

« ON A OUBLIÉ LES PROMESSES PREMIÈRES »* : LES DROITS DES KANAK SUR LA TERRE ANCESTRALE

Ghislain Otis*,

Université d'Ottawa, Chaire de recherche du Canada sur la diversité juridique et les peuples autochtones

Pour citer cet article : G. Otis, « “On a oublié les promesses premières” : les droits des Kanak sur la terre ancestrale », in G. Giraudeau (dir.), *Les enjeux territoriaux du Pacifique*, PUNC, à paraître en 2020.

Les travaux sur les droits fonciers des Kanak laissent transparaître l'idée d'une certaine exceptionnalité calédonienne dans l'univers de la colonisation de peuplement des territoires d'outremer. On perçoit non seulement une tendance à la dépréciation du modèle français face à une culture de *common law* tenue pour plus protectrice des autochtones¹, mais aussi un certain fatalisme juridique quant à l'effet de la colonisation sur les droits ancestraux des Kanak. La formule d'un auteur selon qui « les rapports de force ont tranché »² traduit assez bien un certain courant de pensée selon lequel le titre foncier ancestral des clans à l'extérieur des réserves aurait été balayé par les vents de l'histoire ou ne subsisterait, selon un point de vue exprimé plus récemment, qu'en tant que droit moral ou incorporel dès lors que les Kanak ont été dépossédés de la jouissance matérielle de la terre³.

Cette étude propose de revisiter le droit colonial français appliqué en Nouvelle-Calédonie afin notamment de faire ressortir non pas la singularité du modèle calédonien mais plutôt sa proche parenté avec l'expérience des colonies de peuplement anglo-saxonnes et leur système juridique.

* Propos du général de brigade A. de Trentinian dans son rapport sur les causes de l'insurrection canaque en 1878 reproduits dans Joël Dauphiné, *Les spoliations foncières en Nouvelle-Calédonie: 1853-1913*, Paris, L'Harmattan, 1989, p. 120.

• Cet article est le fruit de travaux ayant bénéficié du soutien financier du Programme des chaires de recherche du Canada et du Conseil de recherche en sciences humaines du Canada. La version originale de ce chapitre a été publiée dans la Revue de recherche juridique : 2018, RRJ-3 1353-1398.

¹ Voir en particulier R. Lafargue, *La coutume face à son destin: réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, coll Dr soc, Paris, LGDJ, 2010, pp 217-248 [Lafargue, *La coutume face à son destin*].

² I. Merle, « La construction d'un droit foncier colonial. De la propriété collective à la constitution des réserves en Nouvelle-Calédonie », (1999) 7 Enquête 1, à la p. 19.

³ Après avoir initialement soutenu la thèse de l'extinction des droits ancestraux par les instruments coloniaux, Lafargue nuancera plus tard ce point de vue en affirmant que le lien immatériel et moral à la terre ancestrale n'a pas été éteint par la colonisation même lorsque les Kanak ont perdu la possession physique de la terre. C'est selon lui ce lien à la terre qui fonde une demande de restitution auprès de l'Agence pour le développement rural et l'aménagement foncier (ADRAF). Voir R. Lafargue, « Terres de mémoires : les terres coutumières, une question d'identité et d'obligation fiduciaires » dans E. Cornut et P. Deumier (dir.), *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, Nouméa, Presses universitaires de Nouvelle-Calédonie, 2018, pp. 104-120 [Lafargue, « Terres de mémoires »].

Notre analyse nous amène à développer l'hypothèse, que nous jugeons sérieuse et solide, voulant que les droits de premier occupant des Kanak aient survécu à ce jour en droit positif français sur certaines terres situées à l'extérieur des réserves, que ces terres soient privées ou domaniales. Ces droits imprescriptibles, jouissant aujourd'hui d'une protection constitutionnelle et européenne, pourraient être revendiqués en justice plutôt que dans le cadre des travaux de l'Agence pour le développement rural et l'aménagement foncier (ADRAF).

