



HAL
open science

Quelques éléments de doctrine autochtoniste sur les institutions de Nouvelle-Calédonie

François Féral

► **To cite this version:**

François Féral. Quelques éléments de doctrine autochtoniste sur les institutions de Nouvelle-Calédonie. Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie, 2011, 18, pp.10-19. hal-04697485

HAL Id: hal-04697485

<https://hal.science/hal-04697485v1>

Submitted on 13 Sep 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

Intervention lundi 14 mars 2011 matin

Quelques éléments de doctrine autochtoniste sur les institutions de Nouvelle-Calédonie

François Féral¹

PLAN

Intervention lundi 14 mars 2011 matin	1
Quelques éléments de doctrine autochtoniste sur les institutions de Nouvelle-Calédonie.....	1
Introduction	1
I. Les prémices d'un droit autochtone en Nouvelle-Calédonie.....	2
A. Les prémices coloniales d'une autochtonie inconcevable	3
1. Une autochtonie inconcevable au sein de la République.....	3
2. Les institutions autochtones héritées de la période coloniale.....	3
B. Les timides avancées autochtonistes des accords de Nouméa	4
1. La reconnaissance du fait colonial et la référence équivoque au peuple kanak.....	5
2. La légalisation organique des institutions kanakes.....	6
Les institutions civiles coutumières.....	6
Les hésitations relatives aux institutions politiques et administratives coutumières.....	7
II Les perspectives autochtonistes des institutions de Nouvelle-Calédonie.....	7
A. Les limites à l'autodétermination de la loi organique	8
1. La négation d'entités politiques kanakes.....	8
2. La négation d'un droit public autochtone obstacle à l'autodétermination.....	9
B. Les voies d'une reconnaissance d'un peuple autochtone en Nouvelle-Calédonie	10
1. Les forçages constitutionnels et référendaires de la question néo-calédonienne.....	10
2. Les outils d'une doctrine d'autodétermination au sein du droit républicain.....	11
Conclusion.....	12

Introduction

Ghislain Otis nous a présenté les éléments constitutifs d'un droit autochtone et nous pouvons le remercier de cet éclairage inhabituel pour les juristes français. C'est au niveau international que cette question est désormais ouverte par la déclaration adoptée aux Nations-Unies et votée par la France en 2007². Ce texte a établi une liste de droits des peuples autochtones qui devrait s'appliquer logiquement aux kanaks de Nouvelle-Calédonie. Par ailleurs, l'approche autochtone du droit et des institutions a progressivement été reconnue en Amérique du Nord et dans de nombreux pays d'Amérique latine. Dans le Pacifique, en Nouvelle-Zélande ou en Australie, le principe de la reconnaissance des droits des peuples autochtones est désormais une réalité même si son contenu demeure limité³.

La revendication autochtone apparaît désormais comme une composante du combat pour la décolonisation, en dehors-même de la question de l'indépendance. Nous pourrions en effet imaginer une

¹ Professeur à l'Université de Perpignan Via Domitia, Directeur d'Etudes à L'Ecole Pratique des Hautes Etudes.

² Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones adoptée par l'Assemblée générale le 13 septembre 2007 par 143 voix sur 158 votants (l'Assemblée générale comptant alors 192 membres 15 Etats n'ont pas pris part au vote.

³ En effet les Etats-Unis, le Canada, l'Australie et la Nouvelle-Zélande n'ont pas voté la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones,

Nouvelle-Calédonie indépendante qui remette en cause le droit coutumier et l'identité kanake plus que ne le font aujourd'hui les institutions républicaines. La démarche autochtone s'impose comme une option politique à partir du moment où a été adopté le principe du « destin commun ». S'il est acquis que « deux populations » sont désormais amenées à vivre ensemble sur le même territoire, la question de la décolonisation reste entière par le fait que la population kanake est démographiquement minoritaire sur ses propres terres. La direction politique de la Nouvelle-Calédonie ne lui est pas assurée dans le cadre d'institutions assises sur le suffrage universel et donc la restauration de sa souveraineté propre est exclue du projet politique.

Il s'agit d'une population minoritaire, mais son poids démographique est supérieur à celui de nombreux peuples autochtones : ce fait donne une forte légitimité à la revendication autochtone⁴... Par contre, ce poids ferme la voie aux « *accommodements raisonnables* » du droit canadien en ce que ces aménagements juridiques ne sont appliqués que parce qu'ils s'adressent à une partie infime de la population. Ce n'est évidemment pas le cas du peuple kanak qui est aujourd'hui une des plus fortes minorités colonisées du monde sur sa propre terre.

Si la décolonisation kanake ne peut se réaliser par l'indépendance comme ce fut le cas pour les autres colonies françaises lors des décennies cinquante et soixante, elle 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 nationale⁵. Un droit à l'autodétermination doit se développer et s'exprimer dans le cadre de ses propres institutions politiques et administratives⁶. La reconnaissance d'un peuple ayant une existence et des droits particuliers induit qu'une partie du système juridique échappe à l'emprise législative de l'Etat et soit intégrée dans des institutions ayant un niveau d'autonomie constitutionnellement reconnu.

On comprend dès lors qu'une revendication autochtone soulève en France de fortes réserves politiques et provoque également des objections juridiques au sein de la majorité de la doctrine française. L'idée dominante de la plupart des constitutionnalistes français estime que cette approche se heurte à des obstacles juridiques rédhibitoires dans le cadre du droit républicain. Notre propos a pour objet de discuter de ce préjugé. L'idée principale de cette courte communication est donc de dessiner les contours d'une « doctrine autochtoniste » en droit français en démontrant en particulier sa compatibilité avec le droit positif constitutionnel et administratif.

Il s'agit d'abord d'entreprendre un sommaire inventaire non exhaustif des droits autochtones d'ores et déjà en droit positif français pour souligner leur insuffisance au regard des principes internationaux.

Le cas néo-calédonien constitue également une démythification de la science du droit comme porteuse d'une lecture univoque des normes juridiques et qui en supposerait une interprétation mécanique. Certaines suggestions permettant de construire pragmatiquement des institutions autochtones en conformité avec la tradition du droit public républicain paraissent concevables et s'inscrivent à la fois dans des recettes administratives éculées et dans la capacité d'interprétation des juges.

I. Les prémices d'un droit autochtone en Nouvelle-Calédonie

La question de l'autochtonie du peuple kanak est aujourd'hui peu documentée en France car cette notion même est inconnue du vocabulaire politique et juridique⁷. Elle a été en quelque sorte escamotée par la question de l'indépendance, portée par le FLNKS comme l'issue indispensable à la décolonisation. Pourtant, bien que cette terminologie ne soit jamais utilisée par les institutions républicaines françaises, le droit autochtone est perceptible dans des institutions héritées de la colonisation. Il est perceptible également dans le processus de Matignon engagé en 1988 où apparaît une incontestable volonté décolonisatrice. Malheureusement les ambiguïtés et l'esprit

⁴ Le peuple kanak compterait 44% de la population de la Nouvelle-Calédonie.

