgré l'important tempérament énoncé à l'article 46 de la Déclaration⁵⁹, cette liberté implique que ces peuples ont le droit de choisir le cadre politique qui sera à même d'assurer le meilleur développement possible pour eux en matière économique, sociale et culturelle. Cela signifie que leur avenir passe avant toute chose par un partage du pouvoir, une démocratie représentative.

Sans nul doute, la dimension première du concept d'autodétermination est la présence d'une véritable identité politique collective ; la Déclaration de 2007 a établi les critères minimums nécessaires à sa mise en place. Ainsi, ces peuples doivent avoir la possibilité de prendre part de manière indéfectible aux décisions qui les intéressent et, par la même, obtenir une reconnaissance officielle d'institutions et de représentants autonomes⁶⁰. Selon l'ASTIC et nombres d'autres organisations aborigènes⁶¹, deux notions primordiales, le contrôle et le consentement, encadrent le droit à l'autodétermination. Un contrôle certain sur les questions internes et locales et un consentement indispensable quant aux conditions des relations avec les États. Cependant, et du moins selon l'article 46, ils ne peuvent pas refuser de consentir à leur intégration au sein d'un État indépendant.

Pour autant, selon Erica-Irène A Daes⁶², le véritable critère de l'autodétermination est beaucoup plus subjectif que la simple évaluation du degré de pouvoir transféré aux institutions autochtones. Il est essentiel que ces peuples « *soient sûrs qu'ils ont le droit de poser des choix pour eux-mêmes et de vivre décemment et dans des conditions humaines à*

⁵⁷ M. LEGER, « La reconnaissance du droit à l'autodétermination des peuples autochtones : menace ou avantages », in Séminaire *Droit à l'autodétermination des peuples autochtones*, Droits et Démocratie, New-York, 18 mai 2002, p. 4.

⁵⁸ Article 1.2 de la Charte des Nations Unies du 26 janvier 1945.

⁵⁹ « 1. 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. »

⁶⁰ Article 4 de la Déclarations des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones : « *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* ».

⁶¹ Déclaration faite par l'ASTIC, le Commissaire à la justice sociale pour les Aborigènes et les Insulaires du détroit de Torres, la Foundation for Aboriginal and Islander Research Group, l'Indigenous Women Aboriginal Corporation, le National Aboriginal and Islander Services Secretariat, le New South Wales Aboriginal Land Council et le Tasmanian Aboriginal Centre, Groupe de travail de la Commission des droits de l'homme, troisième session, octobre 1997.

⁶² Présidente-rapporteuse du Groupe de travail de l'ONU sur les populations autochtones de 1984 à 2001.

*leur propre manière*⁶³ ». De ce point de vue, la diversité des conceptions est alors équivalente à la multitude des peuples autochtones.

Pour les peuples autochtones d'Australie, d'Amérique du Nord et du Sud, l'éventail des possibles est considérable et peut aller de la simple gestion de leurs affaires internes à la volonté d'une administration entièrement autonome de leurs communautés et de leurs terres⁶⁴. Il importe alors de prendre en considération les volontés précises d'un peuple autochtone en particulier. Il semble que la généralisation de l'autodétermination comme principe pouvant s'appliquer d'une manière univoque à tous les peuples sans exception, ne soit en effet pas satisfaisante au regard des désirs divergents pouvant exister : si ce droit est universel, il peut s'exercer d'une multitude de manières et selon leurs circonstances propres.

Deux autres dimensions du concept d'autodétermination peuvent également être envisagées : la relation à la terre et le respect mutuel⁶⁵. Outre la nécessité d'une entité politique, cette liberté est intimement liée au *droit d'un peuple à jouir de ses ressources naturelles*, et ce droit à la terre est un élément indissociable de l'identité autochtone. L'article 13 de la Convention n°169 de l'OIT corrobore cette allégation en disposant que « *les gouvernements doivent respecter l'importance spéciale que revêt pour la culture et les valeurs spirituelles des peuples intéressés, la relation qu'ils entretiennent avec les terres ou territoires qu'ils occupent ou utilisent d'une autre manière et en particulier les aspects collectifs de cette relation* ». Il est vrai que ce traité ne s'applique pas à la France, mais ici germe l'idée que l'intégrité culturelle des peuples autochtones dépend en grande partie de leur rapport à la terre. Celle-ci n'est pas uniquement une ressource économique, elle est aussi un matériau historique et scientifique dont la valeur n'a pas de prix. Un peuple ne pourra jamais disposer réellement de lui-même s'il se voit privé de ses territoires ancestraux, véritables foyers culturels voire culturels. Or, le lien à la terre est expressément reconnu dans l'Accord de Nouméa et l'inspiration peut être ici suggérée avec la Convention de l'OIT.

Enfin, l'impératif du respect mutuel est la condition *sine qua non* de la réussite et du maintien de l'autodétermination. La volonté des gouvernements ne peut en effet être garantie de manière pérenne, et ce qui a été consenti peut être repris. Selon Nina Pacari, députée à l'Assemblée nationale de l'Équateur, l'État dans son acception la plus générale était un « *État uninationnel hégémonique, dont le caractère mono-ethnique a, de fait, empêché les*

⁶³ E.-I. DAES, « L'article 3 du Projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones : obstacles et consensus », in Séminaire *Droit à l'autodétermination des peuples autochtones*, Droits et Démocratie, New-York, 18 mai 2002, p. 12.

⁶⁴ D. SAMBO DOROUGH, « Les peuples autochtones et le droit à l'autodétermination : un nécessaire rapport d'égalité : une perspective autonome », in Séminaire *Droit à l'autodétermination des peuples autochtones*, Droits et Démocratie, New-York, 18 mai 2002, p. 49.

⁶⁵ E.-I. DAES, *op.cit.*, p. 13.

*peuples autochtones de prendre part aux décisions concernant leur avenir*⁶⁶ ». Une volonté politique est donc indispensable et l'autodétermination doit avant tout être perçue comme un processus permettant à terme de bâtir un avenir commun basé sur des engagements sincères et une confiance mutuelle.

Cet idéal politique visant à tenir réellement compte de l'existence et des aspirations des peuples autochtones est pourtant encore loin d'être acquis. En effet, l'autodétermination est intimement liée à la décolonisation. Tant qu'un peuple ne peut prétendre à une libre détermination, il ne saurait être véritablement décolonisé. Les États en sont conscients, et leur plus grande crainte réside alors dans la possibilité d'une séparation et d'une remise en cause de leur intégrité territoriale. Par l'article 46, les États ont obtenu des limitations juridiques et politiques à une application normative de l'article 3 de la Déclaration des Nations Unies. L'article 46⁶⁷ précise à cet effet que le respect des droits autochtones ne saurait avoir pour effet la remise en cause de « *l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'un État souverain et indépendant* ».

Plutôt que de parler d'autodétermination, certains pays, tels que les États-Unis, préfèrent les termes de « libre détermination interne » ou « d'autonomie gouvernementale ». Or, comme le précise Maivân Clech Lâm, professeure invitée au Washington College of Law, ces termes, s'ils semblent similaires aux premiers abords, s'avèrent différents par bien des aspects⁶⁸. Dans la législation interne des États, le concept d'autonomie permet d'octroyer à un groupe, un certain nombre de champs que l'État supervise habituellement, tel quel le droit civil par exemple. Si la liberté ainsi laissée semble être identique à celle que pourrait offrir l'autodétermination, les répercussions futures ne sont pourtant pas de même nature. L'autonomie étant en effet une notion de droit interne, rien n'interdit de penser qu'à terme l'État pourra unilatéralement restreindre le pouvoir de l'entité autonome ou le remettre en cause dans son principe même. Il en est de même pour le principe de libre détermination interne qui, n'étant défini par aucun instrument juridique international, est soumis à la libre appréciation des États l'ayant mis en place. Toutefois, s'il est lié par un instrument

⁶⁶ N. PACARI, « L'autodétermination dans le contexte d'un Etat plurinational : L'expérience de l'Equateur », in Séminaire *Droit à l'autodétermination des peuples autochtones*, Droits et Démocratie, New-York, 18 mai 2002, p. 26.

⁶⁷ Article 46, alinéa 1 de la DDPA : « *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'amoinrir, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'un État souverain et indépendant.* »

⁶⁸ M. CLECH LÂM, « L'autodétermination des peuples autochtones : dettes du passé et promesses d'avenir », in Séminaire *Droit à l'autodétermination des peuples autochtones*, Droits et Démocratie, New-York, 18 mai 2002, p. 20-21.

protégeant l'autonomie interne autochtone, il ne pourra faire cela sans violer ses obligations internationales. Donc, la véritable question est de savoir si un tel instrument juridiquement contraignant existe. Ce n'est pas strictement la même chose que de parler des peuples autochtones en droit international car la Déclaration de l'ONU n'est pas en soi du droit selon la théorie la plus courante du droit international. La France a d'ailleurs présenté son interprétation restrictive de cette Déclaration.

Cette observation faite, nous voyons combien il est intéressant de revisiter les obligations internationales de la France à l'égard des peuples autochtones, notamment quant à leurs titres fonciers collectifs coutumiers en référence par exemple à la Convention sur la discrimination raciale (art. 5) ou à la Convention européenne des droits de l'homme.

Il est sans nul doute plus rassurant pour les États souverains de tenter de circonscrire les revendications autochtones au sein de leur droit national. La France se refuse à reconnaître le droit à l'autodétermination des peuples autochtones arguant de l'unité et de l'indivisibilité du territoire, malgré le fait que les comités onusiens chargés d'appliquer les pactes et traités ont explicitement déclaré que les peuples autochtones comptent parmi les bénéficiaires du droit à l'autodétermination. Une remise en question se dessine donc progressivement d'autant plus que malgré les réticences constitutionnelles des autorités françaises, un changement est d'ores et déjà en train de s'opérer qui ébranle le piédestal sur lequel sont placés les principes républicains.

2.2. – Autochtonie et lecture réaliste du droit public constitutionnel et administratif

La franche opposition qui semble séparer les principes, jugés jusqu'alors intangibles, de notre République et la reconnaissance effective des droits autochtones, doit être relativisée (2.2.1.). En outre, il paraît aujourd'hui prématuré de penser que l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie serait en mesure de résoudre cette question (2.2.2.).

2.2.1. – Les mythes fondateurs de l'unité et de l'indivisibilité républicaine

Le droit de l'État nation qu'est la France est profondément imprégné d'une conception unitaire par laquelle l'unité du peuple français et l'égalité des citoyens forment le fondement d'un régime juridique univoque des personnes.

C'est pourquoi la France refuse toujours à ce jour de reconnaître sur son territoire le phénomène autochtone malgré l'influence croissante du droit international dans le domaine des droits autochtones et son adhésion à la résolution de 2007. À ce titre, le gouvernement français s'est toujours opposé aux clauses des conventions ou déclarations internationales qui octroyaient des droits spécifiques à certains groupes en raison de leurs appartenances à

des minorités ou à des peuples autochtones. Ainsi en a-t-il été de l'article 27⁶⁹ du *Pacte internationale sur les droits civils et politiques* qui reconnaît aux minorités le droit de mener leur propre vie culturelle. La France déclarait à ce sujet que, en vertu de l'article 2 de sa Constitution⁷⁰, « 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 prégnantes⁷¹.

Le discours juridique français est formaté par les principes issus de la Révolution et 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 liberté*⁷² ». En effet, ce principe d'égalité prônant la non-discrimination est considéré comme un élément essentiel de l'héritage républicain⁷³. Ce constat est d'ailleurs étayé par les décisions du Conseil constitutionnel qui réaffirme sans cesse la prédominance des principes d'unité et d'égalité des citoyens français⁷⁴, entretenant ainsi le mythe de l'unicité de l'ordre juridique républicain. La posture juridique de la France est donc singulière et contradictoire : au niveau international elle n'a pas hésité à rejoindre ceux qui ont milité et obtenu la reconnaissance des droits des peuples autochtones... mais elle considère que, pour ce qui la concerne, il n'y a pas de peuple autochtone sur son territoire métropolitain ou ultramarin car, selon la conception politique et juridique dominante, la page de la colonisation française est définitivement tournée. En particulier le statut de citoyenneté républicaine reconnu à ses ressortissants d'Outre-mer leur interdit de se considérer comme autochtones au sens donné par les résolutions internationales.

Pourtant, l'expérience coloniale de la France et le long processus de décolonisation ont mis à mal *de facto* ce modèle idéaliste en tolérant fréquemment l'établissement de nombreux régimes juridiques différenciés et en aménageant impunément les principes constitutionnels et les droits fondamentaux de 1789.

⁶⁹ Article 27 du PICP : « dans les Etats où résident des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privés du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, e pratiquer et de professer leur propre religion ou d'employer leur propre langue ».

⁷⁰ Aujourd'hui article 1 de la Constitution.

⁷¹ Réserve faite au sujet de l'article 30 sur la Convention des droits de l'enfant de 1989 ; Avis négatif du Conseil d'Etat concernant la Convention cadre de la protection des minorités nationales élaborée par le Conseil e l'Europe (Avis 6 juillet 1995, EDCE, 1995, n°47, La Documentation française, 1996, p.397).

⁷² A. BOYER, « Les autochtones français, populations, peuples ? Les données constitutionnelles », in *Droits et cultures – Les autochtones de l'Outre-mer français – Droit et anthropologie de la sépulture*, n° 37 1999 / 1, L'Harmattan, Revue publié avec le concours du CNRS, Paris, 1999, p. 118.

⁷³ N. BELKACEMI, *op.cit.*, p. 39.

⁷⁴ Décisions 91-290 DC du 9 mai 1991, à propos du statut de la collectivité territoriale de Corse, Rec., p. 50 ; Décision 82-146 DC du 18 novembre 1982, relatif à une loi instituant un quota par sexe dans la composition des listes lors des élections municipales, Rec. p. 66.

Ainsi en est-il du principe d'égalité, intimement lié à celui d'unité du peuple français, qui a évolué afin de s'adapter aux réalités sociales. S'il est vrai que cette mutation a avant tout pour objectif de garantir, par une inégalité de droits, une égalité dans les faits, il est toutefois indéniable que la diversité des situations existantes sur le territoire français ne peut qu'induire la mise en œuvre de règles différentes. Cette diversité a d'ailleurs été reconnue constitutionnellement par le biais de l'article 75 de la Constitution⁷⁵ qui admet avec le statut personnel l'existence d'un statut dérogatoire au droit commun. Celui-ci permet de soustraire les individus au droit civil afin de leur appliquer les lois personnelles de droit local.

Il faut cependant replacer les choses dans leurs contextes. Cette dualité provient à l'origine d'une discrimination coloniale visant à séparer les citoyens français des personnes colonisées, et non pour opposer une liberté concrète à une liberté formelle. Si elle a été incorporée dans la Constitution de 1946 puis dans celle de 1958, c'est avant tout pour satisfaire à moyen terme une volonté unificatrice. L'esprit du constituant répondait à un principe d'assimilation répondant à son statut d'État nation⁷⁶ et le dessein premier de cet article était sans nul doute l'intégration des peuples indigènes au peuple français. La rédaction de cet article est à cet égard probante puisqu'il envisage uniquement la possibilité de renoncer à son statut personnel en vue de l'adoption du statut de droit commun, l'inverse n'étant alors en aucun cas envisagé. C'est un truisme de constater que cet idéal n'a jamais été atteint et l'Accord de Nouméa admet aujourd'hui la possibilité – même si les conditions sont restrictives – de passer du statut de droit civil au statut coutumier. Cet article est donc aujourd'hui réinterprété par le peuple kanak pour revendiquer la légitimité de son particularisme.

Le corollaire du principe d'unité du peuple français est le principe d'unité de l'ordre juridique. Sensiblement, cela signifie qu'il existe un seul droit pour un seul peuple. Or, il semble que la diversité des populations existantes sur les territoires français entraîne l'État, malgré ses paradigmes juridiques et politiques, à adapter ses législations. Les principes d'unité et d'invisibilité voient alors leurs contenus évoluer **(2.2.1.1.)** entraînant implicitement un changement constitutionnel **(2.2.1.2.)**.

2.2.1.1. – Les mutations des principes d'unité et d'indivisibilité

Le principe d'unité de l'ordre juridique est intrinsèquement lié au principe d'indivisibilité. Il est en effet reconnu depuis la Révolution française que « *la France est une et indivisible.* » Comme le souligne 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*

⁷⁵ Article 75 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « *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.* »

⁷⁶ N. BELKACEMI, *op. cit.*, p. 42.

*dans l'avenir*⁷⁷ ». En d'autres termes, « *l'unité serait la finalité et l'indivisibilité le moyen de l'atteindre.* »

Or, si le principe d'indivisibilité, au contraire de celui d'unité, est toujours consacré dans l'article premier de la Constitution, il apparaît toutefois que sa portée décline et que ses limites formelles n'ont cessé d'être assouplies.

L'indivisibilité est une notion plurielle qui ne concerne pas seulement le territoire mais regroupe également la souveraineté et le peuple, qui sont par ailleurs les trois éléments constitutifs de l'État⁷⁸. Si « l'indivisibilité du peuple » ne fait pas l'objet de réforme juridique au sens strict, les évolutions constantes dont font l'objet l'indivisibilité du territoire (2.2.1.1.1.) et de la souveraineté (2.2.1.1.2.) influent indirectement sur lui. À ce titre, certains auteurs se sont d'ailleurs interrogés sur la mise en œuvre d'une pratique constitutionnelle qui serait la violation même du principe⁷⁹.

2.2.1.1.1. – L'indivisibilité du territoire

En effet, concernant dans un premier temps l'indivisibilité entendue comme l'intégrité du territoire, la jurisprudence constitutionnelle considère que ce principe ne s'oppose pas à certaine modification du territoire, aussi bien dans sa dimension matérielle que juridique⁸⁰. Par ce biais, il a été admis une atteinte à l'intégrité territoriale de la République lors de l'instauration de la V^{ème} République, selon deux modalités distinctes.

La première disposition, le référendum constituant du 28 septembre 1958, menait directement à l'indépendance. Il avait, 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 prévoyait en effet une alternative fondamentale s'appuyant sur le principe de libre détermination. Une réponse favorable au texte constitutionnel entraînait la confirmation de l'intégration du territoire à la République ; en revanche, le rejet du texte menait automatiquement à l'indépendance du territoire interrogé⁸¹. 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 conservaient la possibilité de sortir de la République et de devenir des États membres de la

⁷⁷ R. DEBBASCH, « L'indivisibilité de la République », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *La République en droit français*, Economica, PUAM, Coll. Droit Public, Aix-en-Provence, 1996, p.75.

⁷⁸ A. ROUX, « L'indivisibilité de la République », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *La République en droit français*, op.cit.

⁷⁹ T. MICHALON, « La République française, une fédération qui s'ignore ? », RDP, 1982, p. 649.

⁸⁰ T. GRÜNDLER, « La République française, une et indivisible ? », RDP, 2007, n°2, p. 445.

⁸¹ Seule la Guinée rejeta massivement la nouvelle Constitution avec 95.2% de non et devint indépendante le 2 octobre 1958.

Communauté. À sa suite, l'article 86 de la Constitution permettait aux États de sortir de la Communauté pour devenir indépendants⁸².

Si certains se targuent du caractère temporaire de cette exception sécessionniste, il leur faudrait alors admettre que, passé ce délai constitutionnel, la République aurait dû être indivisiblement formée. Or, force est de constater que de nombreux scrutins d'autodétermination ont eu lieu pendant cette période et que ces derniers ont entraîné l'indépendance de quinze autres départements et territoires d'Outre-mer, après l'approbation, pourtant massive, de la Constitution⁸³. De même en est-il de la Nouvelle-Calédonie, depuis les consultations de 1987, jusqu'au référendum pour l'indépendance prévu en 2014.

L'indivisibilité du territoire est également compromise dans sa dimension juridique. À cet égard, le Conseil constitutionnel a jugé que le principe d'indivisibilité de la République n'impliquait pas une uniformité statutaire, autorisant ainsi le législateur à créer des types de collectivité territoriale à usage unique doté d'un statut spécifique. Il en est ainsi pour la Corse⁸⁴ et pour la Nouvelle-Calédonie, dotées d'un statut spécifique *sui generis* de large autonomie depuis l'Accord de Nouméa⁸⁵. Certains auteurs minimisent cet état de fait arguant de son exceptionnalité ; il n'en reste pas moins que *de facto* et *de jure*, des statuts dérogatoires sont mis en place au sein de la République française.

2.2.1.1.2. – *La remise en question de l'unité normative*

De même, la diversité territoriale se retrouve-t-elle dans l'instauration d'un régime législatif particulier des collectivités d'Outre-mer institué par l'article 74 de la Constitution. Cet article semble reconnaître implicitement l'autochtonie en octroyant des droits particuliers à ces territoires. En effet, même si une utilisation habile de la sémantique permet de ne mettre en exergue que la particularité des territoires, il est indéniable que ces "privilèges" sont avant

⁸² 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.

⁸³ T. GRÜNDLER, *op. cit.*

Ont ainsi choisi l'indépendance les départements d'Algérie et du Sahara, ainsi que trois îles du TOM des Comores.

⁸⁴ Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse.

⁸⁵ La Polynésie française est également dotée d'un statut spécifique. La loi du 12 juillet 1977 met en place une autonomie de gestion administrative et financière. C'est une étape importante vers l'autonomie interne qui sera mise en place avec la loi du 6 septembre 1984. Ce statut permet au territoire de s'administrer librement et la tutelle administrative du représentant de l'Etat disparaît. Le président du gouvernement du territoire est élu, un conseil des ministres est créé et l'Assemblée territoriale dispose d'une compétence générale. Ce statut d'autonomie interne est complété par la loi du 12 juillet 1990 qui renforce les attributions du gouvernement territorial et assure l'autonomie financière de l'Assemblée territoriale.

L'autonomie sera encore accentuée par les deux lois du 12 avril 1996 qui ont pour objectif principal de renforcer l'autonomie du territoire et d'accroître ses compétences.

Enfin, la loi du 27 février 2004 fait de la Polynésie française un « pays d'Outre-mer au sein de la République ». Elle se gouverne désormais librement par ses représentants élus et par la voie du référendum local.

tout accordés afin de s'adapter aux spécificités culturelles et coutumières des peuples premiers.

Ainsi les articles 74 et 74-1 prévoient-ils le principe de spécialité législative qui, selon Alain Boyer⁸⁶, met en exergue trois dispositions successives :

- la participation des collectivités à la fonction législative,
- l'existence d'une répartition des compétences lois/règlements propre à chaque territoire,
- la règle d'inapplicabilité de plein droit des lois.

Pour la doctrine, cette diversité des règles 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 Parlement⁸⁷. Ainsi, selon Bertrand Faure, « *l'indivisibilité républicaine est plus exactement traduite par le respect de l'unité de la source normative que par l'unité des normes générales*⁸⁸ ». L'indivisibilité de la souveraineté serait alors essentielle pour garantir la primauté des principes républicains. Ce principe entretient deux concepts intimement liés, la souveraineté interne plaçant l'État au dessus de toute autorité présente sur son territoire et la souveraineté externe induisant le fait que l'État ne puisse être soumis à aucune entité extérieure.

Or, l'étude de ces deux aspects de la souveraineté démontre un affaiblissement du pouvoir normatif de l'État au profit de l'Union Européenne d'une part et des collectivités territoriales de l'autre.

Il est vrai que le Conseil constitutionnel a rappelé le principe d'indivisibilité dans une décision concernant l'élection des parlementaires européens en 1976⁸⁹. Cependant, il est aujourd'hui indéniable que les transferts de compétences vers l'Union Européenne autorisés par le biais de révisions constitutionnelles relativisent ce principe.

Au niveau interne, des entorses à l'unité de la source normative peuvent également être envisagées. Ainsi, depuis une révision constitutionnelle de 2003⁹⁰, l'article 72 de la Constitution autorise l'expérimentation. Même 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. Cette possibilité doit néanmoins être approuvée par le législateur et, en ce sens, l'unité normative peut, pour certains et formellement, être considérée intacte.

⁸⁶ A. BOYER, *op.cit.*, p. 126.