Ainsi, alors que l'orthodoxie veut qu'il y ait, aux termes de l'article 6 de la Loi organique de 1999, trois catégories de propriétés en Nouvelle-Calédonie -les terres domaniales, les terres privées et les terres coutumières- cette étude montre que, dans la mesure où la loi omet d'inclure dans le domaine foncier kanak les terres hors réserve grevées de droits ancestraux⁴, cette typologie est sans doute incomplète. Nous avancerons en effet qu'il faudra ajouter au tableau une nouvelle catégorie de terres jusqu'à maintenant « innommée » mais dont le régime rejoint pour l'essentiel celui des terres dites coutumières. Sans doute conviendrait-il de les appeler les « terres ancestrales Kanak ».

Ne traitant que le problème foncier, cette étude n'aborde pas l'importante question des droits ancestraux autochtones sur les espaces et les ressources marins.

I. LA « DECOUVERTE » ET LA RECONNAISSANCE DES DROITS ANCESTRAUX DES KANAK

Une lecture attentive de l'ensemble des instruments coloniaux successifs montre que, en dépit des pratiques administratives souvent changeantes voire arbitraires, l'expression la plus constante du droit français concernant le foncier autochtone est que, depuis la déclaration de Du Bouzet de 1855, il est reconnu aux Kanak des droits d'occupation et d'usage des terres qu'ils occupaient au moment de la prise de possession. Ces droits sont réputés originaires ou préexistants en ce que le lien juridique entre les autochtones et la terre est tenu pour antérieur à la prise de possession.

Ainsi, au nom de la France, le gouverneur Du Bouzet déclare en 1855 agir « conformément aux principes du droit international » et se revendique des règles applicables lorsqu'une « puissance maritime se rend souveraine d'une terre non encore occupée par une nation civilisée et possédée seulement par des tribus sauvages ». Il prend acte du fait que les Mélanésien sont les occupants originaires du pays qui est « occupé par eux en commun ou comme propriété particulière ». Décrétant que « les chefs et les indigènes... n'ont jamais eu ni ne peuvent avoir le droit de disposer en tout ou en partie du sol », et frappant de nullité les ventes ou cessions antérieures de terre à des particuliers par les autochtones, la déclaration énonce que :

⁴ L'article 18 de la *Loi organique no 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie*, JO, 21 mars 1999, n°68, [Loi organique] énonce que « Les terres coutumières sont constituées des réserves, des terres attribuées aux groupements de droit particulier local et des terres qui ont été ou sont attribuées par les collectivités territoriales ou les établissements publics fonciers, pour répondre aux demandes exprimées au titre du lien à la terre. Elles incluent les immeubles domaniaux cédés aux propriétaires coutumiers ». Tel qu'il sera expliqué plus loin dans cette étude, l'article 18 ne vise pas à éteindre des droits ancestraux Kanak sur des terres autres que celles qu'il mentionne.

« Le Gouvernement se réserve exclusivement le droit d'acheter les terres occupées par les indigènes et la propriété, comme domaines domaniaux de toutes les terres non occupées ainsi que les forêts, bois de construction, mines de toutes espèces qu'elles renferment. Lui seul pourra en faire la concession aux colons qui viendront s'établir. »

L'État ne peut « acheter » les terres aux autochtones, et ces derniers ne peuvent les « vendre » que s'ils en sont déjà les possesseurs légitimes à toute fin que de droit. Ce que reconnaît donc Du Bouzet au nom de l'empereur français.

La déclaration de Du Bouzet donne ainsi à voir une application assez classique de la théorie de la découverte qui octroie à la puissance coloniale non seulement la souveraineté sur les terres « découvertes » mais qui reconnaît en même temps les droits de premier occupant des peuples autochtones. Le monopole étatique à l'égard de toute transaction relative aux terres autochtones, -donc leur inaliénabilité aux particuliers- énoncé dans le texte de Du Bouzet est le corollaire de l'affirmation de souveraineté qui confère à l'État un droit de préemption sur toutes les terres autochtones, ce qui lui assure par ailleurs la mainmise sur les opérations foncières nécessaires à la colonisation⁵. En conséquence, un non-autochtone ne peut acquérir de droit sur la terre que par une concession de l'État, d'où le principe affirmé par Du Bouzet « de ne reconnaître d'autres titres de propriété du sol de la Nouvelle-Calédonie et dépendances que ceux qui émaneront du gouvernement de sa Majesté ».