⁵ C'est le fondement même d'une autodétermination juridique et politique telle que le recommande la déclaration des Nations-Unies.

⁶ C'est en particulier les termes des articles 3, 4 et 5 de la déclaration des Nations-Unies.

⁷ Cf. Les brillantes contributions du colloque sur les *Destins des collectivités politiques d'Océanie* à Nouméa du 7 au 10 mars 2011 : la question du peuple kanak en tant que peuple autochtone a été peu évoquée pour faire place à de nombreuses communications comparatistes sur les modalités de l'indépendance vis-à-vis de la France.

républicain de la loi organique de 1999 ruinent en grande partie ces intentions. L'appareil administratif qui y est mis en place fonctionne comme un étouffoir de ce processus de reconnaissance.

A. Les prémices coloniales d'une autochtonie inconcevable

La notion d'autochtonie dans sa reconnaissance récente par les instances internationales semble bouleverser les conceptions constitutionnelles d'unicité du peuple, de Nation et du statut de l'individu. C'est pourtant de très anciennes dispositions coloniales qui furent le creuset de la dualité d'un ordre juridique en Nouvelle-Calédonie.

1. Une autochtonie inconcevable au sein de la République

Auprès de la doctrine du droit public, la question de l'autochtonie paraît soulever des obstacles rédhibitoires en ce qu'elle porterait atteinte aux principes d'unicité du peuple français et à l'égalité des droits reconnus aux citoyens⁸. A fortiori l'idée d'un « peuple autochtone » tel qu'il est défini dans la déclaration des Nations-Unies et vivant sur le territoire de la République paraît inconcevable. La récusation de l'existence d'un « peuple corse » par le conseil constitutionnel a renforcé ce préjugé⁹.

Ces quelques mots suffiraient à exclure toute idée de peuple kanak et toute hypothèse d'un droit kanak et devraient donc fermer la porte aux thèses autochtonistes¹⁰. Dans ces conditions, l'existence même d'un « droit kanak » s'appliquant à une partie seulement de la population d'un Etat et ne procédant pas de celui-ci apparaît comme un contresens, une hérésie contre la religion de l'Etat développée au 19^{ème} siècle et qui culminera tout au long du 20^{ème} siècle.

L'observation de la capacité de la technique juridique à s'adapter aux demandes sociales et aux contraintes des contextes historiques nous permet de relativiser la rigidité des principes constitutionnels qui s'opposeraient à une reconnaissance des principes d'autochtonie que nous a présenté le professeur Ghislain Otis. Ce qui s'est progressivement dessiné dans les pays du Common Law et du Québec et ce que recommande la déclaration des Nations-Unies s'est progressivement mis en place dans notre propre pays, sans que la doctrine dominante en prenne réellement la mesure.

D'une manière imparfaite mais désormais sensible apparaissent la reconnaissance juridique du fait autochtone et les institutions qui lui permettent de rétablir partiellement la souveraineté du peuple autochtone kanak.

2. Les institutions autochtones héritées de la période coloniale

Paradoxalement l'héritage de plus de cent-vingt ans de domination coloniale a établi les fondements d'une reconnaissance autochtone. Certes, ce droit que l'on peut a posteriori qualifier d'autochtone n'était pas fait pour favoriser les premiers occupants de la Nouvelle-Calédonie mais pour leur conférer un statut de sous-citoyenneté et pour s'accaparer leurs terres. Pourtant ce fut ainsi que fut pris le pli d'un double régime juridique des personnes et des biens. L'arrêté du 24 novembre 1867 donne la personnalité juridique aux

⁸ Principes constitutionnels respectivement assis sur l'article 2 de la constitution de 1958 et sur l'article 1 de la déclaration des droits de l'homme de 1789 : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.* » Article II « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.* »

⁹ Décision n° 91-290 DC du 09 mai 1991 : « 13. *Considérant que la France est, ainsi que le proclame l'article 2 de la Constitution de 1958, une République indivisible, laïque, démocratique et sociale qui assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens quelle que soit leur origine ; que dès lors la mention faite par le législateur du "peuple corse, composante du peuple français" est contraire à la Constitution, laquelle ne connaît que le peuple français, composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion ;* »

¹⁰ Peut-être est-ce également la démarche *moniste* des juristes français qui est un obstacle à une lecture autochtone du droit ? En effet à partir du 18^{ème} siècle, lors de la mise en place de l'Etat nation unitaire en Europe, s'est construite l'idée d'unité d'un ordre juridique étatique, par laquelle il n'est de droit que de l'Etat.

tribus, gestionnaires de terres, à une époque où la reconnaissance de la personnalité juridique est tout à fait exceptionnelle en métropole¹¹

L'arrêté de 1868 qui reconnaît l'existence d'une « propriété incommutable, insaisissable et inaliénable des tribus canaques » établit un double régime de propriétés foncière : celle des tribus kanakes et celle des colons promue par la confiscation des terres opérée par l'Etat. En fait, l'établissement de terres coutumières ainsi que l'attribution de la personnalité juridique aux tribus s'intègrent dans l'idée de constituer des « réserves d'indigènes » qui vont constituer sur le territoire de la Nation des espaces de droit et d'institutions d'exception. Cette formule n'était pourtant ni dans le discours ni dans la philosophie coloniale de la France du 19^{ème} siècle qui rêvait plus volontiers d'intégration et d'œuvre civilisatrice. L'accaparement des terres kanakes occupées par une population farouche intima aux colons de leur concéder « une part du feu » pour mieux spolier les terres utiles. Il n'en reste pas moins aujourd'hui un double régime de propriété foncière.

En 1897 le code de l'indigénat fut appliqué en Nouvelle-Calédonie. Dès lors, aux plus beaux jours de la 3^{ème} République, les kanakes devinrent des « *sujets* de la France » qui ne jouissaient d'aucun droits citoyen et la procédure du « droit personnel » réglait leurs rapports familiaux et patrimoniaux. Une dualité de droit en République reconnaissait ainsi en pays laïc la religion et la coutume comme ordre juridique d'une partie de la population nationale. Certes, ce n'était pas pour leur promotion que ce régime était mis en place mais il en restera jusqu'à aujourd'hui un double statut civil des personnes que la jurisprudence avait officialisé depuis longtemps comme le « statut civil personnel des Kanaks »¹². La jurisprudence relative aux institutions kanakes se présente ainsi comme un ensemble de décisions dont l'audace ou le conformisme établirent un curieux droit syncrétique. Ainsi, sur l'unité du droit pénal et des institutions administratives, les juges sont restés inflexibles, tant il est inscrit dans nos gènes républicains le monopole étatique de la punition. Par contre, l'expérience vécue du statut personnel durant la période coloniale a ouvert sans difficulté à la coutume le champ du « droit privé »... mais seulement celui du droit civil comme le rappelle l'article 19 de la loi organique de 1999.