⁸⁷ T. GRÜNDLER, *op. cit.*

⁸⁸ B. FAURE, « 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. Nous pouvons voir là un magnifique sophisme juridique qui ferait de la reine d'Angleterre qui promulgue les lois l'auteur des normes législatives du Canada et du Royaume Uni...

⁸⁹ Décision n° 76-71 DC du 30 décembre 1976, Décision du Conseil des Communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct, Rec. p. 15, cons. 2 et 5.

⁹⁰ Loi constitutionnelle n°2003-276 du 28 mars 2003 – article 5.

Toutefois, l'existence d'une véritable dualité dans l'ordre juridique français, prouvant par la même une réelle disparité territoriale, est encore plus prégnante dans le cas particulier de la Nouvelle-Calédonie.

Dès 1982, une reconnaissance implicite du droit coutumier kanak est instaurée avec l'ordonnance n°82-877 du 15 octobre 1982⁹¹ qui institue des assesseurs coutumiers. Cette dernière prévoit que les litiges relevant des règles coutumières seront jugés par la juridiction de droit commun compétente, complétée par des assesseurs, représentants de la coutume et ayant voie délibérative.

Les conflits constants opposant les loyalistes aux indépendantistes menèrent, par la suite, aux Accords de Matignon conclus le 26 juin 1988. Ceux-ci prévoyaient une période de développement de dix ans au terme de laquelle les Néo-calédoniens auraient à se prononcer sur leur indépendance. Par la suite, la période de transition étant jugée insuffisante, l'Accord de Nouméa fut signé le 5 mai 1998, sous l'égide de Lionel Jospin, Premier ministre.

Cet Accord rend véritablement compte de l'altération du principe de l'indivisibilité tant dans sa dimension territoriale que dans son idéal de souveraineté absolue. L'Accord de Nouméa fait de la Nouvelle-Calédonie une collectivité *sui generis* de large autonomie. La loi constitutionnelle du 20 juillet 1998 qui en découle introduit un chapitre XIII à la Constitution sur les dispositions relatives à la Nouvelle-Calédonie, et modifie à ce titre l'article 77, prévoyant ainsi l'élaboration d'une loi organique planifiant l'élaboration de cette nouvelle collectivité. Le statut de cette dernière, au même titre que la Corse, démontre la possibilité d'un territoire dissemblable par les règles qui y sont appliquées.

La loi organique du 19 mars 1999 met également grandement à l'épreuve le principe de souveraineté puisque son chapitre II du titre III est consacré aux lois de pays. Certes, leur champ d'action est limité, mais dans les domaines définis à l'article 99, les lois du pays ont force de loi. Le Congrès de Nouvelle-Calédonie est donc habilité à faire des lois qui seront applicable sur le territoire néo-calédonien.

Cette possibilité conférée à la Nouvelle-Calédonie est sans conteste un abandon de l'unité du pouvoir normatif. 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 3⁹²* ».

À travers ces exemples s'esquisse un principe d'indivisibilité au contenu juridique positif en constante discussion, contraint de prendre en considération les divers intérêts sociaux et politiques présents sur son territoire et d'en moduler les statuts. Au regard de la position de

⁹¹ J.O. du 17 octobre 1982, p.3106.

⁹² J. PAGE, *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.

Roland Debbasch, il paraît alors indéniable que si l’indivisibilité est le moyen d’atteindre l’unité, l’affaiblissement de l’un conditionnerait obligatoirement celui du second. L’indivisibilité comme principe de garantie de l’unité n’est plus un dogme aussi indiscutable qu’auparavant. La constitutionnalisation de ces nombreuses pratiques législatives a entraîné la minimisation de certains éléments qui composaient traditionnellement ce principe, tel, par exemple, l’intangibilité du territoire.

Ainsi, il est d’ores et déjà constaté qu’une évolution a été enclenchée, réduisant dans la pratique l’impact et la primauté de ces deux principes. Même la protection que Conseil constitutionnel leur offre ne suffit plus à garantir leur pérennité.

2.2.1.2. – La théorie du changement constitutionnel : l’évolution progressive de la norme suprême

Une grande majorité de la doctrine n’entrevoit le problème de la modification de la Constitution que sous le seul angle de la révision constitutionnelle. Formellement, la révision est une technique juridique qui permet aux pouvoirs publics de modifier expressément la Constitution selon une procédure déterminée. Ainsi, si les pouvoirs publics ne conçoivent pas le besoin de faire évoluer ce texte fondateur, les principes qui régissent notre République restent en apparence intangibles : c’est pourquoi la doctrine française considère que la Constitution de 1958 est une Constitution « rigide », conformément à une idée recyclée depuis dans tous les manuels de droit constitutionnel des facultés de droit.

Pourtant, une doctrine minoritaire, d’origine germanique, appréhende de manière différente le phénomène d’évolution d’une Constitution écrite. Elle distingue clairement la « révision constitutionnelle » du « changement constitutionnel ». Cette distinction a été conceptualisée par Georges Jellinek qui identifie le changement constitutionnel comme « *une modification de la Constitution qui laisse inchangé formellement le texte de la Constitution et qui résulte de faits qui ne sont pas nécessairement issus de l’intention de changer la Constitution ou de la conscience de la faire*⁹³ ». Cela signifie qu’il existe, à côté de notre Constitution écrite, une autre réalité constitutionnelle qui serait à même d’induire un changement informel mettant les dispositions de la Constitution hors de vigueur⁹⁴. Cette mutation de la Constitution résulte « *d’un déplacement de la réalité de la situation politique, de la structure sociale ou de l’équilibre des intérêts, sans que pour autant ce changement soit authentifié dans la lettre de la Constitution écrite*⁹⁵ ».

⁹³ G. JELLINEK, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, O. Häring, Berlin, 1906.

⁹⁴ O. BEAUD, « « Les mutations de la Ve République » Ou comment se modifie une Constitution écrite », *Pouvoirs*, 2001/4, n°99, p.19-31. DOI : 10.3917/pouv.009.0019, [En ligne], Consulté le 13 avril 2012, URL : www.cairn.info/revue-pouvoirs-2001-4-page-19.htm.

⁹⁵ K. LOEWENSTEIN, *Ueber Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin, 1960, p. 15.

Si la Constitution n'est pas formellement modifiée, il est cependant nécessaire de prendre en compte les réalités politiques, au risque de n'entrevoir qu'une partie de la réalité⁹⁶. La théorie s'arc-boute sur ces principes réputés inviolables mais force est de constater que la pratique autorise de plus en plus de dérogations afin de s'adapter notamment aux phénomènes de décolonisation.

En France, cette doctrine n'a fait que peu d'émules, les constitutionnalistes préférant analyser la règle de droit *stricto sensu* sans prendre en compte les évolutions sociales et leurs impacts sur le contenu même des règles de droit.

René Capitant est l'un des seuls à s'être intéressé à ce « droit constitutionnel non écrit ». S'attardant sur la position des juristes français, il écrit, « *il règne sur beaucoup d'auteurs comme un principe de légitimité du droit écrit qui exclut à leurs yeux le caractère juridique de toute règle non écrite. Tout ce qui n'est pas écrit tombe dans le domaine du fait ou de la politique, et ne saurait être regardé comme règle de droit. Mais l'interprète ne doit pas connaître que la "positivité"*⁹⁷ ». De la même manière, Pierre Avril relève que les constitutionnalistes français semblent atteints d'une sorte de schizophrénie en traitant cette réalité « *comme s'il concernait deux univers étrangers l'un à l'autre – celui du « devoir-être » qu'ils analysent et commentent, et celui de « l'être », qu'ils réduisent à la contingence, au fait, à la « politique », bref à l'impureté de la vie*⁹⁸ ».

Pour ces derniers, le « devoir-être » sont les principes inscrits dans les textes normatifs et qui représentent la réalité institutionnelle, tandis que l'« être », l'apparition d'un certain dualisme juridique, ne serait qu'un épiphénomène ne remettant pas en cause l'unité juridique de la Nation.

Or, comme le précise encore Georges Jellinek, « *une règle juridique peut bien demeurer formellement inchangée et pourtant acquérir un sens entièrement nouveau sous l'effet de ces forces politique [...]. Avec la logique formelle seule, on en vient aisément à donner du droit public un tableau auquel rien ne correspond dans la réalité des choses*⁹⁹ ».

Ainsi, comme nous l'avons illustré ci-dessus, il apparaît bien qu'un véritable changement constitutionnel se soit produit au sein de notre République, permettant l'avènement d'une

⁹⁶ L'article 5 de la Constitution est à cet égard un bel exemple puisqu'il dispose que : « *Le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat. Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités* ». Nul n'ignore par contre qu'il exerce la définit et conduit de la politique de la Nation et que de plus en plus fréquemment, il commande le gouvernement et dispose de l'administration, compétences dévolues au Gouvernement et au 1^{er} Ministre aux articles 20 et 21 de la Constitution

⁹⁷ R. CAPITANT, *Le droit constitutionnel non écrit*, Recueil d'études en l'honneur de François Gény, Sirey, Paris, 1934, t. III, p. 2.

⁹⁸ P. AVRIL, « Enchantement et désenchantement constitutionnel sous la V République », *Pouvoirs*, 2008/3, n°126, p.5-16. DOI : 103917/pouv.126.0005

⁹⁹ O. JOUANJAN, in JELLINEK G., *L'État moderne et son droit*, t. I, Panthéon-Assas Paris II, Paris, 2005, p. 71.

dualité de l'ordre juridique et reconfigurant profondément les contenus des principes d'unité et d'indivisibilité.

Dans les faits observables et observés, le rempart constitutionnel invoqué le plus souvent par la doctrine n'apparaît pas effectivement contraire à la pluralité juridique et les principes issus de la Révolution semblent s'adapter pragmatiquement aux nécessités de notre temps¹⁰⁰. À terme – mais cela n'est en rien nécessaire tant les faits apparaissent plus forts que le droit – il apparaît possible de mettre en œuvre comme expression de cette évolution une révision constitutionnelle prenant en compte la réalité des évolutions constatées. En effet, l'idéal d'intangibilité de la Constitution est loin d'avoir été respecté au cours de la V^{ème} République. Vingt-quatre révisions ont en effet eu lieu depuis 1958, dont dix-neuf entre 1992 et 2008. Certaines d'entre elles ont d'ailleurs contribué à la remise en question des principes républicains originaux.

Un évènement majeur conforte et corrobore cette affirmation : ce sont les engagements européens de la France. S'il est un domaine que le droit constitutionnel a pris en compte par ces révisions, celui-ci est sans équivoque le fait européen. La révision du 25 juin 1992, provoquée pour les besoins de la ratification du traité de Maastricht, est à cet égard probante. Son article 2 dispose que si « *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* » Il est donc indirectement reconnu que la Constitution « *devra être modifiée* », afin de s'adapter aux exigences européennes et internationales¹⁰¹. En outre, cette révision a entraîné la création du titre XIV spécifique intitulé « *Des communautés européennes et de l'Union Européenne* », dans lequel la France consent à un transfert de compétence en faveur de l'Union Européenne¹⁰².

Ce titre confère, en tout état de cause, « *un large mandat aux gouvernants en vue d'affermir l'unification européenne* »¹⁰³. Ce dernier sera d'ailleurs utilisé fréquemment et engendra d'importants abandons de souveraineté¹⁰⁴. En tout état de cause, cet exemple topique démontre la facilité et la banalité à modifier le cadre constitutionnel pour l'adapter aux enjeux et évolutions politiques.

¹⁰⁰ N. BELKACEMI, *op. cit.*, p. 52.

¹⁰¹ Certaines révisions constitutionnelles ont par exemple été nécessaires pour ratifier des traités internationaux :
- Révision du 25 novembre 1993 relative aux accords internationaux en matière de droit d'asile.
- Révision du 8 juillet 1999 relative au traité instituant la Cour pénale internationale.

¹⁰² Article 88-2 de la Constitution .

¹⁰³ O. BEAUD, *op.cit.*

¹⁰⁴ Révision constitutionnelle du 25 janvier 1999 en vue de la ratification du Traité de Lisbonne. Modification de l'article 88-2 : « *selon les modalités prévues par le Traité instituant la Communauté européenne, dans sa rédaction résultant du traité signé le 2 octobre 1997, peuvent être consentis les transferts de compétences nécessaires à la détermination des règles relatives à la libre circulation des personnes et aux domaines qui lui sont liés* ».

L'Outre-mer a également retenu l'attention du « législateur constitutionnel », notamment avec la révision du 20 juillet 1998 relative à la Nouvelle-Calédonie, dont certains auteurs ont pu penser, avec la mise en place des lois de pays, que « *le principe de souveraineté partagé fédéralise l'exercice du pouvoir normatif* ¹⁰⁵ ». La Constitution reconnaît l'existence d'un « droit ultramarin » spécifique qui déroge au droit commun pour satisfaire aux revendications et aux spécificités des populations concernées.

Le résultat de ces diverses révisions montre le démantèlement progressif du monopole du pouvoir législatif du Parlement et il semble que ces dernières ont plus que contribué à ce que la « République jacobine » soit remise en question dans sa conception initiale¹⁰⁶. Cela semble démontrer qu'en conformité avec les positionnements internationaux de la France, la voie de l'adaptation de la Constitution aux droits autochtones n'est pas aussi fermée que ce que la doctrine majoritaire laisse à penser ; celle-ci ne le conteste d'ailleurs pas directement mais implicitement en déniait l'existence même d'une entité kanak autre que celle attachée à des pratiques civiles coutumières.

Toutefois, avant d'envisager toute possibilité de libre détermination pour le peuple kanak, la question de la décolonisation doit être clairement documentée et l'amalgame fait entre indépendance et autodétermination, démêlé.

2.2.2. – L'ambiguïté des procédures de décolonisation françaises

Selon les Nations Unies, la décolonisation est la condition *sine qua non* pour qu'un peuple puisse prétendre à l'autodétermination. Ce droit ne peut s'exercer que sur un territoire devenu autonome.

Afin de mieux cerner la situation du peuple kanak, un bref exorde historique est nécessaire. La Nouvelle-Calédonie fut une colonie française jusqu'en 1946. À cette date, la France considère que les peuples dont elle a pris la charge, en leur octroyant la qualité de Territoires ou de Départements d'Outre-mer, ne sont plus colonisés. À ce titre, le gouvernement décidera de manière unilatérale de ne plus fournir de renseignement sur ces colonies et leurs dépendances aux Nations Unies¹⁰⁷.

À l'exception des DOM intégrés à la République en 1946 et les territoires inhabités, les territoires de l'Outre-mer français ont eu à se prononcer sur leur statut en 1958. Ainsi, lors de la mise en place de la Communauté prévue au titre XII de la Constitution, la Nouvelle-Calédonie s'est prononcée par voie de consultation de l'Assemblée territoriale pour le

¹⁰⁵ C. BIDEGARAY, C. ÉMÉRI, « Quatrième République : le retour ? », *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril, La République*, Montchrestien, 2001, p. 293.

¹⁰⁶ O. BEAUD, *op.cit.*

¹⁰⁷ A.-P. BLERALD, J.-C. FORTIER, H. GOLD-DALG, « L'Outre-Mer 1986 », in *Annuaire des collectivités locales*, t. VII, 1987, p. 155.

maintien dans la dépendance à la métropole¹⁰⁸. Cet événement a renforcé les convictions de la France qui considère que ces territoires ont choisi librement de demeurer français.

Il est vrai qu'avant 1960, les solutions autres que l'accèsion à l'indépendance n'ont pas éveillé la suspicion des Nations Unies. L'Assemblée générale considérait la volonté des populations comme acquise même si elle précisait que « *c'est avant tout en accédant à l'indépendance complète que les territoires visés au chapitre XI de la Charte peuvent atteindre l'autonomie complète* »¹⁰⁹.

Initialement, les territoires jugés non autonomes étaient librement déterminés par les États membres eux-mêmes qui s'acquittaient alors de l'obligation imposée par l'article 73 de la Charte de communiquer des renseignements sur ces territoires. Cette procédure reposait donc sur la confiance accordée aux États selon les principes de souveraineté du droit international public. Pourtant, peu à peu, certains États ont cessé de transmettre les informations. Le problème a été véritablement reconnu lorsque le Portugal et l'Espagne, devenus pays membres en 1955, ont refusé de mettre en œuvre le chapitre XI, qualifiant leurs territoires coloniaux, de « provinces d'outre-mer¹¹⁰ ». Cette situation a poussé les Nations Unies à se déclarer seules compétentes pour développer des critères servant à la détermination des territoires autonomes. C'est ainsi que furent adoptées les résolutions 1514 et 1541. Progressivement, une liste de pays reconnus comme ayant des territoires non autonomes fut mise en place, parmi lesquels la France vint prendre place.

Ainsi, en 1986, l'Assemblée Générale des Nations Unies¹¹¹ déclara la Nouvelle-Calédonie, territoire non autonome au sens de la Charte et réaffirma « *le droit inaliénable du peuple de Nouvelle-Calédonie à l'autodétermination et à l'indépendance conformément aux dispositions de la résolution 1514 (XV)* »¹¹². Mais il s'agit de l'autodétermination d'un territoire complet à vocation étatique dont il est question et non d'une composante ethnoculturelle infra étatique. À ce jour, la Nouvelle-Calédonie est donc toujours sur la liste des territoires non autonomes, comme le démontrent les résolutions successives de l'ONU sur la question néo-calédonienne¹¹³.

¹⁰⁸ D. DORMOY, « Le droit international et les possibilités d'évolution statutaire », in *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, 16 juin 1997, Paris, 1997, p. 112.

¹⁰⁹ Résolution 742 (VIII), *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*, du 24 novembre 1953.

¹¹⁰ Th. CHRISTAKIS, *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, CERIC, La documentation française, Thèse, coll. Monde européen et international, Paris, 1999, p. 54.

¹¹¹ Cette résolution a été adoptée à la suite d'une demande des chefs de gouvernements des États membres du Forum du Pacifique (réunion de Suva du 8 au 11 août 1986) et d'une demande des pays non-alignés de la Havane (réunion du 1 au 6 septembre 1986).

¹¹² Résolution 41/41A, *Application de la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*, 2 décembre 1986.

¹¹³ Résolution 66/87, *Question de la Nouvelle-Calédonie*, 9 décembre 2011.

Cette réintégration, toujours d'actualité, est due au fait que la Nouvelle-Calédonie ne répond à aucune des exigences qui permettraient de garantir la libre autonomie de son territoire. Ces conditions sont l'intégration ou la libre association avec un État indépendant, l'indépendance, ou encore l'acquisition de tout autre statut politique librement décidé par le peuple. En droit interne français, l'intégration de la Nouvelle-Calédonie à la République consisterait à transformer cette dernière en Territoire d'Outre-mer. Or, l'Accord de Nouméa fait de ce territoire une collectivité *sui generis* de large autonomie et dans le même temps garantit constitutionnellement l'irréversibilité de l'organisation politique mise en place¹¹⁴. Le retour au statut de TOM et par la même l'intégration, ne peuvent donc plus pour l'instant être envisagés¹¹⁵.

Suite aux Accords de Matignon et de Nouméa, la finalité la plus probante est sans nul doute l'indépendance envisagée par voie de référendum entre 2014 et 2018. Toutefois, la réalité n'est pas aussi simple qu'il paraît de primes abords. L'accession à l'indépendance entraînera certes la décolonisation du territoire, mais sans pour autant garantir celle du peuple kanak. En effet, ce dernier vit aux côtés d'autres populations et les études démontrent qu'il est, en outre et désormais, démographiquement minoritaire sur ses propres terres¹¹⁶. À ce titre, rien n'interdit de penser qu'une Nouvelle-Calédonie indépendante ne nuira pas d'avantage au peuple autochtone que ne le font aujourd'hui les institutions républicaines¹¹⁷. La question de l'indépendance ne résout donc pas le problème de l'autodétermination du peuple kanak. Il semble ainsi que la revendication autochtone doive se maintenir, afin de devenir une composante du combat pour la véritable décolonisation du peuple kanak. Comme le rappelle James Anaya, « *il est d'une importance décisive que les Kanaks et les non Kanaks comprennent que l'autodétermination a bien d'autres aspects que la simple qualité d'État ou le statut politique officiel de la Nouvelle-Calédonie*¹¹⁸ ». Désormais, la priorité est de trouver des solutions pour permettre, dans les faits,

¹¹⁴ Article 5, alinéa 5 de l'Accord de Nouméa sur l'évolution de l'organisation politique de la Nouvelle-Calédonie. « *Tant que les consultations n'auront pas abouti à la nouvelle organisation politique proposée, l'organisation politique mise en place par l'accord de 1998 restera en vigueur, à son dernier stade d'évolution, sans possibilité de retour en arrière, cette « irréversibilité » étant constitutionnellement garantie* ».

¹¹⁵ En droit formel, ce que le constituant fait, il peut le défaire, rien n'est irréversible. A moins de développer une théorie réaliste de la norme constitutionnelle en estimant que les garanties de l'Accord de Nouméa étant politiquement intangibles, ce qui est irréversible EN FAIT le devient du point de vue constitutionnel. Cette manière de concevoir la norme constitutionnelle est au cœur de la tradition britannique.

¹¹⁶ En effet 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. La présence majoritaire des immigrants complexifie évidemment la question de l'indépendance et de la définition du peuple en Nouvelle-Calédonie.

¹¹⁷ F. FERAL, « 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, 2011/2, Nouméa, p.10.

¹¹⁸ J. ANAYA, Rapport du Rapporteur Spécial sur les droits des peuples autochtones, additif, La situation du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie, *op.cit.*, partie IV.

l'autodétermination d'un peuple kanak minoritaire quel que soit le régime politique étatique envisagé.

La décolonisation kanake doit « *se concrétiser progressivement intra-muros, justement par le processus autochtone qui reconnaît des droits spécifiques à la population colonisée au sein même de la communauté nationale*¹¹⁹ ». En ce sens, l'Accord de Nouméa peut lui-même être considéré comme une étape dans l'exercice du droit à l'autodétermination. Toutefois, les avancées qu'il propose sont insuffisantes et ne permettent pas de concevoir un véritable régime juridique des peuples autochtones.

¹¹⁹ F. FERAL, *op. cit.*, p. 10.

3. ANALYSE DE L'ACCORD DE NOUMÉA : LA NÉGATION IMPLICITE DE L'AUTOCHTONIE KANAKE

Il aura fallu que succède aux tensions politiques des années 1970 l'épisode tragique de la grotte d'Ouvéa pour que la question kanake soit enfin prise en considération. Avant ce drame, en effet, le peuple autochtone était ignoré, relégué au rang de groupe marginal et insignifiant, ne méritant pas de reconnaissance politique¹²⁰.

Pour mettre fin à ces terribles affrontements des accords de paix historiques, les Accords de Matignon, furent conclus le 26 juin 1988¹²¹. Ces derniers prévoyaient une période de développement de dix ans avant un référendum prévu en 1998 au cours duquel les néo-calédoniens auraient à se prononcer sur leur indépendance. Cependant, la date approchant, les parties prenantes, à l'initiative de Jacques Lafleur, jugèrent que la question de l'indépendance, quelque soit le résultat du référendum, serait susceptible de causer une nouvelle fracture au sein de la société. Afin d'éviter la résurgence d'un climat de troubles endigué depuis peu, il fut alors convenu de rechercher une solution consensuelle¹²².

Le fruit de cette démarche fut l'Accord de Nouméa, signé le 5 mai 1998¹²³. Il fut 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 les Kanaks. À ce titre, l'accord-cadre définit réellement le statut de la Nouvelle-Calédonie et met en place les institutions publiques actuelles¹²⁴.

Au regard de l'objet de notre étude, nous pouvons pourtant parler d'une « négation implicite » de l'autochtonie kanake même si à aucun moment cette question n'est explicitement abordée. Il s'agit plutôt par des formules chantournées d'extraire progressivement le peuple kanak de la question de la souveraineté néo-calédonienne. Il s'agit ensuite de folkloriser sous un flot d'institutions plus symboliques qu'effectives, l'identité souveraine du peuple kanak dans le creuset de l'autodétermination néo-calédonienne.