L'incommutabilité des droits ancestraux Kanak en droit étatique découle en outre du fait que les droits de premier occupant sont consubstantiels à l'autochtonité et ont donc pour pierre angulaire l'exclusivité autochtone c'est-à-dire le fait qu'ils soient admis par l'État en faveur des seuls autochtones *parce qu'ils* sont autochtones. Une entité ou un individu non autochtone ne peut tout simplement pas prétendre posséder ou acquérir un droit ancestral. Il reste toutefois loisible aux Kanak de renoncer à leurs droits au profit de l'État qui pourra alors ouvrir les terres à la colonisation. Les droits reconnus aux Mélanésien(ne)s de la Nouvelle-Calédonie sont donc forcément limités par le droit étatique et tributaires de la logique coloniale inhérente au régime juridique de la découverte. Ils sont néanmoins admis et opposables dans l'ordre juridique colonial.

Ces éléments classiques du régime juridique de la découverte formellement reçus en 1855 dans le droit colonial français applicable en Nouvelle-Calédonie avaient déjà été exposés en 1823 dans un célèbre arrêt de la Cour suprême des États-Unis. Le juge Marshall y écrit ce qui suit :

« ... par la découverte, le titre était dévolu au gouvernement dont les sujets avaient fait la découverte ou sous l'autorité duquel la découverte était faite, et ce, vis-à-vis de tous les autres gouvernements européens, ce titre pouvant être rendu parfait par la possession.

⁵ Lafargue semble expliquer l'inaliénabilité par la dimension immatérielle de la terre dans l'univers coutumier, voir Lafargue, « Terres de mémoires » *supra* note 3 à la p 116. Il reste que la doctrine de la découverte donne un fondement de droit colonial à cet attribut des droits ancestraux et non de droit coutumier autochtone. De fait, l'inaliénabilité n'est nullement absolue en droit colonial puisque ce dernier prescrit qu'un peuple autochtone doit, pour faciliter la colonisation, pouvoir abandonner ses droits au profit de l'État, Cette faculté d'abandon n'a rien à voir avec quelque régime de propriété originelle, elle s'impose en vertu droit colonial.

L'exclusion de tous les autres pays européens conférait nécessairement à la nation qui faisait la découverte le droit exclusif d'acquérir les terres des aborigènes et d'établir des colonies...

Les relations qui devaient exister entre découvreur et aborigènes devaient se régler entre eux. Les droits ainsi acquis étant exclusifs, aucun autre pouvoir ne pouvait s'interposer. Dans l'établissement de ces relations, on n'a, en aucun cas, entièrement omis de tenir compte des droits des aborigènes; mais ces droits se sont trouvés nécessairement restreints dans une large mesure. On reconnaissait que les aborigènes étaient les occupants de plein droit des terres, et pouvaient juridiquement et légitimement demeurer en possession de celles-ci, et les utiliser à leur gré; mais leurs droits à la souveraineté complète, en leur qualité de nations indépendantes, ont été nécessairement diminués, et leur pouvoir de disposer des terres en faveur de n'importe qui a été nié en vertu du principe initial de base selon lequel la découverte conférait à ceux qui l'avait faite un titre exclusif. »⁶