La coutume est instituée comme *système de droit* d'une partie du territoire et de la population de notre pays. Certes, ce système avait vocation à disparaître lorsque, comme dans le mythe de la caverne, les indigènes auraient été aveuglés par la lumière de notre code civil ! Si injuste et cynique que fut ce système où le travail forcé et la négation de l'humanité kanake furent institués... *une identité kanake négative* se construisit en droit et en fait. Le principe d'un droit coutumier a été désormais établi et des entités kanakes apparurent dans le paysage des institutions de la République¹³. Au lendemain de la 2^{ème} Guerre Mondiale, la fin de l'indigénat kanak ne fit pas mourir la coutume, les terres et les institutions coutumières. L'ordonnance du 15 octobre 1982 qui a mis en place des assesseurs coutumiers en Nouvelle-Calédonie au niveau du tribunal civil de première instance et de la cour d'appel a consacré définitivement ce dualisme statutaire des personnes et des biens en Nouvelle-Calédonie.¹⁴

La colonisation et la jurisprudence ont donc, sans le savoir ni le vouloir, reconnu la spécificité autochtone : ce fut une discrimination négative qui a posé la première pierre de l'édifice juridique autochtone. Notons le rôle de la jurisprudence dans la « reconnaissance » de la réalité sociale et culturelle du peuple kanak. Amenés à appliquer la coutume, les magistrats ont édifié les contours du « régime coutumier » au sein de la République¹⁵.

B. Les timides avancées autochtonistes des accords de Nouméa

C'est une grave crise politique qui fut à l'origine d'un changement de paradigme. Rien n'était politiquement réglé de la question coloniale lorsqu'éclatèrent les événements indépendantistes des années soixante-et-dix. Pour la droite française, y compris celle se réclamant du gaullisme, le traumatisme de l'Algérie était

¹¹ Cf. sur les controverses relatives à la personnalité juridique nos développements in « *Approche dialectique du droit de l'organisation administrative* » L'harmattan Paris 2002

¹² Cf. Les décisions de la Cour d'Appel de Nouméa, du 28 février 1920 et du 19 septembre 1933 citées in Guy Agniel « *Statut coutumier kanak* » in *Revue ASPECTS*, n° 3 - 2008, pages 81-96

¹³ Ces institutions sont d'ailleurs « indéfinies » et leur étude est soigneusement peu documentée par la doctrine

¹⁴ Guy Agniel *Ibidem* p.84

¹⁵ Cf. Les travaux de Régis Lafargue et en particulier son dernier ouvrage « *La coutume face à son destin - Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques* » LGDJ Paris 2011

insurmontable : notre principale colonie de peuplement avait été abandonnée et sa population rapatriée : le RPR ne pouvait imaginer un scénario d'indépendance qui puisse rappeler cet épisode tragique. De plus, doit-on le dire, les kanaks n'étaient pas pris au sérieux : la classe politique les considérait comme un petit groupe primitif, arriéré et marginal dont l'infériorité culturelle et sociale les disqualifiaient pour toute reconnaissance politique.

La crise qui a culminé avec le drame de la grotte d'Ouvéa a constitué un choc politique dont on ne mesure qu'aujourd'hui la portée à la fois juridique et institutionnelle. C'est malheureusement dans ce contexte que la question kanake a enfin été reconnue.

1. La reconnaissance du fait colonial et la référence équivoque au peuple kanak

Les accords de Nouméa constituèrent un progrès incontestable dans la reconnaissance du fait colonial et des droits du peuple kanak. Les développements du préambule sur les humiliations, les spoliations et les souffrances des kanaks auraient été inimaginables dans les années soixante-dix et quatre-vingt. Les accords de Matignon eux-mêmes n'y font qu'une référence mineure car ils sont dominés par la question du retour à la paix.¹⁶

La reconnaissance du fait colonial est nette¹⁷ et elle insiste sur les injustices et les pertes d'identités des clans et de la société kanakes. La requalification des traités en « actes unilatéraux », rappelle les conditions léonines dans lesquelles s'est imposée la colonisation au peuple autochtone. La France s'engage alors implicitement à un processus de décolonisation comme l'y invite le statut international de la Nouvelle-Calédonie inscrite sur la liste des « territoires non autonomes » administré par la France.

Le point 4 évoque « le peuple d'origine » pour définir la population kanake. Pour la première fois dans un texte constitutionnalisé, la référence au « peuple » kanak est expressément utilisée dans des termes qui, en apparence tout au moins, le reconnaissent au même niveau que le peuple français, en évoquant en particulier sa souveraineté¹⁸. Cependant la rédaction est ambiguë : elle parle également des « lumières » de la colonisation pour garder la balance égale entre les populations.

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

Dans cette démarche en deux temps (reconnaissance puis fusion avec les autres communautés), la citoyenneté de Nouvelle-Calédonie escamote la souveraineté du peuple kanak par « ... *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* ». Dans ces conditions, il ne faudrait imaginer et concevoir le « peuple kanak » qu'au passé car, du jour même de sa reconnaissance, il aurait abdiqué sa souveraineté d'origine pour adopter celle partagée et fondue dans la population de Nouvelle-Calédonie, elle-même incluse dans le peuple français.

C'est bien ce que corrobore la lecture des autres développements du texte qui ne parlent plus alors que de Nouvelle-Calédonie. Le préambule des accords fait donc pénitence (avec nuance...) de la période coloniale et il n'évoque le peuple d'origine que comme une référence mémorielle. N'aurait-il eu pour objet

¹⁶ Avec une certaine réserve le droit de la décolonisation a été reconnu par l'Accord de Nouméa « *Le cheminement vers l'émancipation sera porté à la connaissance de l'ONU* ». La Nouvelle-Calédonie est sur la liste des « Entités non-autonomes » administrée par la France. Les principes juridiques des Nations-Unies sur la décolonisation sont donc susceptibles de s'appliquer au « peuple kanak ».

¹⁷ Le texte évoque « *la dépendance coloniale* », « *les ombres de la période coloniale* », « *le choc de la colonisation a constitué un traumatisme durable pour la population d'origine* » « *... le passé a été le temps de la colonisation* ». « *... la colonisation a constitué un traumatisme durable pour la population d'origine. Des clans ont été privés de leur nom en même temps que de leur terre. Une importante colonisation foncière a entraîné des déplacements considérables de population, dans lesquels des clans kanaks ont vu leurs moyens de subsistance réduits et leurs lieux de mémoire perdus. Cette dépossession a conduit à une perte des repères identitaires.* »

¹⁸ Cf. les premiers développements du préambule « *Il convient de faire mémoire de ces moments difficiles, de reconnaître les fautes, de restituer au peuple kanak son identité confisquée, ce qui équivaut pour lui à une reconnaissance de sa souveraineté...* ».

que de purger la question coloniale et le problème constitutionnel du peuple kanak ? La référence à l'autochtonie et aux droits qui y sont attachés n'apparaît jamais dans ce document fondateur. Est-ce à dire que les kanaks ne sont pas un peuple autochtone, alors même qu'ils en rassemblent tous les caractères ?