Dès 1999, la Nouvelle-Calédonie devient donc une collectivité *sui generis* de large autonomie. Le document d'orientation, dont les grands axes ont été développés dans la loi

¹²⁰ F. FERAL, « Quelques éléments de doctrine autochtoniste sur les institutions de Nouvelle-Calédonie », in *Quelques aspects des droits du peuple autochtone en Nouvelle-Calédonie*, op.cit.

¹²¹ Les accords de Matignon ont été signés par Jean-Marie Tjibaou et Jacques Lafleur, sous l'égide de Michel Rocard et après une concertation menée par Christian Blanc.

¹²² A. CHRISTNACHT, « Les Accords de Matignon vingt ans après. L'Accord de Nouméa, dix ans plus tard », *Négociations*, 2008/2 n° 10, p. 89-103. DOI : 10.3917/neg.010.0089, [En ligne], Consulté le 12 avril 2012, URL : www.cairn.info/revue-negociations-2008-2-page-89.htm.

¹²³ Les accords de Nouméa ont été conclus en 1998 par le gouvernement français, la coalition néo-calédonienne militant pour l'indépendance (FLNKS) et le Rassemblement pour la Calédonie dans la République (RPCR).

¹²⁴ Les accords de Nouméa prendront force de loi par leur incorporation dans notre droit par la loi organique du 19 mars 1999 et l'amendement apporté à la Constitution de notre République, par la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998.

organique du 19 mars 1999, met en place d'importantes innovations, dont l'instauration d'un mécanisme de souveraineté partagée¹²⁵. Ainsi est-il décidé que la France transférera progressivement à l'exception des compétences régaliennes toutes les compétences¹²⁶ à la Nouvelle-Calédonie, prévoyant par ce biais un lent processus d'accession à l'indépendance. L'identité kanake est également reconnue et des institutions coutumières sont mises en place afin que soient normalement prises en compte les revendications du peuple kanak. Toutefois, et comme le précise le rapporteur spécial James Anaya, « *si ce genre d'initiative donne l'espoir d'une certaine amélioration du sort des Kanaks et promet que les vestiges enracinés de l'oppression coloniale seront extirpés, des obstacles s'opposent encore à la pleine jouissance des droits de l'homme des Kanaks.* »

En effet, selon le Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie, il semble que les personnalités politiques du pays, ainsi que les représentants du gouvernement français ne respectent pas suffisamment les aspects essentiels de l'identité kanake, telle la coutume qui organise les pouvoirs et établit les compétences des différentes autorités coutumières¹²⁷.

Ainsi, si certaines dispositions issues de l'Accord de Nouméa laissent présager une certaine reconnaissance de l'autochtonie **(3.1.)**, il est d'ores et déjà constaté que les droits des peuples autochtones, tels que décrits dans la Déclaration des Nations Unies, sont encore loin d'être effectifs **(3.2.)**.

3.1. – L'Accord de Nouméa : un processus controversé d'autodétermination

L'Accord de Nouméa et le processus qu'il cherche à promouvoir sont des étapes importantes dans l'évolution du statut des peuples autochtones. Les dispositions visant à reconnaître l'existence d'un peuple kanak originel **(3.1.1.)** et par la même, la spoliation volontaire de leurs terres et ressources par les colons **(3.1.2.)** sont réellement novatrices. Pourtant la reconnaissance du peuple kanak est ambiguë et le mécanisme de restitution des terres injustement confisquées n'est pas clairement défini.

Le dispositif le plus conséquent est sans conteste l'affirmation d'une véritable dualité de l'ordre juridique en droit civil de la famille et des biens. Néanmoins, si un droit civil coutumier existe, il semble que son statut ne soit pas égal au statut civil de droit commun **(3.1.3.)**

¹²⁵ F. WEBERT, « L'ordre juridique français : de la centralisation à la souveraineté partagée », in J.-Y. FABERON, G. AGNIEL (dir.), *La souveraineté en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, La documentation française, coll. notes et études documentaires, Paris, n° 5113-14, 15 juin 2000.

¹²⁶ Les compétences régaliennes ne seront transférées à la Nouvelle-Calédonie qu'en cas d'accession à la pleine souveraineté.

¹²⁷ Rapport du Sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie sur l'état de la situation du peuple kanak – peuple autochtone de la Kanaky-Nouvelle-Calédonie, 2011.

3.1.1. – Une incursion mémorielle équivoque dans l’histoire du peuple kanak

L’Accord de Nouméa introduit pour la première fois un mouvement de décolonisation en reconnaissant de manière incontestable le fait colonial et la présence sur ces terres d’un peuple originel dont les droits avaient été spoliés, le peuple kanak. Les Accords de Matignon eux-mêmes, centrés sur la volonté de pacifier le territoire, n’avaient accordé que peu d’importance aux effets délétères de la colonisation.

Les rédacteurs de l’Accord de Nouméa paraissent faire amende honorable en rappelant les méfaits de la colonisation sur un territoire qui était peuplé. Cependant, l’orientation donnée aux développements laisse entrevoir une analyse plus nuancée de la situation (**3.1.1.1.**) et une volonté certaine de dissoudre le peuple kanak au sein de la communauté néo-calédonienne (**3.1.1.2.**).

3.1.1.1. – Une reconnaissance mitigée des méfaits de la colonisation

Le préambule de l’Accord de Nouméa reconnaît de manière indubitable le fait colonial et la domination française en Nouvelle-Calédonie¹²⁸. À ce titre, il est ainsi reconnu que lors de la prise de possession, aucune relation juridique n’a 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* », la France rappelle la réalité des dépossession, des pillages et des humiliations dont les Kanaks ont été victimes.

Néanmoins, tout en constatant « *le traumatisme durable* » qu’a engendré la colonisation, l’Accord précise que cette période « *ne fut pas dépourvue de lumière*¹²⁹ ». Il précise 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 rédaction est à cet égard équivoque. Elle semble indiquer la supériorité de la culture occidentale qui aurait ainsi importé les fondements de la société moderne sur ce territoire.

Toutefois, l’attribution des ces mérites aux populations immigrées revêt d’abord un intérêt politique et juridique qu’il est nécessaire d’analyser plus amplement.

¹²⁸ Point 2 du préambule : « *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* ».

¹²⁹ Préambule de l’Accord de Nouméa, point 3.

3.1.2. – Une référence explicite ... suivie de la dissolution rhétorique du peuple kanak

La France, reconnaissant ses erreurs, souhaite redonner au peuple kanak son identité si longtemps confisquée. Cette restitution a pour conséquence d'évoquer clairement la présence d'un « *peuple d'origine* ¹³⁰ », le « *peuple kanak* ». Pour la première fois dans un texte à portée constitutionnelle, la référence au peuple kanak est expressément mentionnée... cependant il n'est fait référence à aucun moment dans le texte à un « *peuple autochtone*. »

Avant même de stipuler clairement leur existence, le préambule s'attache déjà à démontrer que, malgré toutes les exactions commises, la colonisation a également été bénéfique. Cette volonté de ne pas dénier tout intérêt à cette période de l'Histoire est 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 commun¹³¹.

La finalité de cet Accord n'est pas d'admettre l'existence et les droits d'un peuple autochtone, terme qui n'est d'ailleurs jamais mentionné, mais bien plutôt d'invoquer le peuple kanak afin de pouvoir l'assimiler et le dissoudre dans celui de Nouvelle-Calédonie. En effet, reconnaissant la souveraineté originelle du peuple kanak, l'Accord de Nouméa l'incite immédiatement à se fondre dans une nouvelle souveraineté, partagée avec la France¹³².

Le processus ici imaginé appelle à ne concevoir le peuple kanak que comme une référence mémorielle¹³³. Certes, le gouvernement français fait dans ce préambule amende honorable de la période coloniale mais c'est pour mieux tourner la page de la question insoluble du peuple kanak.

Cette lecture rhétorique est parfaitement 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 qui portent 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. Il semble alors que la France ne conçoive l'existence de ce peuple qu'au passé, « *car du jour*

¹³⁰ Point 4 du Préambule des accords de Nouméa.

¹³¹ Point 4, alinéa 3 du Préambule des accords de Nouméa : « *Il est aujourd'hui nécessaire de poser les bases d'une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie, permettant au peuple d'origine de constituer avec les hommes et les femmes qui y vivent une communauté humaine affirmant son destin commun* ».

¹³² Point 4, alinéa 6 du Préambule des accords de Nouméa : « *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* ».

¹³³ F. FERAL « Quelques éléments de doctrine autochtoniste sur les institutions de Nouvelle-Calédonie », in *Quelques aspects des droits du peuple autochtone en Nouvelle-Calédonie, op.cit.*,

*même de sa reconnaissance, il aurait abdiqué sa souveraineté d'origine pour adopter celle partagée et fondue dans la population de Nouvelle-Calédonie*¹³⁴ ». On est alors en droit de se demander si cette assimilation n'a pas pour seul objet de résoudre le problème constitutionnel du peuple kanak.

Toutefois, les rédacteurs sont conscients que cette intégration ne pourra se faire favorablement si l'identité kanake est déniée. Or, la terre est indéniablement un facteur essentiel de l'identité kanake. Si le partage d'un destin commun doit être envisagé, il est nécessaire de restaurer la dignité du peuple kanak en reconnaissant notamment certains de ses particularismes.

3.2. – Les propriétés et ressources coutumières, institutions juridiques de l'identité kanake

Le fait que le peuple kanak ait été dépossédé de ses terres durant la colonisation est aujourd'hui reconnu par l'Accord de Nouméa. Si en théorie la mise en place d'une réforme foncière visant à restaurer les droits des Kanaks sur leurs terres ancestrales semble être une idée novatrice et légitime (3.2.1.), la pratique de réattribution des terres par l'ADRAF ainsi que les lacunes existant dans certains domaines laissent à penser que les droits autochtones ne sont pas encore réellement reconnus (3.2.2.).

3.2.1. – La reconnaissance et la réattribution laborieuse des terres spoliées

Au regard des importants développements dont elle fait l'objet, il apparaît que la question foncière est un point névralgique de l'Accord de Nouméa et de la loi organique qui en découle.

Il est en effet indéniable que la terre est un facteur d'identité primordial chez le peuple kanak. Ayant été dépossédé de sa terre durant la colonisation, elle est depuis cette époque « *un réceptacle majeur de l'histoire du contentieux historique qui existe sur l'archipel entre le peuple autochtone et l'État français* »¹³⁵. Conscient de l'importance cruciale que revêt la question du foncier, la France tente de remédier à cette situation, répondant en cela à la dynamique de la société Internationale qui s'attache à défendre les composantes de l'identité autochtone¹³⁶.

Il est vrai que depuis la prise de possession de la Nouvelle-Calédonie en 1853, la France s'est substituée aux Kanaks en tant que nouvelle autorité de contrôle de l'espace. La

¹³⁴ F. FERAL, « Quelques éléments de doctrine autochtoniste sur les institutions de Nouvelle-Calédonie », in *Quelques aspects des droits du peuple autochtone en Nouvelle-Calédonie, op.cit.*

¹³⁵ L. MAPOU, « De la rencontre de deux systèmes fonciers après plus d'un siècle d'histoire », in J.-Y. FABERON, G. AGNIEL (dir.), *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé, op. cit.*, p.154-162.

¹³⁶ Commission des droits de l'homme de l'ONU, *Etudes sur les droits fonciers autochtones*, Document de travail, 11 avril 1997.

colonisation de peuplement est brutale. Tribus et clans sont dépossédés de leurs terres ancestrales et installés sur de nouveaux territoires qualifiés de réserves, sans aucune prise en compte de leurs modes de vie et de fonctionnement. Cette conséquence de la colonisation va entraîner la mise en place d'un régime foncier coutumier dont les principaux aspects perdurent encore aujourd'hui et qui ne correspond pas au régime endogène précolonial. Ainsi, la Déclaration du 22 janvier 1868 affirme le caractère incommutable, insaisissable et inaliénable des réserves autochtones, ou encore l'arrêté du 24 janvier 1868 qui porte délimitation des réserves. Ces dispositions sont sans conteste à l'origine de l'apparition d'un dualisme foncier sur le fondement d'une réinterprétation de la coutume foncière canaque. Ainsi, l'État colonial a fabriqué un « pseudo droit foncier coutumier » en décrétant d'autorité les attributs et l'assiette du titre foncier kanak au lieu de renvoyer au droit originellement kanak en la matière.

En Nouvelle-Calédonie l'identité kanake est essentiellement foncière¹³⁷. C'est pourquoi, dès les années 1970, la question foncière est au cœur des revendications politiques. La première réforme foncière est donc lancée en décembre 1978 et inclue dans le plan « Dijoud¹³⁸ ». 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*¹³⁹ ».

Le processus de réforme foncière va se poursuivre à travers différentes formules d'attribution qui semblent traduire l'incapacité de l'État à comprendre le système coutumier kanak¹⁴⁰. L'ensemble des tentatives visant à réformer le régime foncier kanak va échouer. 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*¹⁴¹ ». Conscient de cette réalité l'Accord de Nouméa va tenter d'inverser une tendance qui tend à affranchir le peuple kanak du système coutumier colonial. Ainsi, dans un premier temps, le préambule de l'Accord reconnaît d'une manière générale le lien particulier qui unit le peuple kanak à la

¹³⁷ I. LEBLIC, « Au fondement de l'identité culturelle kanak, les représentations du foncier », <http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/20/10/35/PDF/ArtFoncierLeblic.pdf>

¹³⁸ Plan de développement économique et social de Nouvelle-Calédonie.

¹³⁹ I. LEBLIC, *Les Kanak face au développement. La voie étroite*, PUG / ADCK, Grenoble et Nouméa, 1993, p.110.

¹⁴⁰ P.-Y. LE MEUR, « Politique et savoirs fonciers en Nouvelle-Calédonie : retour sur une expérience d'anthropologie appliquée », *Le Journal de la Société des Océanistes* [En ligne], 132 / 1^{er} semestre 2011, mis en ligne le 30 juin 2011, consulté le 22 mai 2012, URL : <http://jso.revues.org/6286>.

1978-1982 : extension des réserves pendant la période de gestion de la réforme foncière par le territoire.

1982-1986 : combinées à des propriétés claniques sous l'Office foncier

1987-1988 : retour à la propriété privée avec l'ADRAF territoriale

1989 : prééminence des GDPL comme outil d'attribution foncière sous l'égide de l'ADRAF d'Etat

¹⁴¹ L. MAPOU, *op.cit.*

terre¹⁴², puis le document d'orientation rappelle une seconde fois cet état de fait en disposant que « *l'identité de chaque kanak se définit d'abord en référence à une terre*¹⁴³ ».

L'article 6 de la loi organique du 19 mars 1999 institue le nouveau système foncier calédonien en définissant trois catégories de terres pour la propriété foncière en Nouvelle-Calédonie. À ce titre, entre pour la première fois en concurrence voire en conflit avec la propriété privée de droit commun et la propriété publique la catégorie des terres coutumières. La reconnaissance de ce nouveau type de propriété n'est pas anodine, puisque la loi reconnaît l'applicabilité sur ces territoires d'un système foncier coutumier tel qu'il existe, c'est-à-dire non influencé par le droit commun... mais tel qu'il a été reformaté par le système des réserves établi lors de la seconde moitié du 20^{ième} siècle c'est-à-dire étatisé¹⁴⁴.

Par la suite, l'article 18 de la loi organique va circonscrire le champ d'application géographique et juridique des terres coutumières. Ces dernières seront constituées des réserves autochtones existantes, des terres acquises par les Groupements de Droit Particulier Local (GDPL) et des terres qui ont été ou seront attribuées par les collectivités territoriales ou les établissements publics fonciers. En outre, il est précisé que les demandes de réattribution souhaitées par les Kanaks seront faites au titre du lien à la terre. Cette information semble démontrer la volonté française de reconnaître les caractéristiques de l'identité kanake.

Par ailleurs, et depuis les Accords de Matignon du 26 juin 1988, c'est l'ADRAF (Agence de Développement Rural et d'Aménagement Foncier), un établissement public d'État¹⁴⁵ institué par la loi du 9 novembre 1988¹⁴⁶, qui a pour mission de mettre en œuvre la réforme foncière en Nouvelle-Calédonie, notamment en levant et cadastrant des terres coutumières. Elle dispose pour ce faire d'un budget annuel qui subventionne l'achat de terre à des colons privés ou à des administrations publiques afin de les allouer à des clans kanaks. Ces vingt dernières années, 125 000 hectares de terres ont été enregistrés au nom de clans kanaks institués en GDPL pour faciliter les cessions¹⁴⁷. À ce jour, environ 300 000 hectares de terrains sont détenus par le peuple kanak le plaçant sur un quasi pied d'égalité avec les propriétaires privés. Les collectivités d'État et la Nouvelle-Calédonie détiennent en revanche près de 1 035 000 hectares de terrain.

¹⁴² Point 1, alinéa 4 des accords de Nouméa : « *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 échanges* ».

¹⁴³ Point 1.4 du document d'orientation des accords de Nouméa.

¹⁴⁴ Il sera intéressant de souligner que le statut des terres coutumières s'inspire des principes de la dominalité

¹⁴⁵ Les compétences de L'ADRAF devront être transférées à la Nouvelle-Calédonie dans les quinze années suivant les accords de Nouméa.

¹⁴⁶ L'ADRAF a été un établissement public territorial de 1986 à 1988.

¹⁴⁷ J. ANAYA, Rapport du Rapporteur Spécial sur les droits des peuples autochtones, additif, La situation du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie, *op.cit.*, p.11, point C *Terres et ressources*.

Si en apparence la réforme foncière semble remplir pleinement ces objectifs de restitution des terres spoliées et de reconnaissance de l'identité kanake, une analyse plus approfondie du fonctionnement des différentes institutions impliquées dans la réforme foncière démontre que la réalité est plus complexe qu'il n'y paraît.

3.2.2. – Une réparation incomplète

La réattribution organisée par l'ADRAF est semble-t-il sujette à controverse, tant par les méthodes employées que par la relative omnipotence qu'elle a acquise *de facto* dans ce domaine. Il semble en effet que, bien que l'État français s'attache à reconnaître les différents aspects de l'identité kanake, il est somme toute beaucoup plus réservé concernant l'implication de ce même peuple dans le processus réformateur (**3.2.2.1.**). En outre, si la terre revêt une importance capitale pour les peuples autochtones, les ressources qui y sont attachées ne sont pas à négliger. Or, il apparaît que nulle référence n'est faite aux ressources existantes sur le territoire, dont le nickel qui représente pourtant près de 20 à 30 % des réserves mondiales ¹⁴⁸(**3.2.2.2.**).

3.2.2.1. – Les limites de la réforme foncière : l'omnipotence de l'ADRAF

La réforme foncière est principalement sous le contrôle de l'ADRAF. Si les instances coutumières paraissent de prime abord être impliquées dans ce processus, la pratique démontre qu'il n'en est rien (**3.2.2.1.1.**). En outre, la réattribution qui est censée se réaliser au titre du lien à la terre est en réalité assortie d'une autre condition prenant le pas sur ce premier critère identitaire (**3.2.2.1.2.**).

3.2.2.1.1. – L'absence de pouvoir décisionnel des institutions coutumières

Le foncier coutumier est à la fois un sujet complexe et essentiel. En lien étroit avec l'identité kanake, la difficulté réside principalement dans la connaissance de la coutume. Il est alors nécessaire d'acquérir un savoir relatif « *au passé, aux noms, aux hiérarchies, aux territoires*¹⁴⁹ ».

Le problème est alors double. D'une part, depuis vingt ans, l'ADRAF a accumulé un certain nombre de connaissances qui la dispensent d'avoir recours aux institutions coutumières, ou qui la place en situation de concurrence d'expertise vis-à-vis de ces dernières. D'autre part, si l'Accord de Nouméa prévoit la participation des institutions coutumières, il précise que les conseils d'aires auront pour rôle, « *la clarification et l'interprétation des règles*

¹⁴⁸ H.TORRE, Rapport d'information sur *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, [En ligne], Partie I, II, B, Consulté le 22 mai 2012, URL : <http://www.senat.fr/rap/r05-007/r05-007.html>

¹⁴⁹ P.-Y. LE MEUR, *op. cit.*

*coutumières*¹⁵⁰ » et que le Sénat coutumier sera « *obligatoirement consulté sur les sujets intéressant l'identité kanake*¹⁵¹ ». Néanmoins, ces formulations de principe laissent planer un grand nombre d'imprécisions quant aux véritables compétences de ces institutions et de leur pouvoir effectif de décision. L'ADRAF, qui a la charge de certains aspects précis et fondamentaux de la réforme foncière¹⁵², détient ainsi une position clef, qui oblige le Sénat et les conseils coutumiers à rester en retrait en raison du manque de définition réelle de leurs missions¹⁵³.

Outre la position de force de cet établissement public, le Sénat coutumier a également rappelé que certaines dispositions prévues par l'Accord de Nouméa n'avaient à ce jour jamais été mises en œuvre¹⁵⁴. Il en est ainsi de l'institution d'un cadastre coutumier dont le dessein affiché était d'identifier clairement les parcelles sur lesquelles s'exerçait le droit coutumier afin d'éviter un maximum de litiges fonciers. Le document d'orientation prévoyait également la mise en place d'outils financiers afin de financer le développement des terres coutumières. Néanmoins, à ce jour, ces éléments restent inexistantes.

De plus, tout en reconnaissant les vertus de l'action de l'ADRAF, les représentants kanaks soulignent que de nombreuses réclamations restent en souffrance du fait des conflits fonciers. À ce titre, le Sénat préconise l'instauration d'une instance de médiation afin « *qu'une méthode plus appropriée aux réalités du monde kanak soit mise en œuvre dans les conflits opposant les autochtones*¹⁵⁵ ». Il apparaît ici que le manque d'implication des institutions coutumières bloque le processus de réattribution. Selon le rapporteur spécial James Anaya, il serait opportun d'impliquer davantage les autorités coutumières plus à même, de part leurs connaissances, de résoudre les conflits existant entre autochtones ou entre clans autochtones. De manière générale, il est également souhaité que les institutions coutumières disposent d'un plus grand rôle à l'ADRAF¹⁵⁶, afin de mettre en œuvre les dispositions restées lettres mortes, telles que le cadastre coutumier ou encore le développement d'un fonds d'affectation spéciale pour la mise en valeur des terres coutumières.

Cependant, la reconnaissance des critères de l'identité du peuple kanak n'implique pas simultanément leur participation à sa valorisation, cela contribuant encore à les marginaliser.

¹⁵⁰ Document d'orientation des accords de Nouméa, 1.2.2.

¹⁵¹ Document d'orientation des accords de Nouméa, 1.2.5.

¹⁵² 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.

¹⁵³ P.-Y. LE MEUR, *op. cit.*

¹⁵⁴ Rapport du Sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie sur l'Etat de la situation du peuple kanak, peuple autochtone de la Kanaky- Nouvelle-Calédonie, 8 février 2011.

¹⁵⁵ Rapport du Sénat coutumier, *op. cit.*, p.15.

¹⁵⁶ J. ANAYA, Rapport du Rapporteur Spécial sur les droits des peuples autochtones, additif, La situation du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie, *op.cit.*

Au-delà des problèmes institutionnels, la mise en œuvre de la réattribution n'est pas aussi respectueuse de la coutume que l'Accord de Nouméa le laissait présager.

3.2.2.1.2. – La prévalence d'un second critère de réattribution foncière : un instrument d'acculturation

En théorie, l'ADRAF attribue gratuitement des terres aux clans kanaks sur le critère du lien à la terre. Dans les faits, l'Agence procède à un "appel à candidats" par la voie publique et la sélection des candidats se réalise sur la base de critères qu'elle a elle-même définis¹⁵⁷. Or, en pratique, il s'avère qu'une seconde condition entre en ligne de compte : la condition d'un projet de « mise en valeur » des terres rétrocedées. Les clans réclamant la restitution de leurs terres ancestrales doivent dès lors proposer un projet de développement économique afin de les valoriser.

Le Comité pour l'Élimination de la Discrimination Raciale estime que le mode de fonctionnement de cet établissement public d'Etat « *ne reconnaît pas le système foncier autochtone*¹⁵⁸ » 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 autochtones¹⁵⁹.