Sur le plan juridique la déclaration Du Bouzet est pour l'essentiel l'équivalent de la *Proclamation royale de 1763*⁷ qui, tout en affirmant la souveraineté de la Couronne britannique sur les autochtones et leurs terres en Amérique du Nord, reconnaît les droits de premier occupant des « *Nations or Tribes of Indians* » dans les colonies britanniques. Par-delà certains particularismes propres à chaque colonie anglo-saxonne⁸, la doctrine de la découverte exprimée dans la Proclamation royale reflète la *common law* coloniale qui a donné lieu à l'émergence du « *aboriginal title* » (ou « *native title* ») aux États-Unis⁹ et au Canada,¹⁰ ce dernier lui ayant récemment conféré une protection constitutionnelle¹¹. De même, la haute juridiction australienne a, dans l'affaire *Mabo v Queensland* (no.2), confirmé tardivement l'application en Australie des principes de la découverte et donc la reconnaissance de principe des droits ancestraux des aborigènes sur leurs terres traditionnelles¹². En Nouvelle-Zélande, la Couronne britannique a voulu faire confirmer ses prétentions et les droits autochtones dans le Traité de

⁶ *Johnson v McIntosh*, 8 Wheaton (1823) 543. Traduction française tirée des motifs de la Cour suprême du Canada dans *Calder c Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] RCS 313 aux pp 381-382 [Calder]. Voir aussi *Worcester v State of Georgia*, (1832), 31 US 530.

⁷ *Proclamation royale* (1763), reproduite dans LRC 1985, app. II, n° 1.

⁸ Notons par exemple qu'aux États-Unis, la Cour suprême a statué que les autochtones ne conservent pas seulement des droits fonciers mais aussi leur « souveraineté » interne sur leurs terres traditionnelles, laquelle est cependant sujette au pouvoir prééminent du Congrès de la restreindre voire l'éteindre. La jurisprudence canadienne, australienne et néo-zélandaise n'a pas à ce jour reconnu cette doctrine de la « tribal sovereignty ». Pour une étude de la doctrine de la découverte appliquée dans les colonies anglo-saxonnes, voir notamment R. Miller et al. *Discovering Indigenous Lands: The Doctrine of Discovery in the English Colonies*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

⁹ Voir *Johnson v McIntosh*, *supra* note 6.

¹⁰ Voir *Calder*, *supra* note 6; *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, [1997] 3 RCS 1010 [Delgamuukw]; *R. c Marshall*; *R. c Bernard*, [2005] 2 RCS 220; *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, [2014] 2 RCS 256 [Nation Tsilhqot'in].

¹¹ Voir la *Loi constitutionnelle de 1982*, art 35, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11, qui reconnaît et confirme les droits ancestraux existants des peuples autochtones du Canada. La Cour suprême a reconnu la valeur supra-législative de cette reconnaissance. Voir *R. c Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075 aux pp 1101-1111 [Sparrow].

¹² [1992] 175 CLR 1 [Mabo].

Waitangi de 1840 qui, selon une jurisprudence remontant à 1847, n'a rien ajouté à la *common law* découlant du droit de la découverte pour ce qui concerne la reconnaissance des droits de premier occupant des Maoris¹³.

Alors qu'en Nouvelle-Calédonie la Déclaration de Du Bouzet réserve explicitement à l'État les terres non occupées par les Kanak au moment de la prise de possession, et exclut donc *a contrario* du domaine étatique les terres kanak, le droit colonial britannique annexe toutes les terres d'une colonie au domaine de l'État à la faveur de l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté mais reconnaît que ces terres sont grevées *ab initio* des droits des peuples autochtones¹⁴. Les droits fonciers autochtones sont, selon les prescriptions du droit colonial britannique, collectifs¹⁵ et inaliénables¹⁶. Ces droits ne constituent donc pas une propriété plénière du sol et des ressources¹⁷. Ils peuvent être éteints soit par son abandon volontaire au profit de l'État¹⁸ soit par un acte unilatéral de la puissance publique exprimant une intention claire et valide d'y mettre fin¹⁹. Tous ces éléments du régime des droits ancestraux sont décrétés

¹³ Les arrêts de la Cour suprême des États-Unis furent appliqués en Nouvelle-Zélande dès 1847 dans *R v Symonds*, [1847] NZPC 387 aux pp 390, 395 [Symonds], qui fut approuvé par la plus haute juridiction britannique dans *Nireaha v Baker*, [1901] NZPC 371. La High Court a réaffirmé l'existence des droits ancestraux dans sa jurisprudence plus récente, voir notamment *Te Weehi v Regional Fisheries Officer*, [1986] 1 NZLR 680. Voir aussi *Attorney-General v Ngati Apa*, [2003] 3 NZLR 643.