2. La légalisation organique des institutions kanakes

La loi de 1999 légalise solennellement les institutions coutumières comme le « noyau dur » d'une identité kanake laïcisée. Elle met en place des institutions politiques coutumières de second ordre qui ne permettent pas réellement l'expression de l'autodétermination du peuple kanak.

Les institutions civiles coutumières

La concession faite au peuple kanak d'avoir été injustement colonisé se traduit d'abord par une reconnaissance identitaire qui, dans les accords de Nouméa et dans la loi organique de 1999, se décline sous forme d'*institutions kanakes*. Elles sont une composante de la nouvelle souveraineté néo-calédonienne : des institutions civiles et politiques en sont la formalisation juridique. A y bien regarder pourtant, ce ne sont pas expressément des institutions kanakes : elles sont désormais fondues dans les *institutions coutumières de la Nouvelle-Calédonie*.

C'est sur ce point essentiel que repose une nécessaire approche autochtoniste du droit : de la souveraineté du peuple kanak, il ne reste rien d'autre que la coutume comme expression de son identité dans les institutions néo-calédoniennes¹⁹. C'est bien souligner ici combien la coutume se confond désormais avec la décolonisation bien plus qu'avec le processus d'indépendance et d'autodétermination référendaire pour lesquels le peuple kanak serait désormais fondu dans la population néo-calédonienne²⁰.

A cet égard, la loi de 1999 constitutive du statut juridique de la Nouvelle-Calédonie a accompli une œuvre essentielle²¹. Pourtant, ce n'est pas une institution kanake, mais la Nouvelle-Calédonie qui au 5° de l'article 22 est compétente dans les domaines des « *Statut civil coutumier ; terres coutumières et palabres coutumiers ; limites des aires coutumières ;* » ... ce transfert est clairement contraire aux principes de l'autodétermination d'un peuple autochtone.

Dans de longs développements, le Titre 1 consacré au statut civil coutumier et à la propriété coutumière fait en sorte que, contrairement aux dispositions de l'article 75 de la constitution, le statut coutumier ne soit plus un statut résiduel, ayant vocation à ne plus s'appliquer un jour ; il est une véritable alternative statutaire pour une partie de la population ; ainsi est établie une véritable dualité de l'ordre juridique en droit civil de la famille et des biens²². Bien sûr, cette dualité voudrait être strictement limitée aux affaires « privées » d'une catégorie de personnes²³ ; mais 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... dont il est difficile de ne pas voir qu'ils sont des actes juridiques de nature administrative en raison de leur caractère unilatéral.

Enfin la loi définit et rappelle le régime juridique des terres coutumières comme « ... *inaliénables, incessibles, incommutables et insaisissables* ». Une mesure de protection et de collectivisation des terres qui existait depuis 1868, mais qui confirme que les autorités coutumières pourront gérer les usages des terres

¹⁹ Cf. le point 5 du préambule : « *La pleine reconnaissance de l'identité kanak conduit à préciser le statut coutumier et ses liens avec le statut civil des personnes de droit commun, à prévoir la place des structures coutumières dans les institutions, notamment par l'établissement d'un Sénat coutumier, à protéger et valoriser le patrimoine culturel kanak, à mettre en place de nouveaux mécanismes juridiques et financiers pour répondre aux demandes exprimées au titre du lien à la terre, tout en favorisant sa mise en valeur, et à adopter des symboles identitaires exprimant la place essentielle de l'identité kanak du pays dans la communauté de destin acceptée.* »

²⁰ Article 2 de la loi organique : « *Les institutions de la Nouvelle-Calédonie comprennent le congrès, le gouvernement, le sénat coutumier, le conseil économique et social et les conseils coutumiers.* »

²¹ Il s'agit de légaliser le point 1 du document d'orientation des accords de Nouméa, comprenant le statut civil particulier, le droit et les structures coutumières, le patrimoine culturel, la terre, les symboles.

²² A preuve de la vivacité du statut coutumier l'arrêt Saito de la Cour d'appel de Nouméa du 29 Septembre 2011 (RG 11/00046) accordant au requérant « *une action en revendication de statut coutumier* » et lui délivre celui-ci : « *au regard du comportement social du requérant, le principe du respect dû à la vie privée, posé par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, justifie de faire droit à cette demande* »

²³ L'article 19 de la loi organique paraît inflexible à cet égard : « *La juridiction civile de droit commun est seule compétente pour connaître des litiges et requêtes relatifs au statut civil coutumier ou aux terres coutumières* »

sans que nul ne puisse en disposer. Ce statut confirme la constitution de structures de gestion collectives : il soulève également la perplexité de nos systèmes de droit sur leurs régimes de responsabilité et de garantie. Ici encore nous sommes bien dans le dualisme juridique. Par ailleurs la constitutionnalisation de ce régime épuise-t-elle la revendication des terres spoliées au 19^{ème} siècle dont il est dit expressément qu'elles ont été injustement confisquées ? Aucune disposition opérationnelle n'a été prise à cet égard et la question d'une restitution partielle ou indemnitaire n'est pas directement évoquée.

Les hésitations relatives aux institutions politiques et administratives coutumières

Le second apport fondamental de la loi de 1999 est la mise en place des institutions politiques coutumières de la Nouvelle-Calédonie²⁴. Se substituant au Conseil consultatif coutumier, le Sénat coutumier représente les huit aires coutumières avec seize sénateurs désignés pour 5 ans par les Conseils coutumiers selon des modalités propres à chacun²⁵. Son rôle purement consultatif pour les affaires coutumières et les signes identitaires kanaks ne le consacre pas comme une instance parlementaire ou législative. Comme nous le verrons infra son activité et sa présence dans de nombreuses instances n'ont pas réussi à lui conférer une légitimité institutionnelle.

Trois articles de la loi organique (149/152) sont ensuite consacrés aux conseils coutumiers qui sont « institués dans chaque aire coutumière ». Ici encore, à l'exception de la nomination des Sénateurs qui sont une véritable délibération décisionnelle des conseils, ceux-ci n'émettent que des avis sans aucun pouvoir délibérant autre que de répondre aux sollicitations des autorités administratives de l'Etat, des Provinces, du Pays et des parties à un palabre.

Les assesseurs coutumiers qui depuis 1982 assistent le magistrat de l'Etat saisi en première instance ou en appel des affaires coutumières, sont confirmés dans leurs missions de chambre coutumières et celles-ci dans le cadre des juridictions étatiques ont progressivement élaboré une vraie jurisprudence coutumière. Par contre l'idée d'un Tribunal de droit coutumier mélanésien statuant en premier recours pour les affaires intéressant la coutume sur le modèle du conseil des anciens n'a pas été retenue telle qu'elle fonctionne aux îles loyauté et recommandée par certains indépendantistes²⁶.