En effet, rien n'interdit de penser que si l'ADRAF estime le projet de développement du clan « *dignitaire terrien*¹⁶⁰ » insuffisant, elle puisse se permettre de refuser la réattribution des terres ancestrales au profit d'un autre clan dont le projet serait plus prometteur. Non seulement le critère du développement économique risque d'entraîner de violents conflits entre clans rivaux mais il traduit également un phénomène d'acculturation. Il démontre en effet l'obligation pour un clan kanak de présenter un projet conforme aux souhaits des institutions étatiques quant aux développements de terres devant pourtant redevenir coutumières. Cette politique d'assimilation ne respecte donc pas la coutume kanake qui donne priorité au lien à la terre et qui contraint les Kanaks à prévoir des projets économiques susceptibles de plaire à l'établissement, sous peine de ne pouvoir récupérer leurs terres ancestrales. La perception autochtone de la propriété, basée sur le lien à la terre est reléguée au second rang, démontrant le peu de respect effectif pour l'identité kanake, malgré la rhétorique des Accords.

¹⁵⁷ Agence apparaît ainsi comme une véritable autorité administrative avec des compétences unilatérales que ne prévoyait pas initialement son statut d'expertise et d'instrument au service d'une politique foncière.

¹⁵⁸ Nations Unies, Comité pour l'élimination de la Discrimination Raciale, « Rapport sur la situation de discrimination du peuple autochtone kanak de Nouvelle-Calédonie », 77^{ème} session, 2010, p.14-20.

¹⁵⁹ Article 26 bis de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones : « *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* ».

¹⁶⁰ Nations Unies, Comité pour l'élimination de la Discrimination Raciale, *op. cit.*

Dans un rapport annuel de communication, le rapporteur spécial des Nations Unies établissait que le système en place ne tenait nul compte « *des affiliations ancestrales et des coutumes liant les communautés kanakes à leurs terres traditionnelles*¹⁶¹ ». Selon lui, il semble que la procédure de réattribution par l'Agence d'Etat ne soit pas le moyen le plus idoine pour réaliser la réforme coutumière. Une restitution des terres ancestrales réellement basée sur les liens coutumiers et spirituels serait une solution en adéquation avec les droits des peuples autochtones. Il serait pertinent que le lien ancestral à la terre soit véritablement l'unique critère permettant au peuple kanak de récupérer ses terres et de les gérer selon ses principes précoloniaux. La restitution se ferait à cette unique condition et ne dépendrait plus des considérations de l' ADRAF.

L'arrêt du 22 mars 2012 de la Cour d'appel de Nouméa¹⁶² est à cet égard intéressant. Les membres du clan Gowe revendique la propriété d'une terre dont un relevé cadastral établissait qu'il appartenait historiquement au clan Wezyui-Ma-Nezyui. Il conteste en cela la propriété de Madame Clavel, léguée par son oncle en 2005 et devenue propriété privée à la suite de l'approbation de l'acte de vente par le Gouverneur de Nouvelle-Calédonie¹⁶³. Le clan Gowe est débouté de sa demande de restitution foncière. Toutefois, cette revendication n'est pas rejetée au regard des actes notariés et de la décision initiale d'attribution du Gouverneur qui font de cette propriété une propriété privée. C'est véritablement l'absence de preuve de la possession antérieure du clan kanak qui fait succomber leur demande. Les conclusions de la Cour d'appel laissent à penser que le clan aurait pu obtenir satisfaction si la preuve du lien à la terre avait pu être apportée. Cette jurisprudence devra être confirmée, cependant elle ouvre la perspective, pour les clans qui pourraient se prévaloir d'un lien ancestral à la terre, de revendiquer certaines propriétés foncières devant les juridictions de droit.

Cette solution opèrerait dans le sens des recommandations du rapporteur spécial qui propose la mise en place d'un processus de restitution. Si cette décision est pérennisée, l'article 18 de la loi organique devra être modifié afin que le recours à l'ADRAF ne soit plus l'unique solution pour que soient restituées les terres coutumières.

Si la réforme foncière a le mérite d'être traitée par l'Accord de Nouméa, il est en revanche d'autres domaines voisins qui ne sont pas ou peu abordés.

¹⁶¹ 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

¹⁶² Arrêt du 22 mars 2012, Cour d'appel de Nouméa, Chambre civile, numéro R.G. : 10/00493.

¹⁶³ Acte de vente approuvé en conseil privé en date du 23 décembre 1889.

3.2.2.2. – Mer et ressources naturelles : les sujets oubliés

En dehors des questions relatives à la terre, la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones précise également que ces derniers ont le droit « *de posséder, d'utiliser, de mettre en valeur et de contrôler les [...] 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*¹⁶⁴ ». Or, le sujet des ressources n'est abordé ni dans l'Accord de Nouméa ni dans la loi organique de 1999 (**3.1.2.2.2.1.**). Il en est de même pour la question du domaine maritime qui, bien qu'évoquée dans l'Accord de Nouméa, n'a à ce jour fait l'objet d'aucun développement (**3.1.2.2.2.2.**).

3.2.2.2.1. – L'absence d'évocation des ressources coutumières

Le cobalt et surtout le nickel sont des minerais présents sur le territoire néo-calédonien. L'extraction du nickel a débuté dès les années 1860. Afin d'offrir une idée approximative de l'étendue de cette activité, il peut être précisé que de 1981 à 2002, 1 032 096 tonnes de nickel ont été extraites en Nouvelle-Calédonie.

Or, les chefs et représentants kanaks regrettent le fait que leur peuple ne tire aucuns avantages financiers de la richesse qu'engendre la présence de cette ressource naturelle. Le Sénat rappelle également que les titres miniers offerts aux grandes familles coloniales, sont aujourd'hui concentrés entre les mains d'une dizaine d'exploitants, dont aucun n'est kanak¹⁶⁵.

En règle générale, les activités d'extraction se déroulent sur des terres domaniales. Cependant, les Kanaks entretiennent toujours des liens culturels avec ces terres qui leurs appartenaient avant qu'ils ne soient contraints de se regrouper dans les plaines pour se protéger de la répression coloniale¹⁶⁶. Ces ressources sont donc situées, pour certaines, sur des terres réputées ancestrales et, de ce fait, les Kanaks devraient également pouvoir prétendre à la mise en valeur et aux contrôles de ces ressources.

Le rapporteur spécial note qu'un « *mécanisme novateur de répartition des avantages économiques*¹⁶⁷ » a été instauré *via*, par exemple, le « *Pacte pour un développement durable du Grand Sud*¹⁶⁸ ». Toutefois, 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 ses ressources et ne peut, par conséquent,

¹⁶⁴ Article 26, alinéa 2 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones.

¹⁶⁵ Rapport du Sénat Coutumier de la Nouvelle-Calédonie sur l'état de la situation du peuple kanak, peuple autochtone de la Kanaky-Nouvelle-Calédonie, *op.cit.*

¹⁶⁶ *Ibidem.*

¹⁶⁷ J. ANAYA, Rapport du Rapporteur Spécial sur les droits des peuples autochtones, additif, La situation du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie, *op.cit.*, p. 13.

¹⁶⁸ Le Pacte met en place une fondation dotée de la personnalité juridique, qui a pour mission d'investir dans des projets de développement dans les communautés voisines.

les employer comme elle l'entend. Il serait opportun qu'à plus ou moins court terme, « *un dispositif de partage des bénéfices*¹⁶⁹ » soit mis en place afin de garantir une certaine équité.

Un second problème inhérent aux ressources coutumières, la pollution des terres, doit également être évoqué. L'extraction des minerais a engendré d'importants dégâts environnementaux. Certaines tribus ont été contraintes de se déplacer suite à la pollution et à la montée des eaux des rivières¹⁷⁰. Les ruissellements en provenance des mines ont eu pour conséquence de boucher les cours d'eau, de dégrader les sols agricoles, d'endommager le récif corallien ainsi que la faune marine. Si actuellement de nombreuses initiatives visant à restaurer l'environnement sont instaurées, il n'en reste pas moins que le peuple kanak n'a ce jour perçu aucun dédommagement en réparation des impacts miniers.

Le domaine maritime est également un sujet qui, bien qu'évoqué dans l'Accord de Nouméa, n'a pour le moment subi aucune évolution.

3.2.2.2.2. –La question escamotée du domaine maritime

La mer, tout comme la terre, représente un enjeu essentiel du développement et de l'identité du peuple kanak. Les rites religieux, la pêche de subsistance ou encore la récolte des coquillages sont des pratiques importantes pour les Kanaks.

L'Accord de Nouméa précisait dans son document d'orientation que la question de la zone maritime serait examinée dans le même esprit que celle de la réforme foncière¹⁷¹, dans le but notamment de rétablir certains droits. Pourtant, la loi organique de 1999 ne confère aucune prérogative aux clans et chefferies kanaks, toute la compétence étant donnée aux provinces¹⁷². Certes, l'avis des conseils coutumiers est parfois requis, mais rien n'oblige les provinces à les respecter. À cet égard, la loi du pays dite *sur le domaine public maritime de la Nouvelle-Calédonie et des provinces*¹⁷³ n'a tenu strictement aucun compte de l'avis du Sénat en date du 13 août 2001¹⁷⁴.

¹⁶⁹ J. ANAYA, Rapport du Rapporteur Spécial sur les droits des peuples autochtones, additif, La situation du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie, *op.cit.*, p.21.

¹⁷⁰ Rapport du Sénat coutumier, *op. cit.*, p. 16

¹⁷¹ Document d'orientation des accords de Nouméa, point 1.4, alinéa 5 : « *Les domaines de l'Etat et du territoire doivent 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. La question de la zone maritime sera également examinée dans le même esprit* ».

¹⁷² Article 46 de la loi organique du 19 mars 1999 : « *Sous réserves des compétences de l'Etat 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, et du 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 ».

¹⁷³ Loi du pays n° 2001-017 du 11 janvier 2002 *sur le domaine public maritime de la Nouvelle-Calédonie et des provinces*, JONC du 18 janvier 2002, p. 240.

¹⁷⁴ Sénat coutumier, *Bilan de la mandature 1999-2005*, p. 18.

Le rapporteur spécial constate une incompatibilité entre l'ordre juridique de l'État, qui institue un régime domanial aux parages marins et au littoral et l'utilisation traditionnelle de ces lieux par les Kanaks¹⁷⁵. Ces derniers se retrouvent donc dans l'incapacité de poursuivre leurs coutumes et leurs cultes dans l'intimité, de pratiquer les pêches rituelles, d'organiser les droits d'accès ou de se constituer en pêcheries collectives prioritaires.

Bien que consciente de l'importance des terres et ressources coutumières pour le développement du peuple kanak, la France tout en semblant fournir les moyens nécessaires à une restitution des terres spoliées, laisse de côté certaines matières sujettes à controverses. De plus, l'exercice de cette réforme foncière laisse transparaître une certaine volonté d'acculturation du peuple kanak. Cette dernière est donc encore loin de satisfaire aux exigences de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones dont le statut normatif reste de toute façon limité.

Il est un autre domaine, qui, de prime abord, semble conférer davantage de droits au peuple kanak, il s'agit du statut civil coutumier.

3.3. – Le statut coutumier : la reconnaissance d'un droit civil kanak

Dans la partie du document d'orientation relative à l'identité kanake, l'Accord de Nouméa précise que « l'organisation politique et sociale de la Nouvelle-Calédonie doit mieux prendre en compte l'identité kanake ». À ce titre, il est convenu pour la première fois que certains Kanaks sont de statut civil de droit commun sans l'avoir désiré¹⁷⁶. L'irréversibilité du passage du statut de droit particulier au statut de droit commun est donc remise en cause, élargissant le champ d'application du statut civil coutumier (3.3.1.). En outre, le critère *ratione materiae* qui limitait le champ d'application de la coutume en droit civil est supprimé, permettant l'avènement d'un véritable droit civil coutumier, en apparence égal au droit civil commun (3.3.2.).

3.3.1. – Le champ d'application du statut civil coutumier

La reconnaissance officielle de l'existence d'un statut civil coutumier, auparavant dénommé statut civil particulier, est relativement récente, notamment au regard de certains autres territoires¹⁷⁷. Certes depuis les années dix neuf cent vingt la Cour d'appel de Nouméa

¹⁷⁵J. ANAYA, Rapport du Rapporteur Spécial sur les droits des peuples autochtones, additif, La situation du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie, *op.cit.*, p. 12. A cet égard rien ne s'oppose à ce que les règles de la domanialité publique lagonaire soient aménagées comme c'est le cas en Polynésie française : cf. F. Féral « *Propriété et domanialité publique lagonaires à Moorea* » in « *Droit foncier en Polynésie Française* » p. 69/78 Univers polynésiens/AJPF 2009

¹⁷⁶ Document d'orientation des accords de Nouméa, 1.1 le statut civil particulier, alinéa 1 : « *Certains kanak ont le statut civil de droit commun sans l'avoir souhaité* ».

¹⁷⁷ R. LAFARGUE, *La coutume face à son destin, Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, LGDJ, coll. Droit et Société, 22, Paris, 2010, p.89.

avait déjà convenu de l'existence d'un statut civil particulier côtoyant le statut civil de droit commun¹⁷⁸ ; néanmoins, sa légitimation par une règle de droit unilatérale fut beaucoup plus tardive. Avant la loi organique du 19 mars 1999, l'existence de ce statut ne transparaissait qu'au travers d'une délibération du 3 avril 1967 qui établissait un double service d'état civil¹⁷⁹.

L'Accord de Nouméa admet l'existence de lacunes et constate 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*¹⁸⁰ ».

Pour pallier à cette déficience, plusieurs orientations vont être mises en place au sein des articles 7 à 17 de la loi organique. Comme prévu, le statut civil particulier porte désormais le nom de « statut civil coutumier ». Cependant, « *la novation essentielle est la possibilité conditionnelle, pour une personne relevant du statut de droit commun, de retrouver le statut coutumier*¹⁸¹ ». L'Accord de Nouméa autorise donc la mise en œuvre d'une dérogation à l'article 75 de la Constitution¹⁸², entraînant de ce fait la satisfaction d'une revendication récurrente du peuple kanak.

Outre les Kanaks n'y ayant jamais renoncé, plusieurs catégories de personnes peuvent désormais prétendre au statut civil coutumier. Les articles 11 à 13 de la loi organique organisent, sous certaines conditions, le droit de renonciation au statut civil de droit commun afin de bénéficier du statut coutumier :

- L'article 11 autorise toute personne de statut civil coutumier et disposant de l'autorité parentale à présenter une demande motivée au bénéfice d'un enfant mineur.
- L'article 12 prévoit la possibilité pour tout majeur capable, âgé de vingt-et-un ans au plus et dont l'un des parents au moins a le statut civil coutumier, de demander le statut civil coutumier. Cette personne doit toutefois se prévaloir d'au moins cinq ans de possession d'état du statut coutumier.
- Le premier alinéa de l'article 13 prévoit que toute personne ayant eu le statut civil coutumier peut le retrouver. Cette possibilité déroge véritablement à l'article 75 de la Constitution qui s'opposait à toute translation vers le statut personnel. Enfin l'alinéa 2 de ce même article dispose que le droit de renonciation est ouvert à toute personne

L'existence d'un statut civil particulier est reconnue beaucoup moins tardivement sur certains territoires. Décret du 19 décembre 1900 (article 64) et décret du 4 juin 1938 (article 52) pour Côte des Somalies, décret du 1 juin 1939 (articles 6 et 19) pour les Comores, loi du 29 juillet 1961 pour Wallis et Futuna.

¹⁷⁸ Voir notamment arrêt de la Cour d'appel de Nouméa du 28 février 1920, *Daresté*, 1920-3-96.

¹⁷⁹ R. LAFARGUE, *La coutume face à son destin*, op. cit., p. 89.

¹⁸⁰ Document d'orientation de l'Accord de Nouméa, point 1.1, alinéa 2.

¹⁸¹ G. AGNIEL, « Statut civil coutumier », in J.-Y. FABERON, G. AGNIEL (dir.), *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, op.cit., p.128-138.

¹⁸² Article 75 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « *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* ».

justifiant d'un ascendant ayant eu le statut coutumier. Toutefois, cette faculté est assortie d'un délai de forclusion de cinq ans après la promulgation de la loi organique.

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 inhérentes à tous 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 demandeur. Nonobstant le nombre de personnes à satisfaire, la formule "insuffisamment préservés" est relativement imprécise, ouvrant au juge civil la possibilité de rejeter nombre de demandes. De plus, si le retour au statut coutumier est soumis à de nombreuses conditions, l'inverse en revanche est beaucoup plus aisé à réaliser. En effet, un individu devenu majeur dispose toujours de la faculté de renoncer à son statut coutumier au profit du statut de droit commun. Dans ce cas, aucune condition n'est exigée pour l'obtention du statut civil de droit commun contrairement à la demande formée pour relever du statut coutumier : cela semble démontrer la prééminence du statut de droit commun sans doute encore considéré comme étant le plus approprié à l'épanouissement de l'individu.

Néanmoins, un arrêt de la Cour d'appel de Nouméa en date du 29 septembre 2011 recèle de fortes potentialités en ce qui concerne l'accession au statut civil coutumier. En l'espèce, Monsieur César Minole Saito souhaitait accéder au statut coutumier. Cependant, les conditions restrictives des articles 12 et 13 de la loi organique faisaient obstacle à sa demande. La Cour d'appel s'appuie alors sur 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 est faite en référence à l'Accord de Nouméa qui, souhaitant protéger l'identité culturelle des individus, déclare que « *toute personne pouvant relever du statut coutumier et qui s'en serait trouver privée à la suite d'une renonciation faite par ses ancêtres ou par mariage ou par toute autre cause [...] pourra le retrouver*¹⁸³ ». De ce fait, l'accession au statut coutumier ne serait 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 va mettre 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.

Si cette construction prétorienne se maintient, le principe du respect de la vie privée pourrait alors être suffisant pour justifier la reconnaissance de l'autochtone. Autochtone qui par ailleurs, se verra soumis, du fait de son statut, à la coutume et bénéficiera de ses droits.

¹⁸³ Document d'orientation des accords de Nouméa, point 1.1, alinéa 5.

3.3.2. – L'application extensive mais toujours secondaire d'un droit civil coutumier

Avant la loi de 1999, la compétence des juridictions civiles, avec ou sans assesseurs coutumiers, était départagée selon un double critère cumulatif. Les juridictions avec assesseurs coutumiers n'étaient compétentes que pour certaines personnes et pour certains litiges en matière civile. Le critère *ratione materiae* imposait que le litige relève exclusivement du droit des personnes et de la famille, ou des successions et libéralités, et le critère *ratione personae* exigeait que les deux parties soient de statut civil coutumier.

L'article 7 de la loi organique fait disparaître 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.* » Concomitamment, cela semble signifier que les Kanaks de statut civil coutumier ne peuvent être soumis au droit civil dans leurs rapports mutuels.

Face à ces nouvelles dispositions qui encadrent le champ d'application matériel de la coutume, une question a émergé au sein de la doctrine. Le terme « droit civil » inclut-il l'ensemble du droit civil ? L'étendue de cette expression était en effet soumise à controverse et trois thèses s'opposaient¹⁸⁴ :

- La première était de type extensif et suggérait que l'article 7 visait tant les règles relatives à la personne¹⁸⁵ que celles relatives aux activités économique et sociales¹⁸⁶.
- La seconde au contraire était restrictive et limitait l'application de la coutume aux seuls droits extrapatrimoniaux, aux statuts des biens en mariage et à la succession.
- La troisième, fondée « *sur une volonté de pragmatisme juridique*¹⁸⁷ » estimait que la coutume ne devait régir que ce qu'elle prévoyait, le reste échéant au droit civil.

La Cour de cassation a tranché cette question dans deux avis de 2005¹⁸⁸ et 2007¹⁸⁹ 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*¹⁹⁰ ».

¹⁸⁴ E. CORNUT, « La juridicité de la coutume kanak », *Droit et cultures*, [En ligne], 60 | 2010-2, mis en ligne le 17 mars 2011, consulté le 31 mai 2012. URL : <http://droitcultures.revues.org/2347>

¹⁸⁵ Règles extrapatrimoniales regroupant l'état civil, la capacité ou encore la famille.

¹⁸⁶ Entre autres, obligations contractuelles et délictuelles, successions, libéralités, régimes matrimoniaux, régime des biens.

¹⁸⁷ E. CORNUT, *op.cit.*

¹⁸⁸ Avis n° 005 0011 de la Cour de cassation du 16 décembre 2005

¹⁸⁹ Avis n° 007 0001 de la Cour de cassation du 15 janvier 2007

¹⁹⁰ Lettre du 2 avril 2004 du ministère de l'Outre-mer, citée par M. Chauvin dans son rapport sur l'avis du 16 décembre 2005, *BICC* n° 637 du 1^{er} avril 2006.

Dans la lignée de ces deux avis, la Cour de cassation a rendu un arrêt de première importance le 1^{er} décembre 2010¹⁹¹. Il était demandé à la Cour si la coutume pouvait être appelée à trancher des questions qu'elle ne prévoyait pas¹⁹². En l'espèce, il était demandé si la question de la prestation compensatoire, dans le cadre d'un divorce entre personnes de statut coutumier, pouvait être prise en charge par les articles 270 et suivants du Code civil, la coutume ne prévoyant pas 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 trouver en elle-même ses propres réponses*¹⁹³ ». La Haute juridiction pousse son raisonnement jusqu'à refuser de contrôler l'application faite par les juridictions des règles du statut coutumier, même au regard de l'ordre public. Cela entraîne incontestablement la reconnaissance d'un véritable pluralisme juridique puisque la coutume se voit accorder le droit de s'épanouir en dehors des règles étatiques.

De ce fait, toutes les affaires relevant du domaine civil appelleront 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 relèveront 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*¹⁹⁴ ». 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 et être complété par la jurisprudence¹⁹⁵.

Pour autant, si la Constitution semble instaurer deux statuts égaux – tout du moins en principe¹⁹⁶ – la réalité laisse entrevoir, dans les faits, une inégalité statutaire. Cela signifie que sauf exception, le droit commun s'applique toujours dans un litige opposant deux personnes

¹⁹¹ Décision Cour de cassation, chambre civile, du 1 décembre 2010, n° 08-20843.

¹⁹² S. SANA, Commentaire de la décision de la Cour de cassation, [En ligne], mise en ligne le 13 juin 2011, consulté le 29 mai 2012. URL : <http://larje.univ-nc.nc>

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ R. LAFARGUE, *La coutume face à son destin*, p. 89.

¹⁹⁵ Idée de codification d'ailleurs très controversée soit par La plupart des anthropologues, soit par une partie non négligeable des kanaks et des coutumiers eux-mêmes. Dans l'idéal autochtone, La rédaction de la coutume pourrait être l'œuvre d'institutions kanakes endogènes que se donneront librement les Kanaks, ce qui montre bien que le statut personnel comporte une dimension collective voire institutionnelle, bref une dimension d'autonomie autochtone sur un enjeu central de la gouvernance des sociétés kanakes.

¹⁹⁶ R. LAFARGUE *La coutume face à son destin*, p. 86

de statut différent. Cette situation a d'ailleurs été entérinée par le Conseil constitutionnel dans une décision du 19 mars 1999, réduisant à néant les efforts entrepris par la jurisprudence judiciaire pour tenter « *de prendre le contre-pied de cette pratique administrative*¹⁹⁷ ». La primauté du droit civil se vérifie également en cas de conflit de normes. Ainsi, l'enfant né de deux parents ayant un statut différent se verra automatiquement octroyer le statut civil de droit commun. À charge pour le parent de statut coutumier de tenter de mettre en œuvre l'article 11 de la loi organique.

Lorsque le préambule de 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*¹⁹⁸ », dans le but de parvenir à un destin commun, il paraissait évident qu'il ne pouvait s'agir que de la mise en place d'une égalité entre les deux statuts¹⁹⁹. La pratique et l'interprétation faites par le Conseil constitutionnel confirment qu'il n'en est rien.