¹⁴ Comme l'écrit Kent McNeil au sujet des anciennes colonies britanniques que sont les États-unis, le Canada, la Nouvelle-Zélande et l'Australie, « *the British Crown claimed that its own acquisition of sovereignty over a territory included underlying title to all the land, and courts have consistently upheld that claim* », voir K. McNeil, « Judicial Treatment of Indigenous Land Rights in the Common Law World » dans Benjamin J Richardson, Shin Imai et Kent McNeil, dir, *Indigenous Peoples and the Law: Comparative and Critical Perspectives*, coll Osgoode readers, Oxford, Hart Publishing, 2009 à la p 259.

¹⁵ *Johnson v McIntosh*, *supra* note 6. Voir aussi *Sparrow*, *supra* note 11 à la p 1112; *Delgamuukw*, *supra* note 10 au para 115; *R c Powley*, (2003) CSC 43 au para 24; *Nation Tsilhqot'in*, *supra* note 10 au para 74. En Australie, les droits sont collectifs puisqu'ils découlent du lien qu'un groupe entretient avec sa terre ancestrale, voir R.H. Bartlett, *Native Title in Australia*, 3^e éd, LexisNexis Butterworths, Australie, 2015 aux pp 162-163, 194-198.

¹⁶ Voir McNeil, *supra* note 14 à la p 267. La Proclamation royale déclare ce qui suit : « Nous déclarons de l'avis de notre Conseil privé, qu'il est strictement défendu à qui que ce soit d'acheter des sauvages, des terres qui leur sont réservées dans les parties de nos Colonies, ou Nous avons cru à propos de permettre des établissements ; cependant si quelques-uns des sauvages, un jour ou l'autre, devenaient enclins à se départir desdites terres, elles ne pourront être achetées que pour Nous, en Notre nom, à une réunion publique ou à une assemblée des sauvages qui devra être convoquée à cette fin par le gouverneur ou le commandant en chef de la colonie dans laquelle elles se trouvent situées... ». Cette règle a été systématiquement appliquée par les tribunaux canadiens, voir *Calder*, *supra* note 6; *Guerin c La Reine*, [1984] 2 RCS 335 à la p 381; *Mitchell c Bande Indienne Peguis*, [1990] 2 RCS 85 à la p 133; *Delgamuukw*, *supra* note 10 aux para 128-129; *Nation Tshilqot'in*, *supra* note 10 au para 74. L'article 2 du *Traité de Waitangi* exprime la même règle, ce qui, selon la jurisprudence, ne fait que confirmer la *common law*, voir *Symonds*, *supra* note 13. La High Court australienne a unanimement statué dans *Mabo*, *supra* note 12, que les droits des aborigènes sont inaliénables, voir Bartlett, *ibid* aux pp 339-342, 360-361. Tout comme dans la déclaration de Du Bouzet, l'inaliénabilité, en plus de faire de l'État le maître d'œuvre des opérations foncières, visait à éviter les manœuvres spoliatrices de spéculateurs véreux qui, en suscitant la révolte des autochtones spoliés, auraient pu menacer la sécurité de la colonie.

¹⁷ La Cour suprême a imposé une contrainte additionnelle au titre aborigène par le biais de la « limite intrinsèque », voir *Delgamuukw*, *supra* note 10 aux para 125-132; *Nation Tshilqot'in*, *supra* note 10 aux para 15, 67 et 74. Cette limite empêche le groupe titulaire du titre ancestral d'utiliser ses terres d'une manière qui pourrait mettre fin au lien à la terre pour les générations futures.

¹⁸ McNeil résumé ainsi le droit dans les quatre anciennes colonies britanniques, « In all four jurisdictions... Indigenous land rights can be voluntarily surrendered by means of a treaty or other agreement », *supra* note 14 à la p 277.