Ainsi malgré les progrès du texte, les institutions coutumières apparaissent strictement liées au statut civil coutumier, le champ politique et administratif étant exclusivement réservé aux instances de Nouvelle-Calédonie ; celle-ci d'ailleurs a vocation à administrer les affaires coutumières et de légiférer sur elles, en réglant le fonctionnement des institutions coutumières kanakes. C'est pourquoi une *administration de la coutume* sous l'autorité du Gouvernement de Nouvelle-Calédonie s'est mise en place. Les lois de pays légalisent les « actes coutumiers²⁷ » et mettent en place des « Officiers Publics coutumiers » des fonctionnaires de Nouvelle-Calédonie qui exercent des fonctions de syndic des affaires coutumières et d'huissier de justice.²⁸

II Les perspectives autochtonistes des institutions de Nouvelle-Calédonie

La loi organique a donc substitué à l'autodétermination du peuple autochtone kanak, l'autodétermination de la population néo-calédonienne dans la cadre d'un destin commun. Ce tour de passe-passe a l'avantage de pacifier le territoire mais il présente l'inconvénient de ne pas purger la question coloniale. Cette situation apparaît dans le texte qui ne fait nulle part référence à l'idée d'autochtonie ou d'autodétermination du peuple kanak. Pourtant, la voie d'une reconnaissance d'un peuple autochtone et de ses droits à l'autodétermination n'est pas fermée si nous observons les capacités du droit républicain à s'y adapter.

²⁴ Cf. Chapitre IV : Le sénat coutumier et les conseils coutumiers Section 1 : Le sénat coutumier. Article 137 à 148, section 2 les conseils coutumiers, articles 149 à 152.

²⁵ Selon les engagements des accords de Nouméa au point 1.2.5. « *Le Conseil coutumier de la Nouvelle-Calédonie deviendra un « Sénat coutumier », composé de seize membres (deux par aire coutumière), obligatoirement consulté sur les sujets intéressant l'identité kanak.* »

²⁶ Cf. Guy Agniel op. cit. p. 82

²⁷ Loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers

²⁸ Délibération n° 339 du 13 décembre 2007 portant statut particulier du corps des officiers publics coutumiers de la Nouvelle-Calédonie.

A. Les limites à l'autodétermination de la loi organique

La loi organique prise en application des accords de Nouméa définit trois ordres juridiques en poupées russes :

- l'ordre juridique républicain étatique dans lequel sont englobés les autres niveaux ;
- l'ordre juridique calédonien qui est créé par les nouvelles institutions comme une composante particulière du droit étatique mais ayant vocation à l'émancipation par le processus d'indépendance ;
- l'ordre juridique autochtone Kanak qui est reconnu par la constitution en tant que coutume identitaire du peuple kanak mais qui s'intègre désormais dans le droit et les institutions néo-calédoniennes.

Cette infériorisation du droit coutumier ne répond pas aux exigences des principes d'autodétermination des peuples autochtones par lesquels les autochtones déterminent librement leur statut politique et s'administrent librement avec leurs propres moyens.²⁹ La négation des entités kanakes politiques et administratives se fonde sur le refus de reconnaître l'existence d'un droit public autochtone.

1. La négation d'entités politiques kanakes

La place indigne du Sénat et des conseils dans les institutions politiques de la Nouvelle-Calédonie indique que les accords de Nouméa n'entendent constituer aucune institution politique kanake au vrai sens du terme. Contrairement à ce que son nom indique, le Sénat coutumier est radicalement séparé du Congrès et on ne peut pas dire qu'il exerce actuellement une véritable fonction parlementaire ou législative. Le Sénat est une institution de second ordre qui ne satisfait en rien les principes de l'autochtonie. Dans le processus législatif tout d'abord, malgré le chantournement des modalités de consultation par le congrès, le Sénat n'a aucun pouvoir de définir *effectivement* les modalités des lois de pays relatives aux « ... *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 ...* »³⁰. Il n'a en définitive qu'un statut d'expert, dont les avis sont systématiquement écartés. Outre son impuissance législative, le Sénat ne délibère de rien, il ne peut prendre aucun acte qui ne soit formalisé par le Haut-Commissaire ou le Gouvernement. Ses très faibles moyens de fonctionnement dépendent du Congrès et il n'en est même pas ordonnateur principal, ses personnels sont en nombre dérisoire et son expertise interne est quasi nulle³¹. Le Sénat ne dispose ni de site internet propre (il apparaît sur une courte page du Gouvernement), ni de questure, ni de moyens de documentation ou d'intervention. Ses avis n'ont pratiquement jamais été suivi par le Gouvernement ou le Congrès : ces recommandations et avis ne sont d'ailleurs ni répertoriés, ni publiés au journal officiel. Ils pourraient être mis au secret ou à la corbeille comme un rapport de consultant ! Autant dire le caractère fallacieux et pathétique du nom donné à cet organe systématiquement humilié par les institutions politiques de Nouvelle-Calédonie pour ses avis et recommandations.

Le statut infériorisé et mis sous tutelle des conseils coutumier qui ne sont reconnus ni comme des véritables juridictions, ni comme des autorités administratives reproduisent cette impression d'institutions de second ordre. Les mêmes processus humiliants qui apparaissent à travers le régime indemnitaire, la fixation des modalités d'élection et de fonctionnement par le Congrès, font apparaître la volonté néo-calédonienne de marginaliser les institutions autochtones.

Ainsi pouvons-nous observer, *hic et nunc*, un Congrès dans lequel les kanaks sont minoritaires, légiférant sur le droit coutumier et les institutions kanaks sans que le peuple kanak n'y puisse opposer de veto. Aucun mécanisme juridique n'empêche que le congrès de Nouvelle Calédonie ne dévitalise la coutume par des lois de pays adoptées contre la minorité kanake du congrès. En cela, les dispositions de la loi organique ne respectent pas le principe d'autodétermination d'un droit autochtone.

²⁹ Articles 3 et 4 de la déclaration des Nations-Unies **Article 3**

Les peuples autochtones « *ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.* » et « *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.* »

³⁰ Article 142 alinéa 1 de la loi organique

³¹ Cf. Les articles 146 et 147 de la loi organique qui font du congrès de Nouvelle-Calédonie l'autorité de tutelle financière et administrative du Sénat. Les élus du Congrès « n'acceptent pas que le Sénat coutumier devienne une institution » Cf. Conférence UNC sur « *10 ans d'existence du Sénat coutumier* » 20 août 2009.

2. La négation d'un droit public autochtone obstacle à l'autodétermination

L'infirmité du droit autochtone des kanaks peut s'illustrer ensuite par la négation d'un droit public autochtone, infirmité à travers laquelle apparaît clairement la limite de la reconnaissance du peuple kanak. Il s'y manifeste la volonté de réduire l'identité kanake et la coutume aux seules relations de droit privé, n'englobant que le statut de la famille, de certaines catégories d'obligations et de certaines terres. Les anthropologues objecteront que la coutume n'est ni de droit public ni de droit privé, qu'elle est la coutume et que les catégories juridiques lui sont indifférentes. Certes, mais la rédaction de la loi organique et en particulier celle de l'article 19 catégorise clairement et strictement la coutume dans la sphère privée : elle est ainsi laïcisée comme s'il s'agissait d'une religion et donc tenue strictement hors de la vie publique.