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 civil²⁰⁰. Cela signifie que toute autre matière, fût-elle de droit privé, relève du droit commun, telle que le droit commercial, le droit de la concurrence ou encore le droit du travail.

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. Certes, la France reconnaît au niveau international certains droits aux peuples autochtones mais ni en Polynésie ni en Guyane ; en Nouvelle-Calédonie, elle souhaite en contrôler les divers mécanismes et elle se refuse à accorder un quelconque pouvoir en ce domaine aux institutions et autorités coutumières. En réalité, ces dernières sont entièrement subordonnées aux institutions néo-calédoniennes²⁰¹.

¹⁹⁷ G. AGNIEL, *op.cit.*

¹⁹⁸ Préambule des accords de Nouméa, point 5, alinéa 4.

¹⁹⁹ E. CORNUT, *op.cit.*

²⁰⁰ Voir par exemple : Cour d'appel de Nouméa, 24 janvier 2002, arrêt n° 135/2001, *RJPENC* n° 2, 2003/2, p.64 sur le fait que la coutume ne régit pas le fonctionnement interne des GDPL ; Cour d'appel de Nouméa, 21 mai 2008, arrêt n°07/476 sur le fait que la coutume ne régit pas les relations entre les GDPL et les personnes qui y travaillent.

²⁰¹ On peut imaginer que ces autorités kanakes puissent occuper un champ normatif « quasi législatif » en adoptant des textes coutumiers de droit civil dont la mise en œuvre extra-judiciaire leur reviendrait. Mais en tout état de cause, cette compétence normative implicite et inhérente au statut personnel resterait soumise à la prépondérance du Congrès habilité à légiférer sur les matières coutumières. Ce n'est qu'en l'absence de loi du pays entrant en conflit avec la compétence kanake que celle-ci pourrait se déployer.

4. – Les limites de l'autodétermination néo-calédonienne au regard de la déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones

Si l'Accord de Nouméa semble instaurer de nouvelles institutions coutumières, ceci en apparence adéquation avec les normes internationales, un examen approfondi des pouvoirs de ces dernières révèle des institutions de façade (4.1.). De plus, la France se refuse également à accorder la moindre prérogative juridique ou administrative aux autorités coutumières, dont la dénomination semble dès lors purement honorifique, voire factice. (4.2.).

4.1 – L'instauration d'institutions coutumières kanakes peu effectives

La reconnaissance identitaire du peuple kanak s'est également traduite par la légalisation d'institutions coutumières. Cependant, ces dernières sont incorporées et soumises aux institutions de Nouvelle-Calédonie : leurs pouvoirs apparaissent formels et leurs moyens inexistant. Le Sénat coutumier, considéré par certains comme une seconde chambre, n'a en définitive que le droit d'exposer son avis et ne possède aucun moyen pour fonctionner sérieusement à la manière d'une véritable institution (4.1.1.) ; les conseils coutumiers ne sont quant à eux considérés majoritairement que comme des interprètes de la coutume (4.1.2.).

4.1.1 – Le Sénat coutumier : un organe sans pouvoir politique, législatif ou administratif

Selon l'Accord de Nouméa, la pleine reconnaissance de l'identité kanake nécessite l'instauration de structures coutumières au sein des institutions de néo-calédoniennes, y compris l'établissement d'un Sénat coutumier²⁰² qui sera obligatoirement consulté pour tous les sujets relevant de l'identité kanake²⁰³.

Le Sénat coutumier s'est substitué au Conseil consultatif coutumier. Il représente les aires coutumières et est composé de seize membres²⁰⁴ désignés pour cinq ans par les conseils coutumiers selon des modalités propres à chacun.

La loi organique du 19 mars 1999 octroie au Sénat coutumier un certain nombre de compétences que nous allons ici répertorier. Certains juristes se sont d'ailleurs 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

²⁰² Préambule des accords de Nouméa, point 5, alinéa 4.

²⁰³ Document d'orientation des accords de Nouméa, point 1.2.5.

²⁰⁴ Deux sénateurs par aire coutumière.

*deuxième chambre a deux fonctions essentielles : représenter quelque chose et remplir des missions politiques et juridiques*²⁰⁵ ».

Le Sénat coutumier est le représentant du peuple kanak et de sa coutume. En ce sens, la loi organique, plus précise que l'Accord de Nouméa, dispose que l'institution sera consultée sur « *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*²⁰⁶ ». Cette liste exhaustive relevant du domaine de la coutume concrétise les sujets sur lesquels le Sénat coutumier pourra s'exprimer.

Selon certains auteurs, les missions qui sont assignées au Sénat coutumier font de ce dernier une institution disposant d'un quadruple caractère : administratif, consultatif, propositionnel et législatif²⁰⁷. Cependant, s'il est vrai que le Sénat peut revendiquer l'ensemble de ces fonctions, une analyse de ces 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*²⁰⁸ » et que ces pouvoirs n'ont réellement qu'une valeur d'affichage, dont la pratique n'a fait qu'aggraver le caractère formel. Au niveau administratif, le Sénat coutumier désigne les membres de l'Académie des langues kanakes²⁰⁹ 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 Kanake²¹⁰. Il constate également la désignation des autorités coutumières²¹¹.

En tant qu'assemblée consultative, il est également obligatoirement consulté sur tout projet ou proposition de délibération intéressant l'identité kanake, et facultativement sur tout autre sujet. Il donne également son avis sur les projets de schéma d'aménagement et de développement de la Nouvelle-Calédonie, ainsi que sur les modifications des limites des communes. Pourtant, là encore, son rôle de consultant est limité, car l'interprétation de la

²⁰⁵ C. CHABROT, « Une deuxième chambre pour quoi faire ? », Communication au colloque *Les 10 ans du Sénat coutumier*, Université de Nouvelle-Calédonie, jeudi 20 août 2009, [En ligne], mis en ligne le 22 août 2009, consulté le 04 juin 2012. URL : <http://larje.univ-nc.nc>

²⁰⁶ Article 142 de la loi organique du 19 mars 1999.

²⁰⁷ C. CHABROT, *op.cit.*

²⁰⁸ J.-Y. FABERON, *Des institutions pour un pays : La Nouvelle-Calédonie en devenir*, PUAM, coll. Droit d'Outre-mer, Aix-en-Provence, 2012, p. 154.

²⁰⁹ Article 140 de la loi organique du 19 mars 1999.

²¹⁰ Loi organique du 19 mars 1999 : Représentation au Conseil consultatif des mines (article 41), au Conseil économique et social (article 153), à l'ADRAF et à l'Agence de développement de la culture kanak (article 140).

²¹¹ Article 141 de la loi organique du 19 mars 1999.

coutume ne relève pas du Sénat mais des autorités coutumières locales, ce qui limite un peu plus son implication.

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 toute proposition ou projet de loi du pays portant sur la liste limitative des domaines coutumiers précitée.

Face à l'énumération de ces fonctions, il est vrai que le Sénat semble disposer « *des attributions habituelles d'une seconde chambre*²¹² », mais c'est une chambre purement consultative à l'image du Sénat français de 1946 à 1954²¹³. En effet, dans le processus législatif et ce malgré « *le chantournement des modalités de consultation par le Congrès*²¹⁴ », 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 proposé par le Congrès, soit ce dernier a le dernier mot et statue définitivement malgré le désaccord du Sénat. Parler d'institution législative ou politique est alors une gageure. D'une part, parce que sa compétence est strictement limitée au domaine relevant de l'identité kanake, ce qui lui confère selon certains un « *caractère législatif ponctuel*²¹⁵ ». D'autre part, parce qu'en tant qu'institution représentative du peuple kanak, elle est dans l'impossibilité d'imposer son point de vue sur des questions pourtant intrinsèquement liées à une coutume qu'elle est la seule à pouvoir appréhender véritablement. D'ailleurs, en pratique, jamais aucun avis du Sénat coutumier n'a jamais été suivi ou considéré par le Congrès de Nouvelle-Calédonie, ce qui démontre la marginalisation et le mépris implicite du Congrès à l'égard de cette institution.

Le Sénat est donc une institution de second ordre qui ne satisfait nullement le principe d'autochtonie. Entre autres dispositions, l'article 19 de la DDPa dispose que « *les États se concertent et coopèrent de bonne foi avec les peuples autochtones intéressés – par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives – avant d'adopter et d'appliquer des mesures législatives ou administratives susceptibles de concerner les peuples autochtones, afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause.* » La nécessité d'un consentement préalable a été ignorée et les Kanaks étant minoritaires au Congrès, il ne paraît pas inenvisageable de penser que les lois

²¹² M. CHAUCHAT, « Le Sénat coutumier, une institution qui a 10 ans », Communication au colloque *Les 10 ans du Sénat coutumier*, Université de Nouvelle-Calédonie, jeudi 20 août 2009, [En ligne], mis en ligne le 22 août 2009, consulté le 04 juin 2012. URL : <http://larje.univ-nc.nc>

²¹³ C. CHABROT, *op.cit.*

²¹⁴ F. FERAL, « Quelques éléments de doctrine autochtoniste sur les institutions de Nouvelle-Calédonie », *op.cit.*, p. 15.

²¹⁵ C. CHABROT, *op.cit.*

du pays finissent par satisfaire, avant tout, aux ambitions des institutions néo-calédoniennes²¹⁶. Le Sénat n'a en réalité qu'un « statut d'expert » dont par ailleurs les avis sont systématiquement rejetés²¹⁷. Notons également que le Sénat ne possède même pas le droit de saisir le Conseil constitutionnel pour vérifier la conformité de ces lois du pays à la loi organique, ce qui le prive de tout recours. Le rapporteur spécial James Anaya, conscient de cette faille dans le processus d'autodétermination, suggérait que le Sénat coutumier soit doté d'un pouvoir de contrainte sur les décisions concernant le peuple kanak²¹⁸.

Outre cette impuissance législative, le Sénat, dans ses attributions consultatives et propositionnelles, ne possède pas davantage de pouvoir. Certes, il peut émettre des avis et établir des propositions intéressant l'identité kanake. Néanmoins, il demeure que la compétence dans les domaines concernant l'identité kanake²¹⁹ revient à la Nouvelle-Calédonie. Ce transfert en faveur des institutions néo-calédoniennes est indubitablement contraire au principe d'autodétermination des peuples autochtones. Il dénie tout pouvoir contraignant au Sénat et octroie à la Nouvelle-Calédonie la possibilité de ne tenir aucun compte de ses suggestions et revendications.

Seule sa présence dans de nombreuses instances pourrait éventuellement attester de sa participation dans l'évolution politique de la Nouvelle-Calédonie. Cependant, cela s'avère insuffisant pour lui conférer une véritable légitimité institutionnelle.

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 toutes velléités 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.

Comme le souligne Mathieu Chauchat, « *il y a une gradation subtile dans l'échelle de l'autonomie des institutions*²²⁰ », et 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*

²¹⁶ L'article 19 ne donne pas un droit de veto aux autochtones. Donc leur consentement préalable n'est pas strictement « nécessaire », contrairement à la situation où un veto autochtone est prescrit comme le prévoit explicitement la Déclaration DES Nations-Unies (art. 10 et 29(2)). Cf. Également sur ce point l'étude du rapporteur spécial Anaya : « *Il ne faut pas voir dans cette clause une disposition donnant aux peuples autochtones un droit de veto général sur les décisions qui les concernent, elle ne fait que fixer le consentement comme but aux consultations* » (A/HRC/12/34 15 juillet 2009 par. 46, 47 et par. 48.).

²¹⁷ Rapport du Sénat coutumier, p. 9.

²¹⁸ J. ANAYA, Rapport du Rapporteur Spécial sur les droits des peuples autochtones, additif, La situation du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie, *op.cit.*, p.20.

²¹⁹ Article 22, alinéa 5 de la loi organique du 19 mars 1999.

²²⁰ M. CHAUCHAT, *op.cit.*

service²²¹ ». Un député néo-calédonien déclarait d'ailleurs : « *Nous n'acceptons pas que le Sénat coutumier devienne une institution*²²² ». Cette phrase démontre plus que tout autre exemple, l'absence de reconnaissance du Sénat coutumier. La place inique et le peu de pouvoir qui lui sont accordés l'empêchent effectivement d'être reconnu comme une véritable institution.

La loi organique de 1999 institue également une autre institution coutumière, les Conseils coutumiers.

4.1.2 – Les Conseils coutumiers : des institutions strictement interprétatives

Les Conseils coutumiers, au même titre que le Sénat, sont désormais considérés comme le noyau dur d'une identité kanake laïcisée. À ce titre, il a été jugé opportun de mettre en œuvre une institution capable de traduire dans les faits les règles coutumières.

Un conseil coutumier est donc institué dans chaque aire coutumière et peut être consulté par l'ensemble des institutions calédoniennes²²³ ainsi que par les autorités administratives et juridiques quant à l'interprétation de la coutume. Il est également compétent en cas de litige sur l'interprétation d'un procès verbal de palabre coutumier. Pour autant, ses décisions à cet égard ne sont pas établies comme étant celles d'une véritable juridiction. Il ne donne là encore que son avis, avis qui ne dispose d'aucune force contraignante.

La seule véritable délibération décisionnelle que les conseils coutumiers sont autorisés à prendre est la nomination des sénateurs. C'est suite à un litige concernant la désignation de Gabriel Païta en tant que membre du Sénat coutumier que les choses ont évolué. Le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, saisi de cette demande en annulation, va apporter plusieurs éclaircissements et, en cela, apporter une certaine reconnaissance au rôle décisionnel des Conseils coutumiers.

Dans un premier temps, le tribunal constate, au regard de plusieurs articles de la loi organique de 1999²²⁴, que les Conseils coutumiers font partie des institutions de Nouvelle-Calédonie. 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*

²²¹ *Ibidem.*

²²² Rapport fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale n° 1843 et 1844, juillet 2009, p. 107 et 108.

²²³ Article 150, I, de la loi organique du 19 mars 1999 : « *Outre la consultation par le sénat dans les conditions prévues par l'article 144, 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 le maire. Le conseil coutumier peut être consulté par toute autorité administrative ou juridictionnelle sur l'interprétation des règles coutumières* ».

²²⁴ Le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie s'appuie sur les articles 2, 137, 149 et 152 de la loi organique du 19 mars 1999.

*recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif*²²⁵ ». La décision du tribunal est réellement novatrice. Il s'agit là d'une véritable « *consécration de la norme coutumière, puisque la désignation [...] est élevé au rang de l'acte administratif*²²⁶ ».

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"*²²⁷ ». Désormais, ces actes sont susceptibles de recours en annulation, invocables par les administrés et opposables par l'administration.

Cependant, si la qualification d'actes administratifs pour les décisions qu'ils prennent est un progrès certain, il n'en demeure pas moins que les compétences qui sont dévolues à ces institutions restent très 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*²²⁸ ». Enfin, au même titre que le Sénat coutumier, son fonctionnement est assuré par une dotation de la Nouvelle-Calédonie et son régime indemnitaire est fixé par le Congrès.

Après une étude plus approfondie des fonctions de ces nouvelles institutions coutumières, il apparaît que la loi organique de 1999 a mis en place « *des institutions de second ordre qui ne permettent pas l'expression de l'autodétermination du peuple kanak*²²⁹ ». 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*²³⁰ ». Dans la pratique, les institutions coutumières n'ont aucun pouvoir contraignant et l'administration de la coutume se réalise sous l'autorité unique du gouvernement de Nouvelle-Calédonie. La loi organique ne respecte donc pas le principe de l'autodétermination du droit autochtone.

Cette affirmation s'illustre également par la négation d'un droit public autochtone.

4.2 – La négation d'un droit public autochtone kanak

L'identité kanake est également caractérisée par l'existence d'une « *structure institutionnelle et légale traditionnelle qui régit les relations entre clans et communautés* ».

²²⁵ TANC n° 05290 du 10 novembre 2005, affaire Chefferie N'Umia Kambwa Wecho Pweyta (Gabriel Païta).

²²⁶ T. XOZAME, J.-P. VOGEL, « Le juge administratif face à la coutume kanake », AJDA, 04/09/2006, n° 28/2006, rubrique « Collectivités territoriales », p. 1561.

²²⁷ Ibidem.

²²⁸ F. FERAL, « Quelques éléments de doctrine autochtoniste sur les institutions de Nouvelle-Calédonie », *op.cit.*, p. 14.

²²⁹ Ibidem.

²³⁰ Article 18 de la DDP.

*kanaks et à l'intérieur même de ces groupes*²³¹ ». Ainsi, à côté des institutions coutumières instituées par la loi organique de 1999, il existe des autorités coutumières²³² qui veillent au bon fonctionnement et au respect de la coutume. La structure de base est sans conteste le clan qui organise l'application des règles civiles coutumières. Si des conflits surviennent entre clans, une procédure de conciliation est mise en place au niveau des chefferies. Si le litige n'est pas résolu, une instance d'arbitrage est ouverte devant les conseils coutumiers. Une véritable structure hiérarchisée existe donc au sein du peuple kanak, capable, dans les faits, d'administrer la coutume et de la faire respecter. Cependant, 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 de la coutume **(4.2.1.)**. De plus, le gouvernement français se refuse à accorder les moindres prérogatives administratives **(4.2.2.)** aux autorités coutumières²³³, tous les actes administratifs étant délégués aux institutions ou fonctionnaires de Nouvelle-Calédonie.

4.2.1 – La question de l'inopposabilité des sanctions coutumières

Le monopole répressif de l'État cantonne les institutions coutumières dans la sphère du droit privé républicain où l'individu ne peut être contraint que par sa volonté propre ou celle des institutions étatiques. Le monopole de la répression étatique **(4.2.1.1)** malgré l'adaptation forcée mais implicite des juridictions de droit pénal **(4.2.1.2)**, se conjugue avec des réformes qui aggravent la marginalisation de la discipline coutumière **(4.2.1.3.)**

4.2.1.1. Le monopole répressif et disciplinaire du droit républicain

Le principe de l'unité du droit pénal n'a été remis en cause ni par l'Accord de Nouméa ni par la loi organique de 1999. Dès lors, la loi pénale s'applique comme ailleurs sur tout le territoire français et à l'ensemble des personnes qui s'y trouvent. La Cour de cassation rappelle d'ailleurs ce principe en disposant que les juridictions répressives françaises « *sont compétentes pour appliquer la loi pénale française aux infractions commises sur le territoire de la République dont fait partie la Nouvelle-Calédonie*²³³ ». Plus récemment, la Haute juridiction réitère ces propos 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*²³⁴ ». Dans ce même arrêt, la Cour de cassation établit que « *l'État reste à ce jour compétent en matière de justice, d'ordre public, et de garantie des libertés publiques.* » Ces dispositions impliquent

²³¹ J. ANAYA, Rapport du Rapporteur Spécial sur les droits des peuples autochtones, additif, La situation du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie, *op.cit.*, p.8.

²³² 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 557 chefferies ou districts coutumiers, chacun mené par un chef principal. Ces districts sont répartis en 8 aires coutumières.

²³³ Cass. Crim., 30 octobre 1995, pourvoi n° 95-84322

²³⁴ Cass. Crim., 10 octobre 2000, pourvoi n° 00-81.959.

l'idée selon laquelle accepter une justice pénale coutumière reviendrait à renoncer aux Droits de l'Homme. Ce raisonnement est sans conteste réducteur pour le peuple kanak.

Malgré cette position de principe, il est manifeste que l'idéal d'unité du droit pénal « *heurte une réalité sociale façonnée par l'histoire*²³⁵ ». Sous le régime de l'indigénat, les chefs avaient été dotés de pouvoirs exorbitants afin d'assurer le contrôle des populations autochtones²³⁶. Cette organisation sociale a d'ailleurs perduré après l'abolition de ce régime²³⁷. Le 14 février 1946, le Gouverneur de Nouvelle-Calédonie restaurait un régime pénal dérogatoire pour les mélanésiens. Cette coexistence des deux statuts pénaux, organisée par notre droit, perdure encore dans les faits. Aujourd'hui pourtant elle est déclarée incompatible avec le droit positif²³⁸ et transforme les sanctions prononcées par les chefs en actes, non de justice, mais de vengeance. Le refus de reconnaître les sanctions coutumières « *imposent de traiter certaines manifestations de l'autorité traditionnelle comme des comportements déviants : grands chefs, petits chefs et leurs séides sont des délinquants lorsqu'ils exercent certains actes autrefois autorisés*²³⁹ ». La position française transforme les chefs en justiciables ordinaires et les sanctions qu'ils prononcent deviennent de ce fait des infractions à la loi pénale.

Malgré tout, force est de constater que la justice coutumière se maintient. Comme le remarquait très justement le doyen Carbonnier, « *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 quotidiennes*²⁴⁰ ». Peu à peu, les juridictions vont donc implicitement nuancer leurs jugements afin de garantir une certaine égalité entre les citoyens. De plus, l'Accord de Nouméa semble envisager la mise en place d'un mécanisme de médiation pénale coutumière. Néanmoins, il est convenu que ces nouvelles réformes ont tendance à vouloir conformer la coutume kanake aux procédures existantes en droit français, ce qui pose inévitablement des problèmes pratiques.

4.2.1.2. – L'adaptation forcée mais implicite des juridictions de droit pénal au fait coutumier

Malgré la volonté entêtée de l'État de dénier toute autorité pénale aux structures coutumières, la résistance sociale à cette forme d'assimilation contraint les juridictions pénales à mettre en œuvre des aménagements pratiques qui mènent implicitement à une

²³⁵ R. LAFARGUE, *La coutume face à son destin*, op. cit., p. 155.

²³⁶ I. MERLE, « 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 », in A. SAUSSOL, J. ZITONIEVSKY (dir.), *Colonies, Territoires, Sociétés*, l'Harmattan, Paris, 1996, p. 223 et s.

²³⁷ Une décision du gouvernement provisoire de la République du 22 décembre 1945 décrète l'abolition du régime de l'indigénat.

²³⁸ Tribunal correctionnel de Nouméa, *M.P. c/ Poulawa, et autres*, 22 octobre 1993, n° 1934.

²³⁹ R. LAFARGUE, *La coutume face à son destin*, op. cit., p. 159.

²⁴⁰ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, coll. Quadrige, Paris, 2004, p. 383.

reconnaissance du fait coutumier. Selon Régis Lafargue, la personnalisation de la peine et une certaine réflexion sur l'opportunité des poursuites par le ministère public, démontre cette adaptation des juridictions pénales²⁴¹.

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. Cet aveuglement 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, mais non systématique, il peut arriver qu'un président de Chambre correctionnelle demande à l'accusé s'il y a eu un pardon coutumier²⁴² après la commission des faits²⁴³. La prise en compte de la sanction coutumière, si elle est implicite, existe toutefois et entraîne la réévaluation de la peine par les juridictions étatiques.

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 grave²⁴⁴.

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. Ces pratiques évitent en tout état de cause de se pencher sur la nécessité de reconnaître le droit pénal coutumier. Si l'État reste sur ses positions en matière d'unité du droit pénal, des réformes ont toutefois été consenties afin, notamment, de prendre en compte la réalité sociale en Nouvelle-Calédonie. Toutefois, il est regrettable de constater que ces réformes s'appuient sur des mécanismes républicains qui ne peuvent réellement s'adapter au monde kanak.

4.2.1.3. – L'Émergence de réformes incompatibles avec le droit coutumier : le problème de la transposition du droit pénal républicain

La reconnaissance du fait coutumier s'affirme également au travers de certaines réformes concernant notamment la procédure pénale. Ainsi, l'Accord de Nouméa envisage t-

²⁴¹ R. LAFARGUE, *La coutume face à son destin*, op.cit., p.174.

²⁴² Le pardon coutumier est un acte de réparation consistant par exemple en des sanctions coutumières.