¹⁹ Voir notamment *Calder*, *supra* note 6 à la p 404 (juge Hall); *Sparrow*, *supra* note 11 aux pp 1098-1099; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 RCS 723 au para 31 [Gladstone]; *Delgamuukw*, *supra* note 10 au para 180; *United States v*

par le droit de l'État et ne reposent sur aucune référence à un quelconque ordre juridique autochtone préexistant. Le droit de la découverte ne postule donc pas la continuité intégrale d'un système juridique autochtone d'origine précoloniale.

Tout comme la déclaration de Du Bouzet, la *Proclamation royale de 1763* et la *common law* combinent donc la logique de reconnaissance de droits limités et celle de l'extinction programmée, au moins partielle, de ces droits pour faire place à la colonisation de peuplement. Pareille tension ou paradoxe s'avère consubstantiel à ce type de projet colonial.

La déclaration de 1855 aurait, selon des historiens, été bien souvent ignorée par les fonctionnaires dans les années qui l'ont suivie, ce qui donna lieu à nombre de dépossessiones surtout autour de Port-de-France et ailleurs dans le Sud de la Grande-Terre. Des transactions foncières privées auraient été tolérées, des accaparements unilatéraux et des confiscations punitives seraient survenus²⁰. Dauphiné fait état de ventes forcées, de délimitations frauduleuses, de campagnes de harcèlement et d'intimidation destinées à contraindre les occupants coutumiers à abandonner leurs terres qui deviendraient alors « vacantes »²¹. Un auteur écrit que les autorités ont prétendu accroître le domaine de l'État « au mépris des intentions légalistes » ce qui montre « la fragilité des principes juridiques lorsque ceux-ci se confrontent à la réalité des rapports de force »²². Néanmoins, ces manœuvres n'ont pas modifié le cadre juridique supérieur en place et n'ont donc pas nécessairement toutes opéré valablement l'extinction des droits de premier occupant.

D'abord porté à nier purement et simplement les droits fonciers autochtones²³, le gouverneur Guillaud n'en est pas moins amené²⁴, afin de permettre une colonisation plus ordonnée, à réitérer la reconnaissance de ces droits tout en précisant leurs attributs. Dans un premier temps, un arrêté de 1867 reconnaissant l'existence légale des tribus²⁵ rappelle « leur maintien en leur possession des terres occupées par les indigènes si ce n'est par ventes, échanges et transmissions au Gouvernement colonial seul », que « le droit de propriété ainsi défini n'a pas été atteint par aucun des règlements subséquents » et dispose que « les indigènes de la tribu de Pouébo et ceux de toutes les tribus reconnues sont sur des terres qui, en tant qu'occupants par eux à l'époque de notre prise de possession, leur ont été laissés à titre de propriété incommutable ». Il est en outre confirmé aux autochtones « leur droit déjà reconnu à titre de premier occupant ». Il y a

Santa Fe Pacific R. Co., 261 US à la p 229; *Tee-Hit-Ton Indians v United States*, 348 US 272 à la p 279 (1955); *Mabo*, *supra* note 12; *Queensland v Congoo*, [2015] HCA 17. Au Canada, le pouvoir d'extinction unilatérale a été restreint par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 11. Aucune disposition constitutionnelle n'empêche l'État d'éteindre les droits ancestraux aux États-Unis, en Australie et en Nouvelle-Zélande. De fait, des lois récemment adoptées dans ces deux derniers pays avaient pour but explicite d'éteindre unilatéralement certains droits ancestraux. Voir le *Native Title Act* 1993 (Cth) 1993/43 qui régularise certaines dépossessiones antérieures en Australie et le *Foreshore and Seabed Act* (N-Z) 2004/93 qui éteint en Nouvelle-Zélande certains droits ancestraux potentiels des Maoris sur la zone littorale et les fonds marins.

²⁰ Voir notamment J. Dauphiné, *Les spoliations foncières en Nouvelle-Calédonie: 1853-1913*, Paris, L'Harmattan, 1989, pp 22-25.