C'est dans ce cadre que la question du droit pénal coutumier pose d'abord problème. De nombreux conflits entre les deux ordres juridiques ont éclaté à propos des sanctions coutumières considérées comme illégales et contraires à la dignité des personnes ou au contraire des décisions de réconciliations qui n'éteignaient pas les poursuites pénales républicaines³². Peut-on imaginer un système juridique qui ne soit assorti de sanctions ? Si le statut civil coutumier est dans l'ordre juridique républicain, il appartient à l'Etat républicain d'en assurer l'application. Si cet ordre juridique est en dehors de la République, survivance d'une société précoloniale, il faut lui reconnaître son propre système de sanction pour en assurer l'effectivité : la conception autochtone du droit suit cette seconde hypothèse.

La loi du pays du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers est un autre exemple qui signale jusqu'à l'absurde la volonté farouche de dénier toute nature administrative aux instances kanakes. La délibération des autorités coutumières est qualifiée d'acte conventionnel (!) lui déniait tout caractère d'acte unilatéral alors même que l'instance est qualifiée d'autorité coutumière³³. C'est une disposition qui soulève d'ailleurs plus de questions juridiques qu'il n'y paraît car les personnes parties aux palabres sont considérées comme ayant participé à une convention pour le compte d'autrui, à savoir les membres de leur famille, de leur clan ou leur tribu. La loi de pays leur confisque également le statut de juridiction qui aurait pu leur donner quelques lustres et un minimum de puissance publique. Cette rédaction quelque peu scélérate marginalise les institutions kanakes dans une catégorie indigne.

En droit public et administratif républicain pourtant, d'innombrables organisations corporatives ou associatives, indifféremment considérées comme publiques ou privées, sont reconnues comme légitimes à assurer leur discipline interne en infligeant des sanctions à leurs membres et en réglant leur domaine de compétence, voire et prenant des décisions unilatérales. Le régime de ces règles et de leur discipline relève souvent du droit public, et le droit public reconnaît donc à des groupes, à des entités collectives, des droits unilatéraux, des régimes exorbitants, des pouvoirs juridictionnels³⁴. Ainsi est contesté que les actes coutumiers soient des actes administratifs ou que les instances coutumières soient de véritables autorités administratives ou juridictionnelles. Dans un même sens la tribu et le clan, les conseils coutumiers n'ont pas de contenu administratif, les aires coutumières ne sont ni des collectivités, ni de véritables circonscriptions politiques ou administratives. Elles ne sont que l'espace sur lequel se définit l'appartenance à une « entité coutumière » dont on conteste qu'elle puisse être officielle. Nos analyses relèvent qu'aucune institution créée par la loi de 1999 ou par les lois de pays subséquentes ne donne au peuple kanak de véritable circonscriptions ou collectivités leur permettant d'exercer leur autodétermination. Toutes les institutions en relation avec la coutume s'emploient au contraire à les mettre sous tutelle soit de l'Etat soit de la Nouvelle-Calédonie : tribunaux coutumiers sous l'autorité d'un magistrat de l'Etat, administration des affaires coutumières relevant du Gouvernement de Nouvelle-Calédonie, Sénat fonctionnant sous la tutelle du

³² Cas d'une habitation sur terre coutumière, détruite sur ordre du conseil coutumier pour sanctionner une famille n'ayant pas obéi à des décisions coutumières. La destruction du bien a fait l'objet d'une plainte et les personnes responsables de la destruction ont été poursuivies sur la base du droit pénal français. Cas de viols ayant fait l'objet de réconciliations mais poursuivis dans l'ordre juridique de l'Etat...

³³ Un bel exemple de la négation institutionnelle des organes coutumiers, la qualification contestée jusqu'à l'absurde par Madame le Procureur de la République de Nouméa dans le cadre d'une affaire POADJA-WABEALO/PPK et dans laquelle il est soutenu que les autorités coutumières n'auraient pas la qualité d'autorités administratives en Nouvelle-Calédonie : et comme elles ne sont pas non plus considérées comme des autorités juridictionnelles... elles ne sont pas des autorités.

³⁴ Cf. notre ouvrage sur la nature de l'organisation administrative : « *Approche dialectique du droit de l'organisation administrative* » L'Harmattan 2000 et également la théorie de L. Constans sur la notion administrative de « collectivité publique » « *Le dualisme de la notion de personne morale en droit public* »

Congrès et du Gouvernement, administration néo-calédonienne des affaires coutumières exerçant la tutelle sur les conseils coutumiers³⁵.

B. Les voies d'une reconnaissance d'un peuple autochtone en Nouvelle-Calédonie

L'analyse de la situation juridique née de la loi organique et des accords de Nouméa montre que nous sommes encore éloignés d'un droit autochtone tel qu'il est recommandé dans la déclaration des Nations-Unies. Il ne faut cependant pas désespérer car la flexibilité du droit républicain s'illustre dans le forçage constitutionnel et référendaire dont a fait l'objet la question néo-calédonienne. Par ailleurs les ressources du droit républicain de la décentralisation ouvrent des possibilités à l'exercice d'une autodétermination kanake quelle que soit l'issue du scrutin de 2014.

1. Les forçages constitutionnels et référendaires de la question néo-calédonienne

La volonté de régler la question kanake et l'évolution de sa perception par les élites française se mesurent d'abord au traitement référendaire et constitutionnel qui s'est engagé à la suite du drame d'Ouvéa. Michel Rocard eut cette intelligence de faire que les accords de Matignon fussent approuvés sous forme de loi par les Français par le référendum du 6 novembre 1988³⁶. Ce texte avait d'abord pour objet de mettre un terme à ce qui dérivait vers une véritable guerre civile. L'accord de Matignon fut avant tout un moyen de rétablir la paix en engageant le processus d'autodétermination et en réorganisant le territoire³⁷. Un délai de dix ans s'ouvrit pour « laisser le temps au temps » et pour organiser le référendum d'autodétermination. La question de l'autochtonie y restait marginale : les protagonistes étaient obnubilés par la question de l'indépendance.

Ce terme échu, il apparut que l'opération référendaire n'était pas mûre et un nouveau délai de vingt ans s'est ouvert pour organiser ce scrutin et imaginer les institutions futures. Les accords de Nouméa ont été signés le 5 mai 1998 en pleine cohabitation ; comme nous l'avons vu, ils traduisirent une nouvelle étape sur la question autochtone. Les questions politiques et constitutionnelles y étaient nombreuses qui auraient amené le Conseil Constitutionnel à émettre des réserves sur leur contenu. Le Gouvernement et le Parlement ont donc réalisé « un forçage constitutionnel » prévu dans les accords³⁸. Le nouvel article 76 de la Constitution introduisit un processus référendaire pour entériner une négociation conclue entre les deux formations politiques. Avant même qu'il n'ait abouti, l'article 77 prenait acte de son adoption et fixait le cadre de la loi organique qui viendrait constitutionnaliser les nouvelles institutions. Après avis de l'assemblée de Nouvelle-Calédonie, le référendum organisé sur place le 8 novembre a recueilli 72% de OUI. Au printemps 1999, une épaisse loi organique est venue formaliser dans le détail la mise en œuvre proprement dite des accords de Nouméa.