²⁴³ R. LAFARGUE, *La coutume face à son destin*, op. cit., p. 173.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 174. Cf Tribunal correctionnel de Nouméa, *M. P. c/ Poulawa et autres*, 22 octobre 1993, n°1934 : le fait criminel a été requalifié en coups et blessures volontaires ayant entraîné une incapacité de travail supérieure à huit jours.

il la possibilité d'une médiation pénale coutumière²⁴⁵. Ces dispositions sont à ce jour encore à l'état de projet et l'absence d'explications concernant son domaine d'application ne permet pas réellement d'en cerner les contours. Cette médiation pénale pourrait augurer d'une reconnaissance du rôle des autorités coutumières dans la prévention et la résolution des conflits, ce qui serait une avancée notable. Toutefois, il est à craindre que le Congrès qui est en charge de cette attribution n'adopte pour cette nouvelle procédure le même formalisme que celui existant en droit républicain. Il est nécessaire ici de comprendre que la coutume ne peut s'adapter aux formalités du droit commun car leurs conceptions divergent.

D'une part, la médiation, en droit pénal français suppose nécessairement l'accord de la victime. Or, la société coutumière ne reconnaît pas de statut à la victime et, « *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*²⁴⁶ ». Dès lors, il est à craindre que la nécessité d'une telle procédure ne soit pas perçue comme légitime par les autorités kanakes. De plus, la médiation ne pourra avoir lieu que si le plaignant se rend devant le Procureur de la République. Cette démarche démontrerait ainsi la volonté de l'individu d'échapper à la justice coutumière. De ce fait, instaurer une médiation pénale reviendrait à renvoyer cette personne devant les autorités coutumières qu'elle cherchait à éviter.

Il existe ainsi de nombreux cas où le droit pénal républicain entre directement en conflit avec le droit coutumier. Il est possible par exemple qu'une personne de statut civil coutumier se porte devant les juridictions pénales pour contester une sanction coutumière. De ce fait, le délinquant coutumier devient une victime de droit commun²⁴⁷. Or, depuis l'avis de 2007 de la Cour de cassation, « *la juridiction pénale est incompétente pour statuer sur les intérêts civils lorsque toutes les parties sont de statut civil coutumier kanak*²⁴⁸ ». L'affaire devra donc être renvoyée devant les juridictions civiles avec assesseurs coutumiers. Cette décision prétorienne est un contresens puisqu'il est certain que les juridictions civiles n'accorderont aucune indemnité pour une sanction qui, selon la coutume, est justifiée.

Tous ces aménagements, qu'ils soient implicites ou envisagés par le biais de réformes, ne sont que des dispositions visant à accréditer l'idée que l'unité du droit pénal peut être maintenue. Ces pratiques évitent « *d'avoir à s'interroger sur l'opportunité d'admettre le principe d'un droit pénal coutumier*²⁴⁹ ». Cependant, ces dispositions démontrent également que les principes ne sont plus aussi affirmés qu'autrefois et qu'une évolution commence d'ores et déjà à voir le jour. L'idéal d'unité du droit pénal ne peut être

²⁴⁵ Document d'orientation des accords de Nouméa, point 1.2.4 : « *Le rôle des autorités coutumières dans la prévention sociale et la médiation pénale sera reconnue. Ce dernier rôle sera prévu dans les textes applicables en Nouvelle-Calédonie en matière de procédure pénale* ».

²⁴⁶ R. LAFARGUE, *La coutume face à son destin*, op.cit., p. 178.

²⁴⁷ É. CORNUT, op.cit.

²⁴⁸ Avis de la Cour de Cassation du 15 janvier 2007, BICC n°658 du 1^{er} avril 2007.

²⁴⁹ R. LAFARGUE, *La coutume face à son destin*, op.cit., p.174.

maintenu, sauf à remettre en cause l'organisation sociale traditionnelle et l'autorité des structures coutumières, c'est-à-dire l'identité kanake. Il est en effet impensable qu'un ordre juridique coutumier puisse s'établir correctement s'il n'est accompagné de sanctions qui garantissent son respect et sa bonne application.

Cette volonté persistante d'assimilation relève de la logique qui avait engendré la colonisation en Nouvelle-Calédonie. En ce sens, elle contrevient directement aux fondements des droits autochtones.

Si la France se refuse à accepter la possibilité d'un dualisme en matière pénale, elle s'oppose également à la détention par les autorités coutumières, de prérogatives de puissance publique.

4.2.2. – L'opposition à concevoir un droit administratif autochtone

La reconnaissance du statut civil coutumier octroyé au peuple kanak entraîne le recours aux autorités coutumières pour tout ce qui est relatif au statut civil, comme l'adoption, les successions, le mariage ou encore certaines affaires foncières. Ce droit à l'autodétermination impose la mise en place de toute une organisation administrative gravitant autour de ce droit civil coutumier. Certes, la volonté française est de limiter strictement cette dualité de l'ordre juridique en droit civil, aux affaires privées d'une certaine catégorie de personnes. Pourtant, « *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*²⁵⁰ ».

Par exemple, il semble évident que les décisions des autorités coutumières rassemblent toutes les caractéristiques des actes juridiques de nature administrative. Cependant, la pratique est tout autre. La loi du pays du 15 janvier 2007²⁵¹ contre toute logique et contre toute évidence, fait de ces actes coutumiers des « *actes conventionnels* » qui ne symbolisent, de ce fait, qu'un simple accord de volonté entre les parties au palabre. Il y a ici, sans conteste, la volonté de tenir les structures coutumières en dehors du champ administratif. On est alors en droit de se demander si la qualification d'"autorités" coutumières n'est pas, comme pour le Sénat, une dénomination purement honorifique qui ne serait associée à aucun véritable pouvoir. Les autorités coutumières ne sont considérées ni comme des autorités administratives (puisque l'on leur refuse la possibilité d'édicter des actes unilatéraux,) ni comme des autorités juridictionnelles ayant la possibilité de trancher les conflits.

²⁵⁰ F. FERAL, « Quelques éléments de doctrine autochtoniste sur les institutions de Nouvelle-Calédonie », in *Quelques aspects des droits du peuple autochtone en Nouvelle-Calédonie*, *op.cit.*, p. 14.

²⁵¹ Loi du pays n°2006-15 du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers, JONC du 30 janvier 2007, p. 647.

De plus, l'établissement et la conservation des actes coutumiers sont du ressort des officiers publics coutumiers²⁵², qui sont des fonctionnaires de la Nouvelle-Calédonie ; d'autre part, la tenue des registres d'état civil coutumier relève des maires en tant qu'officiers d'État civil²⁵³. Il s'agit ainsi et sans conteste d'une administration de la coutume sous l'autorité du Gouvernement de Nouvelle-Calédonie ou de l'État.

Un grand pan des prérogatives inhérentes à la mise en place d'un statut civil coutumier échappe donc au peuple kanak et montre les limites du droit à l'autodétermination. Ce refus de conférer le moindre pouvoir administratif aux institutions coutumières est sans conteste contraire à la Déclaration des Nations Unies 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.* » Il y a une volonté indubitable de réduire la coutume aux seules relations de droit privé, alors que le droit privé français ne se conçoit pas sans une interface de droit public. Le champ administratif de la coutume est ainsi réservé aux instances néo-calédoniennes qui gèrent les affaires coutumières et légifèrent sur elles en ne tenant aucun compte des avis du Sénat coutumier. Toutes ces instances coutumières se retrouvent donc dépourvues d'autonomie et mises sous tutelle, soit de l'État français, soit de la Nouvelle-Calédonie.

Tous ces errements sont en partie dus au fait que ni l'Accord de Nouméa, ni la loi organique de 1999 n'établissent de « *véritables circonscriptions ou collectivités leur permettant d'exercer leur autodétermination*²⁵⁴ ». Les clans, les tribus et les aires coutumières sont considérés uniquement comme des espaces où s'exprime l'appartenance à l'identité kanake.

Toutefois, la Cour d'appel de Nouméa²⁵⁵ laisse entrevoir la possibilité d'une évolution prochaine en reconnaissant la personnalité juridique aux clans kanaks. En l'espèce, le clan Tiaouniane avait saisi en référé le président du tribunal de première instance, en vue de faire constater l'irrégularité de l'occupation de certaines parcelles appartenant au clan par des entrepreneurs. La SAEML "Grand projet VKP", qui avait octroyé cette autorisation d'occupation, conteste la recevabilité de cette requête au motif que le clan ne possède pas la personnalité juridique nécessaire pour agir en justice. Le raisonnement de la Cour d'appel va s'appuyer sur deux éléments.

Elle va, dans un premier temps, établir l'importance primordiale que revêt la structure du clan dans la société kanake. Elle dispose que ce dernier, « *dans une société segmentaire telle*

²⁵² Délibération n°339 du 13 décembre 2007 portant statut particulier du corps des officiers publics coutumiers de la Nouvelle-Calédonie, JONC du 25 décembre 2007, p. 8584.

²⁵³ ISEE, *Panorama des tribus*, Notes et Documents n°78, avril 98.

²⁵⁴ F. FERAL « Quelques éléments de doctrine autochtoniste sur les institutions de Nouvelle-Calédonie », in *Quelques aspects des droits du peuple autochtone en Nouvelle-Calédonie*, op.cit., p.16.

²⁵⁵ Arrêts du 22 août 2011, Cour d'appel de Nouméa, Chambre Civile, n° 10 /00531 ET 10/00532.

que la société kanake, constitue l'unité sociale essentielle, véritable colonne vertébrale de cette société. » Puis la Cour rappelle que les individus n'ont d'identité qu'au travers du clan et que de ce fait, « *refuser au clan la personnalité juridique serait une forme de déni complet de la société autochtone.* » Cette démonstration a pour dessein de signifier ouvertement l'importance de cette structure autour de laquelle s'ordonne toute la vie sociale des Kanaks. Dans un second temps, la Cour d'appel va s'appuyer sur la théorie dite de la réalité technique de la personnalité morale qui avait déjà été admise par la Cour de cassation en 1954²⁵⁶. Cette théorie se base sur le fait que 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. La Cour d'appel démontre la présence de ces deux conditions en exposant que, « *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 coutumiers.* »

Cette reconnaissance de la personnalité morale du clan comme produit de la société kanake, laisse entrevoir de nombreuses possibilités quant aux évolutions futures qu'elle pourrait engendrer. De nombreuses solutions, salutaires pour l'autodétermination du peuple kanak, pourraient être envisagées à partir de cette solution prétorienne²⁵⁷. L'hypothèse d'une collectivité humaine et sociale pourrait par exemple être envisagée. Néanmoins, il faut avant tout autre chose admettre l'existence d'un pluralisme juridique et normatif au sein de la République française.

²⁵⁶ Cour de cassation, Civ., 28 janvier 1954, Comité d'établissement de Saint-Chamond, Bull. 1954, II, n°32 « *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* ».

²⁵⁷ Décision qui fait renaître le débat doctrinal sur le caractère naturel ou au contraire artificiel de la personnalité morale ; une controverse qui a animé durant un demi-siècle la doctrine juridique européenne depuis la fin du 19^{ième} siècle.

5. SUGGESTIONS EN FAVEUR DE L'INSTAURATION DU DROIT AUTOCHTONE KANAK EN NOUVELLE -CALEDONIE

S'il est nécessaire de trouver des solutions pour assurer effectivement l'applicabilité des droits autochtones en Nouvelle-Calédonie, il faut prendre conscience que cela ne se fera qu'en admettant l'existence d'un véritable pluralisme juridique au sein de l'État français (5.1.). Ce raisonnement acquis, des organes politiques et administratifs devraient être créés pour permettre l'expression de ce pluralisme et la capacité d'auto administration des Kanaks sur leurs terres (5.2.).

5.1. – La prise en compte du pluralisme juridique : la constitution d'une dualité normative

Le concept actuel de L'État nation, revendiqué par la France, s'inscrit dans une logique unitaire qui ne peut concevoir le partage du pouvoir et de l'autorité. Cette idéologie juridique républicaine repose sur trois principes²⁵⁸ :

- 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.

Concernant l'État français, cette théorie plonge son origine formelle à l'époque révolutionnaire²⁵⁹. L'homogénéité et la relative stabilité de la population française, ainsi que le rôle restreint de l'État dans la vie des personnes, permettaient d'adhérer à ce modèle d'État nation²⁶⁰. Aujourd'hui ces faits sociaux n'existent plus ; les flux de migration, la colonisation et l'avènement de l'État providence, rendent difficilement concevable le maintien en l'état originel de ces principes.

Le refus d'accepter cet état de fait a mené à des dénis de réalité flagrants, notamment dans le contexte colonial et post-colonial, « soit que l'on ait tout simplement nié les structures politiques, juridiques, économiques existantes, soit qu'on ne les ait abordées qu'en tant que

²⁵⁸ R. A. MACDONALD, *L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées*, [En ligne], consulté le 17 juin 2012.

URL : http://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_33/33-12-macdonald.pdf

²⁵⁹ Même si la tendance de l'Ancien Régime à partir du 16^{ième} siècle était d'unifier progressivement le droit du royaume comme le « droit du Roi ».

²⁶⁰ R. A. MACDONALD, *op. cit.*

*reliques du passé empêchant les progrès et devant être éliminées au plus vite pour réaliser le modèle importé, supposé universel et parfait*²⁶¹ ».

Le monisme reste pourtant encore aujourd'hui un présupposé épistémologique²⁶², un préjugé qui constitue un obstacle majeur à la compréhension de la réalité juridique. En effet, l'idéal républicain n'est plus réellement plausible dans une société multiculturelle telle que la société française. L'ingérence dans notre droit de normes transnationales ou infra étatiques est révélatrice d'un nouveau système : le pluralisme juridique.

Depuis plus d'un quart de siècle, de nombreux anthropologues et sociologues se sont intéressés aux modes de production de l'action publique et à la diversité des normes juridiques. Étudiant principalement les peuples autochtones, ils ont ainsi pu constater que le droit étatique, bien que réputé universel, n'avait en pratique aucun impact sur la vie sociale des populations concernées. Par leurs études, ils ont établi l'existence d'autres normes juridiques beaucoup plus puissantes et effectives, en concurrence directe avec le droit étatique²⁶³. Ce constat, à l'origine de la théorie du pluralisme juridique « *repose fondamentalement sur la remise en cause du monopole de l'État dans la production du droit*²⁶⁴ ». En effet, selon le professeur Norbert Rouland, le pluralisme « *postule l'existence simultanée de plusieurs systèmes juridiques, notamment non étatiques, en relation d'opposition, de coopération ou d'ignorance réciproque*²⁶⁵ ». Ainsi, les peuples autochtones considérés, bien que soumis en théorie au droit étatique, obéissaient en réalité aux normes sociales édictées par le groupe.

Le pluralisme juridique met donc en avant l'importance du sujet de droit dans la création de ces normes juridiques. Le processus de colonisation a entraîné un phénomène de rupture plus ou moins violent entre les populations, les institutions publiques et les élites dirigeantes. Certaines catégories d'individus ne reconnaissent pas le droit étatique. En effet, le droit s'apparente en réalité à une construction sociale, et il « *n'existe comme phénomène normatif que dans la mesure où il est reconnu à ce titre par les citoyens*²⁶⁶ ». Il demeure donc, à côté du droit étatique, de véritables normes sociales locales. Leurs qualifications ou non de "normes juridiques" reposent en fait sur un concept majeur, celui de la légitimité,

²⁶¹ C. EBERHARD, « L'approche pluraliste du droit : un défi central pour la gouvernance légitime », in M. MULLER, C. LAUNAY-GAMA, *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, 12-14 décembre 2011, p. 15-20.

²⁶² V. PETEV, « Pluralisme juridique, construction européenne et droits participatifs », in *Le Pluralisme*, Dalloz, coll. Archives de philosophie du droit, Tome 49, Paris, 2006, p. 13.

²⁶³ R. A. MACDONALD, *op.cit.*

²⁶⁴ G. OTIS, A. CISSE, P. DE DECKKER, W. MASTOR, *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone – Présentation générale d'une problématique*, Editions des archives contemporaines, en partenariat avec l'Agence universitaire de la Francophonie, coll. Savoirs francophones, Paris, 2010, p. 15.

²⁶⁵ N. ROULAND, « Acculturation juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. Quadrige, Paris, 2003, p. 4.

²⁶⁶ R. A. MACDONALD, *op. cit.*

« cette valeur ajoutée au pouvoir qui fonde son acceptation et son obéissance sur les populations²⁶⁷ ».

Cette analyse du pluralisme correspond à la réalité néo-calédonienne et à la persistance de la coutume kanake. Pourtant, malgré les apparences, puisque le droit étatique admet que le droit des personnes et des biens des Kanaks de statut particulier relève de l'ordre coutumier, la France se refuse à admettre le droit kanak autrement que comme un phénomène résiduel voué à l'assimilation, le pluralisme étant encore considéré « comme une source de conflits potentiellement dangereux²⁶⁸ ».

L'analyse pluraliste, tout en relevant la coexistence de plusieurs droits au sein des États modernes, s'attache également à inventorier les différents phénomènes d'internormativité qui en résultent. L'internormativité peut être décrite comme « l'ensemble des phénomènes constitués par les rapports qui se nouent et se dénouent entre deux catégories, ordres ou systèmes de normes²⁶⁹ ». Il existe ainsi diverses formes d'internormativité pouvant être regroupées en trois catégories : le monisme, le pluralisme de subordination et le pluralisme de coordination²⁷⁰. L'étude de ces différents phénomènes au sein de l'État français permet de mettre en exergue l'opposition existante entre la conception républicaine du droit et la pratique, qui révèle finalement le véritable contenu du droit.

En théorie, la France se retranche dans le monisme, qui refuse toute interaction(s) entre les différents ordres juridiques. Santi Romano qualifie cette ignorance – souvent réciproque – « d'irrévélation²⁷¹ » des normes juridiques. Si le monisme peut engendrer une indifférence pour les ordres juridiques non étatiques, sa véritable portée est qu'il signifie également la volonté de les supplanter²⁷² ; c'est ce qui semble être le cas pour le droit pénal coutumier kanak.

Pourtant, dans la pratique et notamment au regard du droit civil, il existe une réelle interaction entre les différents ordres juridiques. La théorie du monisme étatique peut alors difficilement être maintenue sans réévaluation, la pratique reflétant davantage les mécanismes inhérents au pluralisme de subordination, voire de coordination. Or, c'est

²⁶⁷ E. GADEA, in M. MULLER, C. LAUNAY-GAMA, *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*, op. cit., p. 5.

²⁶⁸ D. LEYDET, H. POURTOIS, « Pluralisme et conflit dans les théories contemporaines de la démocratie », in *Le Pluralisme*, Dalloz, coll. Archives de philosophie du droit, Paris, 2006, p. 47.

²⁶⁹ J. CARBONNIER, « Internormativité », in A.J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd., LGDJ, Paris, 1993, p. 313-314.

²⁷⁰ G. OTIS, A. CISSE, P. DE DECKKER, W. MASTOR, *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone – Présentation générale d'une problématique*, Editions des archives contemporaines, en partenariat avec l'Agence universitaire de la Francophonie, op. cit., p.17-26.

²⁷¹ S. ROMANO, *L'ordre juridique*, traduction L. FRANÇOIS, P. GOTHOT, Dalloz, Paris, 1977, p. 106.

²⁷² G. OTIS, A. CISSE, P. DE DECKKER, W. MASTOR, *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone – Présentation générale d'une problématique*, op.cit., p. 17.

l'observation de la réalité normative et non la contemplation idéalisée de la norme pure qui constitue le champ de la science du droit.

Le pluralisme de subordination, qualifié également de pluralisme hégémonique, est révélateur d'un contrôle intégral de l'État sur les autres normes juridiques. Si le droit coutumier semble accepté, il est en réalité entièrement soumis et instrumentalisé par l'État. Le pluralisme de subordination peut être identifié par la mise en œuvre de plusieurs procédés propres à ce mécanisme. Ainsi, en règle générale, cette subordination implique, de manière non exhaustive, que²⁷³ :

- l'État édicte le droit coutumier par la voie législative ;
- Le droit coutumier est appliqué mais son interprétation et son application sont confiées à des juges et des fonctionnaires étatiques ;
- En cas de conflit de normes, le droit étatique prime de manière systématique ;
- Si le droit coutumier est estimé lacunaire, il sera mis en œuvre le principe de l'application supplétive du droit étatique ;
- Sous couvert de l'ordre public national, l'État s'arroge le pouvoir d'imposer la modification du droit coutumier.

De prime abord et malgré des nuances, la dualité du droit civil en Nouvelle-Calédonie s'apparente à un pluralisme de subordination. Certains procédés présents dans cette liste sont clairement révélateurs de l'attitude de l'État français vis-à-vis du droit coutumier. Ainsi en est-il, par exemple, de la primauté du droit civil commun en cas de conflits de normes ou de la gestion des actes coutumiers par des fonctionnaires de Nouvelle-Calédonie.

Néanmoins, les avancées jurisprudentielles montrent une certaine évolution. La Cour de Cassation²⁷⁴ a par exemple établi de manière claire que le droit civil étatique ne pouvait jamais être utilisé à titre supplétif pour pallier les insuffisances de la coutume et, qu'en outre, il ne lui revenait pas de contrôler l'application des règles de droit coutumier, même au regard de l'ordre public. De plus, si l'interprétation de la coutume relève toujours des tribunaux de droit civil, il n'en demeure pas moins que ceux-ci sont complétés par des assesseurs coutumiers ayant une véritable voix délibérative.

Ces avancées démontrent la relativité de la primauté du droit étatique et la possibilité d'une transition vers un pluralisme de coordination plus respectueux des droits autochtones. À ce

²⁷³ G. OTIS, A. CISSE, P. DE DECKKER, W. MASTOR, *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone – Présentation générale d'une problématique*, Editions des archives contemporaines, en partenariat avec l'Agence universitaire de la Francophonie, *op. cit.*, p. 21.

²⁷⁴ Décision Cour de cassation, chambre civile, du 1 décembre 2010, n° 08-20843.

jour, il existe plusieurs types de pluralisme de coordination variant en fonction de la volonté d'intégration désiré par les protagonistes²⁷⁵ :

- La distanciation permet à chaque ordre juridique de disposer d'un champ de normativité autonome tout en autorisant une interaction spontanée entre ces divers ordres²⁷⁶. Ces co-ordres vont tenter d'appréhender et de lier les différentes normes juridiques existantes :

- l'arbitrage normatif *ad hoc* relève d'une intégration minimum consistant principalement à admettre l'existence des divers ordres juridiques dans le but de solutionner un litige ;

- l'harmonisation fait coexister les différents ordres juridiques en instaurant des principes directeurs communs ;

- l'unification, enfin, consiste à créer une nouvelle norme unique « *en combinant différents systèmes, donc en incorporant des éléments de la diversité juridique*²⁷⁷ ».

La mise en œuvre d'un co-ordre permet, dans l'absolu, de véritablement articuler « *des normativités différenciées d'une manière respectueuse des identités juridiques*²⁷⁸ ». De même selon Jean Carbonnier, 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*²⁷⁹ ». L'idéal à atteindre serait alors l'harmonisation, engendrant le respect de règles communes mais la mise en œuvre de procédés distincts pour son application.

Cette doctrine implique ainsi la coexistence de plusieurs ordres juridiques agissant en réseaux. Pour satisfaire à cet idéal, le pluralisme juridique « *qui existe car c'est une donnée de fait* » devra se transformer en véritable pluralisme normatif, « *de la différence reconnue par la loi, et plus certainement encore par le juge*²⁸⁰ ». C'est une décolonisation de la forme larvée actuelle du pluralisme juridique qui devrait être ainsi entreprise.

Pour ce faire, il paraît idoine de proposer aux Kanaks la mise en place d'un nouveau type de collectivité publique leur octroyant une compétence propre dans le domaine des affaires kanakes.

²⁷⁵ G. OTIS, A. CISSE, P. DE DECKKER, W. MASTOR, *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone – Présentation générale d'une problématique*, Editions des archives contemporaines, en partenariat avec l'Agence universitaire de la Francophonie, *op. cit.* p. 22-26.

²⁷⁶ *Ibidem*.

²⁷⁷ M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Seuil, Paris, 2006, p. 102.

²⁷⁸ G. OTIS, *Rencontre des cultures juridiques dans la toundra subarctique : vers une nouvelle gouvernance foncière au Nunatsiavut*, automne 2009, Télescope, 108.

²⁷⁹ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, Paris, 1992, cité par D. TERRE, « Le pluralisme et le droit », in *Le Pluralisme*, Dalloz, coll. Archives de philosophie du droit, Paris, 2006, p. 81.

²⁸⁰ R. LAFARGUE, « La République, la coutume et le droit de l'outre-mer : statuts territoriaux à la carte et kaléidoscope des statuts civils personnels », in N. GAGNE, T. MARTIN, M. SALAÛN (dir.), *Autochtonies vues de France et du Québec*, Presses de l'Université Laval, coll. Mondes Autochtones, Québec, 2009, p. 180.

5.2. – La mise en œuvre d'un pluralisme institutionnel : les collectivités kanakes

La théorie dite de la "réalité technique" que nous avons évoquée plus haut permet à tout groupement d'individus de bénéficier de la personnalité morale : fait social et juridique « reconnu » par le juge et par l'État comme création sociétale (et non octroyé ou créé par les autorités étatiques). 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 créatrices d'organes et constituant le creuset d'un ensemble de droits subjectifs²⁸¹.

Il s'agit dès lors de déterminer la personnalité juridique la plus à même de correspondre aux revendications et à l'organisation kanakes.

Ainsi et avant toute chose, une distinction doit être opérée entre le caractère corporatif ou fondatif de la personne morale, que celle-ci soit de droit public ou de droit privé. La corporation et la fondation correspondent à deux données sociologiques divergentes qui ont fondé le dualisme de la personnalité juridique publique en France dont les archétypes sont d'une part la collectivité territoriale, d'autre part l'établissement public.

La première « *constitue une entité cohérente, avant même d'avoir reçue 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*²⁸² ». Au contraire, la fondation se caractérise par le fait que « *les bénéficiaires de la personne morale n'ont aucune part à la création de cette dernière, ni à son administration.* » Socialement, elle se distingue également 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*²⁸³ ».

Cette distinction est originellement utilisée pour catégoriser les personnes morales de droit privé. Toutefois, une distinction analogue peut être étudiée chez les personnes morales de droit administratif, ce qui permet, selon Louis Constans de distinguer les collectivités des 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. Louis Constans illustre d'ailleurs l'appartenance à la collectivité

²⁸¹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 12^e éd., Paris, 2002, p.48. L'illustre doyen parle de « stylisation » de l'institution par le procédé de la personnalité juridique. La reconnaissance par l'Etat de ces organisations sociétales pose évidemment la question de l'origine « naturelle » ou de la création de l'institution *ex nihilo* par l'Etat. Une analyse historique des institutions permet d'observer la dimension dialectique de ces processus : l'Etat valide et formalise *a posteriori* des institutions créées par la société civile.

²⁸² L. CONSTANS, *Le dualisme de la notion de personne morale administrative en droit français*, Dalloz, Paris, 1966, p. 172.

²⁸³ *Ibidem*.

nationale par le critère de la nationalité²⁸⁴ qui se formalise par une résidence continue et durable sur le territoire étatique et ne peut se perdre que de manière exceptionnelle. En revanche, les établissements publics s'adressent à des groupes sociaux dont le caractère est purement transitoire. Cette théorie est illustrée par l'auteur – avec un certain humour – par l'exemple des hôpitaux : personnification de l'intérêt collectif des "malades", leur finalité est de faire sortir le plus rapidement possible les bénéficiaires de l'établissement public en question²⁸⁵.

Au regard de cette analyse, il apparaît nettement que le peuple kanak constitue un « groupement solidaire et stable », (au moins autant et certainement bien plus que l'ordre des médecins ou les chambres de commerce) et que le *corps constitué* qui doit désormais le représenter doit disposer d'une personnalité morale justement de type corporatif.

En outre, il apparaît nécessaire que la personnalité juridique de la collectivité kanake soit formellement de droit public. En effet, comme pour les collectivités territoriales, les individus appartenant au groupe « *n'ont pas exprimé leur désir d'y appartenir, c'est la loi et leurs situations factuelles qui les y rattachent*²⁸⁶ ». 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, d'ailleurs sanctionné à l'article 1^{er} de la loi comme constitutif de l'association : « *l'association est la convention par laquelle...* »

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. Ceci les distingue de toutes formes éventuelles des groupements de droit privé où l'adhésion est nécessairement volontaire.

L'ensemble de ces dispositions permettrait de ranger cette nouvelle entité dans la catégorie des *collectivités publiques*. Or, ces dernières sont par essence décentralisées, au contraire de l'établissement public, phénomène fondatif qui se confond avec le procédé de la déconcentration par laquelle la personnalité morale de commodité est l'outil et le mandataire de son fondateur²⁸⁷. Il est clair qu'aujourd'hui les Kanaks ont besoin d'un système d'administration décentralisé afin que leur soit assurée l'autonomie qui correspond à une autochtonie reconnue au sein d'un État nation. En effet, la décentralisation se définit comme

²⁸⁴ L. CONSTANS, *op. cit.*, p. 173.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 172.

²⁸⁶ F. FERAL, *Approche dialectique du droit de l'organisation administrative – L'appareil d'Etat face à la société civile*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, Paris, 2000, p. 168.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 167.

« la reconnaissance par l'appareil d'État de l'autonomie d'administration à un groupe de personnes pour défendre, définir, gérer et représenter ses intérêts catégoriels²⁸⁸ ».

Aujourd'hui, la notion de décentralisation s'incarne implicitement dans les collectivités territoriales et ne semble concerner que ces dernières. Cette préconception est pourtant erronée. Au fil du temps, d'autres organismes disposant de la personnalité juridique se sont vus octroyer compétences et autonomie afin de défendre des intérêts collectifs. Il en est ainsi, par exemple, des ordres professionnels, des chambres professionnelles ou encore de certaines associations. Il y a donc indéniablement dans la décentralisation un phénomène corporatif²⁸⁹ et il paraît envisageable qu'une nouvelle catégorie de collectivité voit le jour afin de représenter les intérêts du peuple kanak : les collectivités publiques kanakes.

L'inventaire réalisé ici permet de déterminer qu'une collectivité publique, c'est-à-dire corporative et décentralisée, est sans doute la meilleure réponse à apporter aux revendications autochtones des Kanaks afin de leur permettre d'exercer véritablement leurs droits.

D'une part, la collectivité décentralisée reproduit le modèle étatique de la séparation des pouvoirs. Elle s'exprime donc d'abord par un conseil délibérant élu ou représentatif²⁹⁰ du groupe (légitimant ainsi les normes de la collectivité et leur mise en œuvre) et elle désigne ensuite un organe exécutif permettant l'application légitime de ces mêmes normes juridiques.

La mise en place d'une collectivité publique permettrait d'élaborer un ordre juridique propre au groupe social. Cette autonomie était qualifiée par Léon Michoud de « *vie intérieure*²⁹¹ » et Louis Constans constate à son tour que cette notion est « *tout à fait spécifique aux personnes morales de caractère corporatif*²⁹² ».

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 166. Ghislain Otis fait observer qu'au Canada la notion de décentralisation est en général jugée inacceptable par les autochtones car elle suppose une « délégation » de pouvoir par l'État alors que l'autodétermination emporte un pouvoir inhérent ou intrinsèque d'action collective de la part du peuple autochtone. Un tel pouvoir ne peut pas, par définition, être délégué par l'État car il prend sa source en dehors de l'État que ne peut alors que le RECONNAÎTRE et non l'OCTROYER. Par exemple, au Canada des traités modernes reconnaissent le droit à l'autonomie de peuples autochtones et traduisent cette reconnaissance par la mise en place d'institutions autochtones constitutionnellement protégées dotées de pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires. Ces institutions autochtones ne tiennent pas leurs pouvoirs d'une délégation des autorités fédérales ou fédérées mais d'un traité constitutionnalisés. Ces institutions ne sont pas de simples organes décentralisés, elles sont *constitutionnellement autonomes* et peuvent adopter des lois au même titre que les parlements étatiques.

²⁸⁹ *Ibid.*, F. Féral p. 167.

²⁹⁰ La représentation du groupe peut procéder d'une modalité différente que celle de l'élection proprement dite ; les procédures de cooptation sont souvent utilisées par les clans kanaks ; la désignation des sénateurs coutumiers dont la représentativité n'est pas contestée procède de ce type de représentation. Dans de nombreuses collectivités l'élection passe par un « filtre de cooptation » qui réduit le nombre des personnes susceptibles de concourir et qui redéfinit en fait la notion même de représentation selon les principes adoptés en amont par le groupe.

²⁹¹ L. MICHLOUD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. II, 3^e éd., Paris, 1932, p.2.

²⁹² L. CONSTANS, *op.cit.*, p.186.

Comme toutes collectivités publiques, la collectivité kanake pourrait faire respecter l'ordre public et exercer son pouvoir dans sa propre sphère de compétence que l'on peut définir comme « les affaires kanakes ». La personne morale réglerait elle-même les rapports entre ses membres, elle serait « *légitime à assurer une discipline interne en infligeant des sanctions et en réglementant leur domaine de compétence, voire en prenant des décisions unilatérales*²⁹³ ». Cela signifie que les autorités représentatives de ces personnes morales et, par conséquent, les autorités coutumières kanakes pourraient édicter des règles impératives à caractère général et impersonnel s'imposant aux membres du groupe. L'État n'aura alors plus la possibilité de s'opposer à la discipline mise en place par ces collectivités, sous réserve que cette discipline soit limitée à la spécialité de la personne morale et respecte les droits personnels des membres de la collectivité, en exerçant un contrôle de légalité ou de conventionalité... mais en aucun cas l'État ne pourrait exercer un pouvoir unilatéral ou hiérarchique.

De plus, le régime de ces collectivités relevant du droit public, les entités kanakes pourraient enfin prétendre à des pouvoirs juridictionnels et à des actes unilatéraux. Les instances coutumières disposeraient d'une véritable autorité, tant juridictionnelle qu'administrative, et les actes coutumiers seraient enfin considérés comme des actes administratifs, susceptibles d'un contrôle juridictionnel.

Il s'agit là d'un dispositif juridique d'une extrême banalité et qui concerne aujourd'hui, en France et en droit positif, des centaines d'organismes publics ou parapublics. En effet, sauf exception²⁹⁴, qu'ils s'agissent des collectivités territoriales ou des « *collectivités professionnelles ou associatives*²⁹⁵ » telles que les ordres professionnels, toutes disposent des fonctions d'autorité, de discipline et de réglementation. Les ordres professionnels établissent par exemple des codes de déontologie et déterminent donc « *eux-mêmes les sources de droit disciplinaire dont ils assurent également eux-mêmes l'application à leurs membres*²⁹⁶ ». Il serait alors surprenant que les institutions et autorités coutumières, qualifiées de telles par l'Accord de Nouméa, ne puissent à leur tour disposer de ces prérogatives²⁹⁷. La mise en place de ces nouvelles collectivités légitimerait donc l'exercice de ces attributions, attributions dont elles ne disposent pas à ce jour.

²⁹³ F. FERAL, « Quelques éléments de doctrine autochtone sur les institutions de Nouvelle-Calédonie », *op. cit.*, p. 16.

²⁹⁴ Les chambres professionnelles ne peuvent exercer aucune discipline sur les membres des professions qu'elles représentent mais la tendance disciplinaire apparaît à travers des « circulaires » ou des « recommandations » ; la plupart des pouvoirs de gestion des chambres constituent également des actes administratifs très souvent à caractère unilatéral.

²⁹⁵ F. FERAL, *Approche dialectique du droit de l'organisation administrative*, *op. cit.*, p.179.

²⁹⁶ L. CONSTANS, *op. cit.*, p. 192.

²⁹⁷ Ghislain Otis fait observer qu'au Canada, l'idée d'assimiler une nation autochtone à un ordre professionnel ou une simple création de l'État exerçant une fonction administrative serait récusée. Les nations autochtones se considèrent comme des communautés politiques originaires et autonomes dotées d'un droit inhérent de se

D'un point de vue pratique, deux possibilités existeraient pour circonscrire ces collectivités. Pour des raisons de commodités administratives, elles pourraient éventuellement coïncider avec les communes. Néanmoins, il serait plus respectueux de l'identité kanake que ces circonscriptions soient en adéquation avec la réalité sociologique et historique du peuple kanak et correspondent à l'organisation coutumière existante.

Dans l'intention d'assurer une certaine sécurité juridique aux Kanaks, il serait opportun que ces collectivités soient reconnues en tant qu'institutions constitutionnelles en droit républicain. Les institutions kanakes devraient reposer sur une « constitution kanake » qui fonderait les principes de leur fonctionnement et de leurs valeurs : c'est par exemple le rôle joué par l'*Accord sur la revendication territoriale des Inuit du Labrador*²⁹⁸. Au Canada, cet accord a le statut de « traité » et bénéficie de ce fait d'une protection constitutionnelle et d'un niveau de normativité élevé. En effet, l'émergence durable d'un co-ordre ne peut être assurée que dans un cadre constitutionnel le préservant des tentatives uniformisatrices de la loi étatique.

La réforme constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République²⁹⁹ démontre la réalité de l'existence d'une sphère normative autonome, échappant à la tutelle de l'administration centrale. Toutefois pour assurer la coexistence des différents ordres juridiques et une cohabitation durable entre les institutions républicaines et les collectivités kanakes, des procédures juridictionnelles doivent être instaurées. À l'instar de l'Accord canadien, le dispositif proposé est infra étatique et doit donc respecter la Constitution. Le droit kanak devra donc être encadré et respecter notamment les droits et libertés fondamentales³⁰⁰. L'alinéa 2 de l'article 46 de la DDPA³⁰¹ précise également que l'exercice des droits autochtones ne saurait contrevenir aux obligations internationales relatives aux droits de l'homme. Le contrôle par le Juge du respect des principes de légalité, de conventionalité et de constitutionnalité serait alors indispensable mais on peut penser qu'il serait également suffisant, comme l'a démontré le contrôle de légalité *a posteriori* des collectivités locales en France. Il se substituerait avantageusement à la persécution administrative et réglementaire aux relents politiques à laquelle sont aujourd'hui soumis le

gouverner, ce qui les rangent dans une catégorie bien différente de celle des communes et des ordres professionnels.

²⁹⁸ Accord approuvé par la communauté inuit lors d'un référendum tenu le 26 mai 2004 et entré en vigueur le 31 décembre 2005 après ratification parlementaire.

²⁹⁹ Loi constitutionnelle du 28 mars 2003.

³⁰⁰ Le droit inuit doit quand à lui respecter, par exemple, la *Charte canadienne des droits et libertés*.

³⁰¹ Alinéa 2 de l'article 46 de la DDPA : « Dans l'exercice des droits énoncés dans la présente Déclaration, les droits de l'homme et les libertés fondamentales de tous sont respectés. L'exercice des droits énoncés dans la présente Déclaration est soumis uniquement aux restrictions prévues par la loi et conformes aux obligations internationales relatives aux droits de l'homme. Toute restriction de cette nature sera non discriminatoire et strictement nécessaire à seule fin d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et de satisfaire aux justes exigences qui s'imposent dans une société démocratique. »

Sénat et les Conseils coutumiers. La mise en place de telles collectivités, à la fois autonomes et encadrées par les juridictions et les droits fondamentaux pourrait assurer effectivement un meilleur exercice des droits autochtones et contribuer de ce fait à une représentation authentique du peuple kanak.

... En forme de conclusion

La France a voté le 13 septembre 2007 la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. Néanmoins, la confrontation entre les principes directeurs de ce texte et la situation du peuple kanak en Nouvelle-Calédonie démontre, à ce jour, l'insuffisance des mesures mises en œuvre. L'analyse de l'Accord de Nouméa nous révèle la schizophrénie juridique de notre pays sur la question des peuples autochtones.

Sur la scène internationale la France, la main sur le cœur, défend âprement les droits des peuples colonisés et elle a participé avec audace avec les pays en développement à une « Nuit du 4 août » des peuples autochtones ... pourtant elle ne reconnaît sur ses propres territoires que des « peuples premiers » ou des « peuples d'origine » aux souverainetés éteintes et n'entrant pas ainsi dans la catégorie des populations autochtones défendue par ailleurs !

Cette question n'est pas aussi marginale qu'il y paraît. Si la France veut sincèrement tourner la page de la colonisation, elle ne peut éluder la question de l'autochtonie kanake, sur cette ultime colonie de peuplement qu'est la Nouvelle-Calédonie. Pour permettre l'expression réelle des droits autochtones en Nouvelle-Calédonie et satisfaire ainsi à ses propres engagements internationaux, il apparaît que deux étapes importantes devraient être franchies.

D'une part, de véritables instances politiques et législatives kanakes doivent être instaurées. À cet égard, la reconnaissance du Sénat coutumier en tant que véritable chambre parlementaire paraît incontournable. Il est primordial que ce dernier possède une compétence législative sur les dispositions concernant les affaires et l'identité kanake Ses délibérations doivent avoir une force contraignante et ne plus être soumises à « *la tutelle humiliante*³⁰² » du Congrès de Nouvelle-Calédonie³⁰³. En outre, une autonomie financière et

³⁰² F. FERAL, *Quelques éléments de doctrine autochtoniste sur les institutions de Nouvelle-Calédonie*, op.cit., p. 17.

³⁰³ Ghislain Otis va plus loin et souligne même un paradoxe. Si les affaires et l'identité kanakes relèvent de la compétence exclusive des institutions autonomes kanakes, pourquoi le Congrès devrait-il avoir compétence en la matière ? Si la compétence kanake pour les matières kanakes est exclusive, alors le Sénat coutumier conserverait-il sa raison d'être au sein d'un organe législatif néo-calédonien ? Sans doute... mais uniquement pour les matières impliquant les relations entre le peuple autochtone et la Nouvelle-Calédonie, donc les affaires autochtones qui ne seraient pas purement « internes » ou « intracommunautaires ». Dans ce cas il devrait avoir un veto sur toute loi du Congrès affectant de manière fondamentale les relations entre le peuple autochtone et l'ensemble du territoire.

administrative lui permettrait d'exercer librement ses prérogatives et de pouvoir enfin prétendre au titre d'institution politique à part entière³⁰⁴.

D'autre part, la création de collectivités kanakes sur le modèle des collectivités publiques constituerait une avancée notoire pour le droit à l'autodétermination du peuple kanak. Il disposerait et animerait ainsi de véritables autorités administratives, aptes à prendre des décisions par voie unilatérale concernant « les affaires kanakes », telle que les terres coutumières dont la gestion pose de nombreux problèmes ou la réglementation de la vie collective des populations kanakes. La personnalité juridique et les compétences administratives permettant l'édiction de véritables actes juridiques unilatéraux, répondent ainsi aux recommandations de la résolution des Nations Unies qui souligne que les peuples autochtones ont le droit de s'administrer eux-mêmes et de diriger leurs propres institutions représentatives.

Si l'idée de reconnaissance des droits autochtones du peuple kanak se concrétise, il est probable que, par la suite et dans le futur, la mondialisation, le métissage et les formes les plus inattendues de la modernité pèseront sur les transformations de son destin, de ses droits et de ses modes de vie. Mais c'est ce peuple autochtone lui-même qui par ses propres institutions et son propre droit en assumera la conduite et les tribulations et non plus une pensée occidentale univoque.

Quel que soit le résultat des consultations référendaires qui sont programmées à partir de 2014, la question de l'autochtonie kanake restera posée si une avancée institutionnelle et juridique n'est pas franchie dans ce sens et cela que la Nouvelle-Calédonie reste rattachée à la France ou qu'elle soit indépendante. C'est peut-être même dans cette dernière hypothèse que la reconnaissance de ces droits autochtones est la plus pertinente. Comme plusieurs décisions ou avis des hautes juridictions françaises le suggèrent, nous pouvons en effet constater l'évolution des perceptions juridiques dans le cadre de nos plus hautes instances juridictionnelles : elles sont par ailleurs largement conditionnées désormais par les juges européens. Il n'est pas établi qu'une Nouvelle-Calédonie indépendante et qui serait déliée de ses liens européens et républicains, soit plus ouverte dans le futur à ces questions que ne le sont désormais les jurisconsultes des anciens pays colonisateurs.

³⁰⁴ Le Sénat aujourd'hui n'est même pas ordonnateur secondaire pour ses maigres dépenses et il n'a pas réellement de budget. Quant à son autonomie institutionnelle elle peut être mesurée à sa place sur le réseau Internet : Le Sénat n'a même pas de site propre si ce n'est une page Web figée et sans aucun lien interactif sur le site du Gouvernement de Nouvelle-Calédonie.

Bibliographie

DICTIONNAIRES

- *Dictionnaire de l'Académie française*, tome 1, Paris, Imprimerie Nationale / Fayard, 9^{ème} éd., 1992, n.p.
- *Dictionnaire de l'Académie française*, tome 2, Paris, Librairie Hachette, 8^{ème} éd., 1935, n.p.
- ARNAUD André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} édition, Paris, LGDJ, CNRS(concours), 1998, 758 p.
- BLOCH Oscar, VON WARTBURG Walther, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, Paris, PUF, 8^{ème} éd., 1991, 682 p.
- CARBONNIER Jean, « Internormativité », in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, 2^{ème} éd., LGDJ, 1993, 758 p.
- CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Paris, Association Henri Capitant, PUF, 8^{ème} éd., 2000, 925 p.
- DUBOIS Jean, MITTERAND Henri, DAUZAT Albert, *Dictionnaire étymologique et historique du français*, Paris, Larousse, coll. Langue française, 1993, 822 p.
- LIAUZU Claude (dir.), *Dictionnaire de la colonisation française*, Paris, Larousse, coll. à présent, 2007, 647 p.
- LITTRÉ Paul-Emile, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, t. V, Gallimard / Hachette, 1962.
- RIOUX Jean-Pierre, *Dictionnaire de la France coloniale*, Paris, Flammarion, 2007, 936 p.
- ROULAND Norbert, « Acculturation juridique », in ALLAND Denis, RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2003, 1640 p.
- SALOMON Jean, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant / AUF, 2001, 1198 p.

MANUELS

- HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Dalloz, 12^{ème} éd., 2002, 1150 p.
- CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2004, 416 p.

OUVRAGES

- BIDEGARAY Christian, ÉMERI Claude, « Quatrième République : le retour ? », *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril, La République*, Montchrestien, Paris, 2001,
- BURGER Julian, *Premières nations : un avenir pour les peuples autochtones*, Fontenay-sous-Bois, Anako, coll. Grands Témoins « IMAGE », 2000, 188 p.
- CAPITANT René, *Le droit constitutionnel non écrit*, Paris, Recueil d'études en l'honneur de François Gény, Sirey, 1934, t. III.
- CONSTANS Louis, *Le dualisme de la notion de personne morale administrative en droit français*, Paris, Dalloz, 1966, 264 p.
- DELMAS-MARTY Mireille, *Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006, 303 p.
- FABERON Jean-Yves, *Des institutions pour un pays : La Nouvelle-Calédonie en devenir*, Aix-en-Provence, PUAM, coll. Droit d'Outre-mer, 2012, 291 p.
- FÉRAL François, *Approche dialectique du droit de l'organisation administrative – L'appareil d'Etat face à la société civile*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2000, 352 p.
- JELLINEK Georg, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlin, O. Häring, 1906, 80 p.
- JOUANJAN Olivier, in JELLINEK Georg, *L'État moderne et son droit*, Paris, Panthéon-Assas Paris II, t. I, 2005, 576 p.
- LAFARGUE Régis, *La coutume face à son destin, Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, Paris, LGDJ, coll. Droit et Société, 22, 2010, 417 p.
- LEBLIC Isabelle, *Les Kanak face au développement. La voie étroite*, Grenoble et Nouméa, PUG / ADCK, 1993, 412 p.
- LEENHARDT Maurice, *Gens de la Grande Terre (Nouvelle-Calédonie)*, Paris, Gallimard, coll. L'Espèce humaine, 1937, 214 p.
- LEENHARDT Maurice, *Langues et dialectes de l'Austro-Mélanésie*, Paris, musée de l'Homme, Institut d'ethnologie, « Travaux et mémoires de l'Institut d'ethnologie », XLVI, 1946, 676 p.
- LOEWENSTEIN Karl, *Ueber Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin, 1960.
- MERLE Isabelle, *Expériences coloniales : la Nouvelle-Calédonie, 1853-1920*, Belin, coll. Temps présents, Paris, 1995, 479 p.
- MICHOUÉ Léon, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, t. II, 3^e éd., 1932.
- OTIS Ghislain, *Rencontre des cultures juridiques dans la toundra subarctique : vers une nouvelle gouvernance foncière au Nunatsiavut*, automne 2009, Télescope, 108.
- OTIS Ghislain, CISSE Abdoullah, DE DECKKER Paul, MASTOR Wanda, *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone – Présentation générale d'une*

problématique, Paris, Editions des archives contemporaines, en partenariat avec l'Agence universitaire de la Francophonie, coll. Savoirs francophones, 2010, 112 p.