Cette procédure qui sanctionne un transfert de souveraineté a permis de surmonter les obstacles formels qui n'auraient pas manqué d'être soulevés lors d'une adoption législative des institutions issues des négociations³⁹. Cette *constitutionnalisation d'un problème* n'est pas inhabituelle ; ainsi

³⁵ C'est la conséquence logique de l'attribution à la Nouvelle-Calédonie des compétences coutumières à l'article 22 - 5° de la loi organique.

³⁶ La question posée était : « Approuvez-vous le projet de loi soumis au peuple français par le Président de la République et portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998 ? » La mesure fut approuvée à 80 % des suffrages exprimés. La faible participation de 37 % marque le peu d'intérêt de l'opinion sur ce problème en métropole. A l'appel du RPR de s'opposer à cet accord, les votes blancs et nuls représentèrent 12 % des suffrages. Pourtant, toutes choses étant égales par ailleurs, les accords d'Evian sur l'indépendance de l'Algérie ont été adoptés également par référendum en 1962. Michel Rocard s'est donc inspiré de la méthode gaullienne pour traiter d'une question de décolonisation.

³⁷ La division de la Nouvelle-Calédonie en trois provinces aux très larges compétences juridiques distribua à chaque camp un espace administratif comparable au jugement de Salomon. La reprise en main des compétences administratives centrales par le Haut-Commissaire a eu pour effet de faire de l'Etat l'arbitre de l'autodétermination et non plus un partenaire partisan changeant de camp avec les majorités.

³⁸ Point 5 des accords : « Cette solution [négociée] définit pour vingt années l'organisation politique de la Nouvelle-Calédonie et les modalités de son émancipation. **Sa mise en œuvre suppose une loi constitutionnelle que le Gouvernement s'engage à préparer en vue de son adoption au Parlement.** »

³⁹ Le transfert de souveraineté est prévu pour s'effectuer vers 2018 : une l'indépendance existe déjà dans tous les domaines sauf la défense, la sécurité, la justice et la monnaie qui resteraient des compétences de la République

les engagements européens de la France l'ont amenée à réviser la Constitution à de nombreuses reprises pour d'importants abandons de souveraineté. La fréquence des révisions de commodité adoptées par le Parlement réuni en Congrès démontre la facilité à modifier ce cadre et souligne son inadaptation aux enjeux et aux évolutions politiques⁴⁰. Pour ce qui concerne notre sujet, cela démontre qu'en conformité avec nos engagements internationaux, la voie de l'adaptation de la Constitution à la reconnaissance des droits autochtones n'est pas fermée.

2. Les outils d'une doctrine d'autodétermination au sein du droit républicain

S'agissant des instances politiques kanakes, la reconnaissance du Sénat comme une véritable chambre parlementaire apparaît la seule voie d'autodétermination autochtone. La tutelle humiliante et l'incapacité juridique et administrative qui lui sont imposées ne permettent pas de parler d'autodétermination juridique et administrative. C'est en particulier la reconnaissance de sa compétence législative sur les « affaires kanakes » et son autonomie financière et administratives qui donneraient une véritable autodétermination telle que le définit la déclaration des Nations-Unies signée par la France en 2007.

En droit administratif français il eut été également opportun de constituer des « collectivité kanakes » sur le modèle des collectivités territoriales pour donner au peuple kanak des institutions leur permettant d'exercer un « *self government* » dans une sphère de compétence propre : les affaires kanakes. Cela suppose que les kanaks forment une *collectivité politique et administrative*, sur le fondement de leur autochtonie, comme pour les habitants d'une collectivité territoriale. La constitutionnalisation de la décentralisation et du principe de subsidiarité renforce l'idée d'une sphère normative échappant au contrôle de l'administration d'Etat mais contrôlée par le juge sur sa légalité, sa conventionalité et sa constitutionnalité. C'est dans ce cadre qu'une collectivité kanake pourrait cohabiter avec les institutions républicaines. La formule française de la collectivité ne se limite d'ailleurs pas au rattachement à un espace ; il est reconnu que l'appartenance à un groupe par différents liens *forme collectivité* et génère la personnalité morale : chambres de commerce, ordres professionnels, syndicats, associations... Ces collectivités peuvent ainsi déterminer leur propre destin dans le domaine qui leur est reconnu par la loi.⁴¹

Les formules de droit républicain pour se conformer à l'idée d'autodétermination ne manquent donc pas. Il n'est que de rares auteurs pour penser que les règles de droit s'appliquent d'une manière univoque. Si cela était le cas il y aurait incompatibilité entre le droit de l'Etat républicain et un droit kanak jouissant d'une autonomie. L'interprétation de la norme de droit démontre qu'elle est toujours en discussion dans les sociétés et l'importance de la jurisprudence dans la construction et l'évolution du droit est dans sa nature même⁴². Pourtant, le pouvoir du juge est tempéré par sa *surdétermination sociale*, ses représentations qui font qu'il est également l'expression des émotions et aspirations sociétales.⁴³ La perception de la question kanake telle qu'elle a évolué dans l'opinion française et auprès des élites politiques est donc déterminante dans les analyses juridiques qui seront progressivement proposées pour l'application d'un droit kanak en Nouvelle-Calédonie indépendante ou non. L'élaboration d'une doctrine juridique autochtoniste fait partie de cette reconfiguration de l'opinion.

⁴⁰ Il y a eu 24 révisions de la Constitution depuis l'automne 1958. On observe une nette accélération depuis 1992 : 19 réformes se sont succédé entre 1992 et 2008, soit plus d'une révision par an. Contrairement aux principes de l'article 89, ces réformes n'ont pas été adoptées par référendum. La soumission au Congrès qui n'était que l'option secondaire prévue à l'alinéa 3 de l'article 89 est devenue la règle. En 1962, le Général de Gaulle avait ouvert la voie de la révision forcée de la Constitution en utilisant l'article 11 de la Constitution pour valider une réforme selon une procédure inconstitutionnelle. Le recours direct au peuple a « validé » a posteriori cette procédure sur laquelle le Conseil Constitutionnel a refusé de se prononcer

⁴¹ Par exemple *les affaires de la commune* ; pour les collectivités professionnelles ou associatives, c'est le principe de spécialité statutaire qui détermine le domaine d'exercice de l'autonomie. Dans tous les cas c'est la constitution d'un groupe reconnu qui est le fondement de la personnalité morale de la collectivité, contrairement à l'établissement public dont la personnalité juridique est une simple commodité de son commanditaire.