■ PAGE Jeanne, *Du partage des compétences au partage de la souveraineté : des territoires d'outre-mer aux « pays d'outre-mer »*, Aix-en-Provence, PUAM, coll. collectivités locales, 2001, 630 p.

■ VEBER Hanne, WAEHLE Espen, « *Never drink from the same cup* »: *Proceedings of the conference on Indigenous Peoples in Africa, Tune, Denmark*, Copenhagen, CDR/IWGIA Document n°74, 1993, p. 11.

ARTICLES

■ AGNIEL Guy, « Statut civil coutumier », in FABERON Jean-Yves, AGNIEL Guy (dir.), *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, Paris, La documentation française, coll. notes et études documentaires, n° 5113-14, 15 juin 2000, 462 p.

■ BELKACEMI Nassira, « Les peuples autochtones : populations ou peuples ? », in *Les autochtones de l'outre-mer français*, Droit et Cultures, Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire, Paris, l'Harmattan, 1999, p. 26

■ BLERALD Alain-Philippe, FORTIER Jean-Claude, GOLD-DALG Hélène, « L'Outre-Mer 1986 » in *Annuaire des collectivités locales*, t. VII, 1987. p. 145-161

■ BOYER Alain, « Les autochtones français, populations, peuples ? Les données constitutionnelles », in *Droits et cultures – Les autochtones de l'Outre-mer français – Droit et anthropologie de la sépulture*, n° 37 1999 /1, L'Harmattan, Revue publiée avec le concours du CNRS, Paris, 1999, 305 p.

■ CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, PUF, Paris, 1992, cité par D. TERRE, « Le pluralisme et le droit », in *Le Pluralisme*, Dalloz, coll. Archives de philosophie du droit, Paris, 2006, p. 81.

■ CLECH LÂM Maivân, « L'autodétermination des peuples autochtones : dettes du passé et promesses d'avenir », in Séminaire *Droit à l'autodétermination des peuples autochtones*, Droits et Démocratie, New-York, 18 mai 2002, p. 18-25.

■ DAES Erica-Irene, « L'article 3 du Projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones : obstacles et consensus », in Séminaire *Droit à l'autodétermination des peuples autochtones*, Droits et Démocratie, New-York, 18 mai 2002, p. 8-15.

■ DEBBASCH Roland, « L'indivisibilité de la République », in MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel (dir.), *La République en droit français*, Aix-en-Provence, Economica, PUAM, Coll. Droit Public, 1996, 360 p.

- DE DECKKER Paul, « Cultures juridiques et gouvernance : illustrations », in OTIS Ghislain, CISSE Abdoullah, DE DECKKER Paul, MASTOR Wanda, *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone – Présentation générale d'une problématique*, Paris, Editions des archives contemporaines, en partenariat avec l'Agence universitaire de la Francophonie, coll. Savoirs francophones, 2010, p 37-85.
- DORMOY Daniel, « Le droit international et les possibilités d'évolution statutaire », in FABERON Jean-Yves (dir), *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie, L'évolution des liens de la France avec ses collectivités périphériques*, Paris, La documentation française, coll. notes et études documentaires, n°5053-54, 16 juin 1997, 1997, p. 112.
- DUTERME Bernard, « Peuples indigènes et minorités ethniques : les conditions sociales de leur reconnaissance » in *L'avenir des peuples autochtones. Le sort des premières nations*, Paris, Alternatives Sud , L'Harmattan / CETRI, cahiers trimestriels Vol. VII (2000) 2.
- EBERHARD Christoph, « L'approche pluraliste du droit : un défi central pour la gouvernance légitime », in MULLER Marion, LAUNAY-GAMA Claire, *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, 12-14 décembre 2011, p. 15-20
- 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. 1150-1156.
- FAVOREU Louis, *Note sous Conseil constitutionnel 91-290 DC du 9 mai 1991*, RFDC 1991-6 p.307.
- FERAL François, « Quelques éléments de doctrine autochtoniste sur les institutions de Nouvelle-Calédonie », in *Quelques aspects des droits du peuple autochtone en Nouvelle-Calédonie*, Nouméa, Revue Juridique, Politique et Economique de Nouvelle-Calédonie, n°18, 2011/2 , p.10-19.
- GADEA Elise, in MULLER Marion, LAUNAY-GAMA Claire, *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, op. cit*, p. 5-11.
- GRÜNDLER Tatiana, « La République française, une et indivisible ? », RDP, 2007, n°2, p. 445s.
- LAFARGUE Régis, « La République, la coutume et le droit de l'outre-mer : statuts territoriaux à la carte et kaléidoscope des statuts civils personnels », in GAGNE Natacha,

MARTIN Thibault, SALAÜN Marie (dir.), *Autochtonies vues de France et du Québec*, Québec, Presses de l'Université Laval, coll. Mondes Autochtones, 2009, 530 p.

■ LEGER Marie, « La reconnaissance du droit à l'autodétermination des peuples autochtones : menace ou avantages », in Séminaire *Droit à l'autodétermination des peuples autochtones*, Droits et Démocratie, New-York, 18 mai 2002, p. 3- 7.

■ LEYDET Dominique, POURTOIS Hervé, « Pluralisme et conflit dans les théories contemporaines de la démocratie », in *Le Pluralisme*, Paris, Dalloz, coll. Archives de philosophie du droit, 2006, p. 47-68.

■ MAPOU Louis, « De la rencontre de deux systèmes fonciers après plus d'un siècle d'histoire », in FABERON Jean-Yves, AGNIEL Guy (dir.), *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, Paris, La documentation française, coll. notes et études documentaires, n° 5113-14, 15 juin 2000, 462 p.

■ 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 », in SAUSSOL Alain, ZITONIEVSKY Joseph (dir.), *Colonies, Territoires, Sociétés*, Paris, l'Harmattan, 1996, p. 223s.

■ MICHALON Thierry, « La République française, une fédération qui s'ignore ? », RDP, 1982, p. 623s.

■ PACARI Nina, « L'autodétermination dans le contexte d'un Etat plurinational : L'expérience de l'Equateur », in Séminaire *Droit à l'autodétermination des peuples autochtones*, Droits et Démocratie, New-York, 18 mai 2002, p. 26-30.

■ PETEV Valentin, « Pluralisme juridique, construction européenne et droits participatifs », in *Le Pluralisme*, Paris, Dalloz, coll. Archives de philosophie du droit, Tome 49, 2006, p. 13-20.

■ ROMANO Santi, *L'ordre juridique*, traduction française de l' « Ordinamento giuridico » par FRANÇOIS Lucien, GOTHOT Pierre, Paris, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1977, p. 106.

■ ROUX André, « L'indivisibilité de la République », in MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel (dir.), *La République en droit français*, Aix-en-Provence, Economica, PUAM, Coll. Droit Public, 1996, 360 p.

■ SAMBO DOROUGH Dalee, « Les peuples autochtones et le droit à l'autodétermination : un nécessaire rapport d'égalité : une perspective autonome », in Séminaire *Droit à l'autodétermination des peuples autochtones*, Droits et Démocratie, New-York, 18 mai 2002, p. 49- 56

■ WEBERT Francine, « L'ordre juridique français : de la centralisation à la souveraineté partagée », in FABERON Jean-Yves, AGNIEL Guy (dir.), *La souveraineté en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, Paris, La documentation française, coll. notes et études documentaires, n° 5113-14, 15 juin 2000, 462 p.

- XOZAME Thierry, VOGEL Jean-Pierre « Le juge administratif face à la coutume kanake », AJDA, 04/09/2006, n° 28/2006, rubrique « Collectivités territoriales », p.1561-1563.

TRAVAIL UNIVERSITAIRE

- CHRISTAKIS Théodore, *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, Paris, CERIC, La documentation française, Thèse, coll. Monde européen et international, 1999, 678 p.

TEXTES OFFICIELS FRANÇAIS

ORDONNANCE

- Ordonnance n°82-877 du 15 octobre 1982, J.O. du 17 octobre 1982, p. 3106.

LOIS

- Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.
- Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, JORF n° 75 du 29 mars 2003, p. 5568.

ACCORDS

- Accords de Matignon signé le 26 juin 1988.
- Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998, JORF n° 121 du 27 mai 1998, p. 8039.

CONSTITUTION

- Constitution française de la Vème République du 4 octobre 1958.

DÉLIBÉRATION & LOIS DU PAYS

- Délibération n°339 du 13 décembre 2007 portant statut particulier du corps des officiers publics coutumiers de la Nouvelle-Calédonie, JONC du 25 décembre 2007, p. 8584.
- Loi du pays n° 2001-017 du 11 janvier 2002 *sur le domaine public maritime de la Nouvelle-Calédonie et des provinces*, JONC du 18 janvier 2002, p. 240.
- Loi du pays n°2006-15 du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers, JONC du 30 janvier 2007, p. 647.

NORMES INTERNATIONALES

PACTES

- Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques (PIDCP), adopté le 16 décembre 1966
- Pacte International relatif aux Droits Economiques Sociaux et Culturels (PIDESC), adopté le 16 décembre 1966.

DÉCLARATIONS ET CONVENTIONS

- Déclaration Universelle des Droits de l'homme adoptée le 10 décembre 1948.
- Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones.
- Convention n° 169 de l'Organisation Internationale du Travail de 1989.
- Convention des droits de l'enfant de 1989.

CHARTE

- Charte des Nations Unies du 26 janvier 1945.

RÉSOLUTIONS

- Résolution 742 (VIII), *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*, 27 novembre 1953.
- Résolution 1514, *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples colonisés*, 947^{ème} séance plénière, 14 décembre 1960.

- Résolution 1541, *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*, 15 décembre 1960.
- Résolution 2625 (XXV), *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies*, (A / 8082), 1883^e séance plénière, 24 octobre 1970,
- Résolution 41/41A, *Application de la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*, 92^{ème} séance plénière, 2 décembre 1986.
- Résolution 47/135, *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, 18 décembre 1992.
- Résolution 66/87, *Question de la Nouvelle-Calédonie*, 81^{ème} séance plénière, 9 décembre 2011.

JURISPRUDENCES

ARRÊTS & AVIS COUR DE CASSATION

- Avis n° 005 0011 de la Cour de cassation du 16 décembre 2005
- Avis n° 007 0001 de la Cour de cassation du 15 janvier 2007, *BICC* n°658 du 1^{er} avril 2007.
- Cass. Civ., 28 janvier 1954, Comité d'établissement de Saint-Chamond, Bull. 1954, II, n°32
- Cass. Civ., 1^{er} décembre 2010, n° 08-20843.
- Cass. Crim., 30 octobre 1995, pourvoi n° 95-84322
- Cass. Crim., 10 octobre 2000, pourvoi n° 00-81.959.

ARRÊTS COUR DE NOUMÉA

- Cour d'appel de Nouméa du 28 février 1920, *Dareste*, 1920-3-96.
- Cour d'appel de Nouméa du 24 janvier 2002, arrêt n° 135/2001, *RJPENC* n° 2, 2003/2, p.64
- Cour d'appel de Nouméa, du 21 mai 2008, arrêt n°07/476.
- Cour d'appel de Nouméa, Chambre Civile, 22 août 2011, n° 10 /00531 ET 10/00532.
- Cour d'appel de Nouméa, Chambre civile, 22 mars 2012, numéro R.G. : 10/00493.

TRIBUNAL CORRECTIONNEL DE NOUMÉA

- Tribunal correctionnel de Nouméa, *M.P. c/ Poulawa, et autres*, 22 octobre 1993, n° 1934

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE NOUVELLE-CALÉDONIE

- TANC n° 05290 du 10 novembre 2005, affaire Chefferie N'Umia Kambwa Wecho Pweyta (Gabriel Païta).

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- Décision 82-146 DC du 18 novembre 1982, relatif à une loi instituant un quota par sexe dans la composition des listes lors des élections municipales, Rec. p. 66.
- Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, Rec. p. 50.

CONSEIL D'ÉTAT

- Avis Conseil d'Etat, 6 juillet 1995, EDCE, 1995, n°47, La Documentation française, 1996, p.397.

CONSEIL DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

- Décision du Conseil des Communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct, n° 76-71 DC du 30 décembre 1976, Rec. p. 15, cons. 2 et 5.

RAPPORTS & DOCUMENTS DE TRAVAIL

RAPPORTS

- ANAYA James, Rapport du Rapporteur Spécial sur les droits des peuples autochtones, additif, La situation du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie, A/HRC/18/35/Add.6, Conseil des droits de l'homme, 18^e session, 14 septembre 2011.

- Déclaration faite par l'ASTIC, le Commissaire à la justice sociale pour les Aborigènes et les Insulaires du détroit de Torres, la Foundation for Aboriginal and Islander Research Group, l'Indigenous Women Aboriginal Corporation, le National Aboriginal and Islander Services Secretariat, le New South Wales Aboriginal Land Council et le Tasmanian Aboriginal Centre, Groupe de travail de la Commission des droits de l'homme, troisième session, octobre 1997.
- TORRE Henri, Rapport d'information sur *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, [En ligne], Partie I, II, B, Consulté le 22 mai 2012, URL : <http://www.senat.fr/rap/r05-007/r05-007.html>
- Rapport du Sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie sur l'Etat de la situation du peuple kanak – peuple autochtone de la Kanaky- Nouvelle-Calédonie, 8 février 2011.
- Nations Unies, Comité pour l'élimination de la Discrimination Raciale, « Rapport sur la situation de discrimination du peuple autochtone kanak de Nouvelle-Calédonie », 77^{ème} session, 2010, p.14-20.
- 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
- Sénat coutumier, *Bilan de la mandature 1999-2005*, p. 18.
- Lettre du 2 avril 2004 du ministère de l'Outre-mer, citée par M. Chauvin dans son rapport sur l'avis du 16 décembre 2005, *BICC* n° 637 du 1^{er} avril 2006.
- Rapport fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale n° 1843 et 1844, juillet 2009, p. 107 et 108.
- COBO Martinez, Rapport, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.I, Par. 379 à 382.
- UNESCO, « Nouvelles réflexions sur le concept de peuple », rapport final et recommandation de la réunion d'experts à Paris, les 27/30 novembre 1989, *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, vol.2, n°4, 1990, p.176 à 182.
- Nations Unies, Comité pour l'élimination de la Discrimination Raciale, « Rapport sur la situation de discrimination du peuple autochtone kanak de Nouvelle-Calédonie », 77^{ème} session, 2010.

DOCUMENTS DE TRAVAIL

- BRAEM François, « Les peuples indigènes en quête de partenaires », APFT Working Paper n°5, Commission Européenne/DGVIII, 1999, p.8.

- DAES Erica-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.
- 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.
- Commission des droits de l'homme de l'ONU, *Etudes sur les droits fonciers autochtones*, Document de travail, 11 avril 1997.
- Document de travail sur la notion de « peuples autochtones » du Groupe de travail sur les populations autochtones (E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2).

RESSOURCES INTERNET

- AVRIL Pierre, « Enchantement et désenchantement constitutionnel sous la V République », *Pouvoirs*, 2008/3, n°126, p.5-16. DOI : 103917/pouv.126.0005, [En ligne], Consulté le 15 avril 2012, URL : www.cairn.info/revue-pouvoirs-2008-3-page-5.htm.
- BEAUD Olivier, « « Les mutations de la Ve République » Ou comment se modifie une Constitution écrite », *Pouvoirs*, 2001/4, n°99, p.19-31. DOI : 10.3917/pouv.009.0019, [En ligne], Consulté le 13 avril 2012, URL : www.cairn.info/revue-pouvoirs-2001-4-page-19.htm.
- CHABROT Christophe, « Une deuxième chambre pour quoi faire ? », Communication au colloque *Les 10 ans du Sénat coutumier*, Université de Nouvelle-Calédonie, jeudi 20 août 2009, [En ligne], mis en ligne le 22 août 2009, Consulté le 04 juin 2012. URL : <http://larje.univ-nc.nc>
- CHAUCHAT Mathias, « Le Sénat coutumier, une institution qui a 10 ans », Communication au colloque *Les 10 ans du Sénat coutumier*, Université de Nouvelle-Calédonie, jeudi 20 août 2009, [En ligne], mis en ligne le 22 août 2009, consulté le 04 juin 2012. URL : <http://larje.univ-nc.nc>
- CHRISTNACHT Alain, « Les Accords de Matignon vingt ans après. L'Accord de Nouméa, dix ans plus tard », *Négociations*, 2008/2 n° 10, p. 89-103. DOI : 10.3917/neg.010.0089, [En ligne], Consulté le 12 avril 2012, URL: www.cairn.info/revue-negociations-2008-2-page-89.htm.
- CORNUT Etienne, « La juridicité de la coutume kanak », in *Droit et cultures*, [En ligne], 60 | 2010-2, mis en ligne le 17 mars 2011, Consulté le 31 mai 2012. URL : <http://droitcultures.revues.org/2347>

- ISEE, *Organisation coutumière*, [En ligne], mis en ligne en 2011, Consulté le 20 octobre 2011, URL : <http://www.isee.nc/tec/atlas/telechargements/3-organisation%20coutumiere.pdf>
- LEBLIC Isabelle, « Au fondement de l'identité culturelle kanak, les représentations du foncier », [En ligne], Consulté le 25 mai 2012, URL : <http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/20/10/35/PDF/ArtFoncierLeblic.pdf>
- LE MEUR Pierre-Yves, « Politique et savoirs fonciers en Nouvelle-Calédonie : retour sur une expérience d'anthropologie appliquée », in *Le Journal de la Société des Océanistes* [En ligne], 132 / 1^{er} semestre 2011, mis en ligne le 30 juin 2011, Consulté le 22 mai 2012, URL : <http://jso.revues.org/6286>.
- MACDONALD Roderick A., *L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées*, [En ligne], Consulté le 17 juin 2012, URL : http://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_33/33-12-macdonald.pdf
- SANA Sandrine, *Commentaire de la décision de la Cour de cassation*, [En ligne], mise en ligne le 13 juin 2011, Consulté le 29 mai 2012. URL : <http://larje.univ-nc.nc>
- *Histoire de la rédaction de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, [En ligne], Consulté le 8 février 2012, URL : <http://www.un.org/fr/documents/udhr/history.shtml>
- UNESCO, *Peuples autochtones*, [En ligne], mis à jour le 24 janvier 2011, Consulté le 19 décembre 2011, URL : <http://portal.unesco.org/culture/fr/ev.php-> I

SOMMAIRE.....	3
<i>Liste des abréviations.....</i>	<i>4</i>
INTRODUCTION.....	5
<i>Prolégomènes</i>	<i>5</i>
1. L'AUTOCHTONICITÉ DU PEUPLE KANAK DE NOUVELLE CALEDONIE.....	10
1.1. – ANALYSE DE LA NOTION JURIDIQUE DE PEUPLE AUTOCHTONE	10
1.2. – LA DISTINCTION ENTRE MINORITES ET PEUPLES AUTOCHTONES	14
1.3. – L'APPARTENANCE DES KANAKS A LA CATEGORIE DES PEUPLES AUTOCHTONES	17
2. L'INTÉRÊT D'UNE LECTURE AUTOCHTONISTE DU DROIT PUBLIC FRANÇAIS.....	20
2.1. – AFFIRMATION ET PORTEE DU PRINCIPE D'AUTODETERMINATION DES PEUPLES AUTOCHTONES AU SEIN DE LA COMMUNAUTE INTERNATIONALE	20
2.2. – AUTOCHTONIE ET LECTURE REALISTE DU DROIT PUBLIC CONSTITUTIONNEL ET ADMINISTRATIF	26
2.2.1. – <i>Les mythes fondateurs de l'unité et de l'indivisibilité républicaine</i>	<i>26</i>
2.2.1.1. – Les mutations des principes d'unité et d'indivisibilité	28
2.2.1.1.1. – L'indivisibilité du territoire	29
2.2.1.1.2. – La remise en question de l'unité normative	30
2.2.1.2. – La théorie du changement constitutionnel : l'évolution progressive de la norme suprême	33
2.2.2. – <i>L'ambiguïté des procédures de décolonisation françaises</i>	<i>36</i>
3. ANALYSE DE L'ACCORD DE NOUMÉA : LA NÉGATION IMPLICITE DE L'AUTOCHTONIE KANAKE.....	40
3.1. – L'ACCORD DE NOUMEA : UN PROCESSUS CONTROVERSE D'AUTODETERMINATION	41
3.1.1. – <i>Une incursion mémorielle équivoque dans l'histoire du peuple kanak..</i>	<i>42</i>
3.1.1.1. – Une reconnaissance mitigée des méfaits de la colonisation	42
3.1.2. – <i>Une référence explicite ... suivie de la dissolution rhétorique du peuple kanak.....</i>	<i>43</i>
3.2. – LES PROPRIETES ET RESSOURCES COUTUMIERES, INSTITUTIONS JURIDIQUES DE L'IDENTITE KANAKE	44
3.2.1. – <i>La reconnaissance et la réattribution laborieuse des terres spoliées ...</i>	<i>44</i>
3.2.2. – <i>Une réparation incomplète.....</i>	<i>47</i>
3.2.2.1. – Les limites de la réforme foncière : l'omnipotence de l'ADRAF.....	47
3.2.2.1.1. – L'absence de pouvoir décisionnel des institutions coutumières	47
3.2.2.1.2. – La prévalence d'un second critère de réattribution foncière : un instrument d'acculturation	49
3.2.2.2. – Mer et ressources naturelles : les sujets oubliés.....	51
3.2.2.2.1. – L'absence d'évocation des ressources coutumières	51
3.3. – LE STATUT COUTUMIER : LA RECONNAISSANCE D'UN DROIT CIVIL KANAK.....	53
3.3.1. – <i>Le champ d'application du statut civil coutumier.....</i>	<i>53</i>
3.3.2. – <i>L'application extensive mais toujours secondaire d'un droit civil coutumier.....</i>	<i>56</i>

4. – LES LIMITES DE L’AUTODETERMINATION NEO-CALEDONIENNE AU REGARD DE LA DECLARATION DES NATION UNIES SUR LES DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES	59
4.1 – L’INSTAURATION D’INSTITUTIONS COUTUMIERES KANAKES PEU EFFECTIVES.....	59
4.1.1 – <i>Le Sénat coutumier : un organe sans pouvoir politique, législatif ou administratif.....</i>	59
4.1.2 – <i>Les Conseils coutumiers : des institutions strictement interprétatives... </i>	63
4.2 – LA NEGATION D’UN DROIT PUBLIC AUTOCHTONE KANAK.....	64
4.2.1 – <i>La question de l’inopposabilité des sanctions coutumières</i>	65
4.2.1.1. Le monopole répressif et disciplinaire du droit républicain.....	65
4.2.1.2. – L’adaptation forcée mais implicite des juridictions de droit pénal au fait coutumier	66
4.2.1.3. – L’Émergence de réformes incompatibles avec le droit coutumier : le problème de la transposition du droit pénal républicain	67
4.2.2. – <i>L’opposition à concevoir un droit administratif autochtone</i>	69
5. SUGGESTIONS EN FAVEUR DE L’INSTAURATION DU DROIT AUTOCHTONE KANAK EN NOUVELLE -CALEDONIE	72
5.1. – LA PRISE EN COMPTE DU PLURALISME JURIDIQUE : LA CONSTITUTION D’UNE DUALITE NORMATIVE	72
5.2. – LA MISE EN ŒUVRE D’UN PLURALISME INSTITUTIONNEL : LES COLLECTIVITES KANAKES.....	77
... EN FORME DE CONCLUSION.....	82
BIBLIOGRAPHIE	84