⁴² Cf. la démarche socio-historique de Maurice Hauriou : « *il n'est de droit que jurisprudentiel* » « *il n'y a pas de différence entre droit et histoire du droit* ». Michel Troper explique qu'en définitive la règle est produite par celui qui est chargé de l'interpréter : le juge est le véritable auteur de la règle de droit car il *dit* le droit. C'est une vieille idée que l'on trouve d'abord chez Montesquieu qui présente le juge comme *la bouche de la loi* et chez Maurice Hauriou qui parle du juge comme *l'exécutif de la loi*. (Note sous TC 22 janvier 1921, « Gilly » R. 90, S. 1921. III. p. 41.)

⁴³ Michel Troper concède volontiers que l'interprétation soit surdéterminée par les faits sociaux qui pèsent sur le juge.

Comme le démontre la reconnaissance formelle des accords de Nouméa, les obstacles qu'oppose le droit républicain aux droits des autochtones de Nouvelle-Calédonie sont relatifs. Si nous allons au-delà des rodomontades et des proclamations de grands principes, l'Etat et la République qui s'y incarne ont inventé des aménagements à ce qui pouvait apparaître comme un cadre rigide.⁴⁴ L'histoire de nos institutions fait apparaître une grande adaptabilité de la règle de droit qui lui permet en définitive de dire parfois tout et son contraire.⁴⁵ Le droit n'est pas cette belle pyramide constituée de règles claires et harmonieusement articulées sur des principes limpides et ciselés. Selon certains auteurs c'est un « bazar normatif » fait de rhétoriques, d'empilements opportunistes et de bricolages⁴⁶. En dehors des changements législatifs, la plasticité de la norme juridique ouvre la voie de l'interprétation comme moyen de construire une doctrine par laquelle est concevable la cohabitation de deux systèmes juridiques.

Enfin, la norme de droit est l'assemblage de plusieurs éléments indissociables qui en font à la fois la souplesse, la complexité et la polysémie. Le droit est d'abord ce qui est reconnu comme tel par l'Etat : il se confond alors avec la loi *lato sensu*, c'est à dire avec l'ensemble des règles adoptées et mise en œuvre par l'appareil d'Etat. Le droit se définit alors *par sa forme*, puisque le critère du droit c'est sa validation formelle. Le droit est ensuite un ensemble de valeurs, c'est-à-dire une conception implicite ou explicite du bien et du mal : c'est donc *par son contenu* que le droit est concevable, en relation avec ce que la société considère comme juste ou injuste. Le droit est enfin comme *une construction socio-historique*, un phénomène comparable à d'autres institutions : la religion, la famille, la communauté, l'ethnie... *Son mode de production* le légitime en termes d'acceptabilité sociale.

Si l'on rapporte ces différentes approches à notre problématique, la construction d'un droit autochtone kanak doit intégrer ces trois architectures : forme, contenu, mode de production.

Une *architecture formelle* doit autoriser le droit kanak à cohabiter avec le droit républicain : il s'agit donc de valider un droit autochtone au sein même des institutions étatiques. Nous avons montré que la République savait changer sa Constitution en fonction des circonstances et que, disposant désormais d'une foule de normes contradictoires, les juges ont le loisir par l'interprétation de retourner les arguments juridiques comme les doigts d'un gant.

Une *architecture morale* par laquelle le système de droit kanak est fondé sur un ensemble de valeurs. Celles des sociétés autochtones ne paraissent pas toujours compatibles avec les valeurs des Etats modernes... bien que des débats sur le bien, le mal et le juste agitent en permanence la société internationale et les opinions. Nous dirons ici que les valeurs kanakes doivent désormais se conformer grossièrement aux règles internationales sur les droits humains. L'expérience montre également que les systèmes de droit sont des assemblages de valeurs contradictoires et que dans ces conditions les valeurs des sociétés kanakes peuvent s'assembler avec celle portées par la modernité.

Une *architecture sociétale* qui permette l'acceptabilité politique d'un droit à deux vitesses, assis sur les contextes sociopolitiques et la reconnaissance sociale des règles autochtones. A cet égard la perception négative qui a entouré les mœurs du peuple kanak a profondément évolué au niveau national et international. Le débat s'est enrichi désormais du relativisme du progrès et des civilisations. Il amplifie la prise de conscience des souffrances imposées aux peuples autochtones qui leur ouvre une créance sur leurs colonisateurs qui furent souvent leurs bourreaux et leurs maîtres. La voie d'une acceptation de l'autodétermination du peuple kanak n'est donc pas aussi fermée qu'elle le fut dans les années soixante-et-dix.

Conclusion

Les kanaks n'entendent pas figer leur société dans des règles établies avant la colonisation, ils ne contestent pas la suprématie juridique de l'Etat et la pertinence des valeurs soutenues par les droits fondamentaux. Ils

⁴⁴ C'est ainsi qu'ont pu être conciliées les normes souverainistes de l'Etat avec les principes du droit international et de l'Union Européenne. Ce que Mireille Delmas-Marty appelle « *Les forces imaginantes du droit* » Cf. Tome 1, « *Le relatif et l'universel* » « La couleur des idées » Seuil 2004. Elle souligne combien la technique juridique est nécessaire à l'articulation de valeurs contradictoires.

⁴⁵ Cf. le doyen Jean Carbonnier qui parle de « flexible droit » dans l'analyse faite des revirements incessants de jurisprudence « *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur* » LGDJ 10^{ième} éd. 2001.

⁴⁶ « L'expérience de tous les jours montre que le droit, comme la girouette, est un mécanisme rigide qui indique des directions successives selon les forces qui s'exercent sur lui à un moment donné. » Louis Constans « Paradoxes » PUP Perpignan 1999. p. 28

veulent simplement que ces évolutions nécessaires viennent de leur propre peuple et de leurs propres institutions. Ils refusent qu'elles puissent être à nouveau imposées de l'extérieur au nom d'une supériorité de civilisation.

Il n'est pas conforme aux principes de l'autochtonie qu'agisse en leur nom un Congrès dont chaque député, quelle que soit son origine, représente la population néo-calédonienne et non le peuple kanak. Tel est le sens profond de la notion d'autodétermination du peuple autochtone de Nouvelle-Calédonie. La démarche autochtoniste permet de souligner que malgré les progrès incontestables des accords de Matignon et de Nouméa, la question coloniale n'est pas encore résolue. Elle rappelle que le référendum d'autodétermination sur l'indépendance n'est pas directement en relation avec la décolonisation du peuple kanak. Celui-ci doit exercer son autodétermination au sein même de la société néo-calédonienne, indépendante ou non de la France, en disposant d'institutions et d'un droit autochtone dont il soit le maître. Rien dans les principes de la République, ni dans la technique du droit constitutionnel ou administratif ne s'y oppose réellement comme nous avons essayé de le rappeler ici.