²¹ *Ibid.*, pp 32-37.

²² Merle, *supra* note 2 à la p 7.

²³ Dauphiné, *supra* note 20 à la p 41.

²⁴ Vraisemblablement à la suite de pressions de la part des autorités métropolitaines, voir Merle, *supra* note 2 à la p 12.

²⁵ Afin de faciliter leur responsabilité collective et les dépossessiones sanctions.

certaines un paradoxe à voir ce gouverneur désireux de réprimer les résistances Kanak aux pressions foncières recourir à un instrument juridique, la personnalité morale de la tribu, qui vient en même temps confirmer un patrimoine foncier autochtone dans l'ordre étatique. On peut y voir une autre manifestation de la tension entre reconnaissance et dépossession propre à la logique de découverte appliquée aux colonies de peuplement.

Par la suite, en 1868, un arrêté du même Guillain instituant le système des réserves se fonde explicitement sur la déclaration de 1855 dont il affirme simplement vouloir clarifier les effets. Guillain ne prétend nullement abroger les droits ancestraux incommutables et inaliénables reconnus en 1855, et rappelés l'année précédente. De fait, il réitère que les droits fonciers autochtones découlent de l'occupation originaire des terres en prescrivant que ces dernières seront délimitées « sur le territoire dont elle a la jouissance traditionnelle d'après le droit politique entre tribus »²⁶. L'arrêté précise en outre que le domaine foncier autochtone sera « proportionné à la qualité du sol et au nombre des membres composant la tribu » (art.1).

Cette précision ne signifie nullement que le gouvernement est autorisé, aux fins de la délimitation, à prendre des terres traditionnellement occupées sans le consentement de leurs détenteurs coutumiers légitimes. En effet, l'exigence juridique de l'acquisition de gré à gré des terres en place depuis 1855, et réitérée par Guillain lui-même dans le texte de 1867, n'est nulle part mise de côté dans un document qui se veut une application de la Déclaration de Du Bouzet. Par voie de conséquence, dans le cadre de la politique de délimitation instaurée par Guillain, le périmètre des terres kanak ne peut légalement être circonscrit de manière à en exclure des terres occupées par les autochtones sans que ces derniers n'aient dûment renoncé à leurs droits sur ces terres au profit du gouvernement. La tribu est réputée titulaire de la propriété des terres de réserve nouvellement constituées mais l'arrêté reste silencieux sur les conditions et les modalités d'abandon préalable par les Kanak de leurs terres situées à l'extérieur des réserves. On peut donc raisonnablement conclure que cet abandon devra se faire conformément aux règles découlant de la « jouissance traditionnelle d'après le droit politique entre tribus » qui sont le fondement des droits fonciers kanak en droit étatique. Ces règles exigeront que le titulaire coutumier des droits fonciers, ce qui pourrait être le clan, consente à l'abandon de ses droits même si les chefs de tribu seront appelés à jouer un rôle de conciliation entre les clans et d'intermédiaire auprès des représentants de l'État.

En 1871, alors que la délimitation des terres prévue par Guillain ne progresse guère, les autorités coloniales sentent le besoin d'introduire un mécanisme qui permettra l'installation rapide de colons. Un arrêté vient alors autoriser la concession de permis d'occupation avec option de préemption, et ce, sans délimitation préalable des terres autochtones par l'État. Il s'agissait de bonifier le régime des permis provisoires, un expédient administratif déjà en place depuis quelques années mais qui laissait les colons dans les limbes juridiques. Bien qu'il s'attache à assouplir la méthode de règlement des revendications autochtones, cet arrêté ne prétend pas revenir sur l'essentiel des principes réitérés par Guillain. Il contraint en effet les

²⁶ Lafargue a dans un premier temps affirmé que l'arrêté de Guillain est extinctif des droits ancestraux Kanak, voir Lafargue, *La coutume face à son destin*, *supra* note 1 à la p 230. Il a toutefois changé d'avis par la suite estimant qu'il s'agit d'un cantonnement « destiné à libérer des terres pour la colonisation et non d'une extinction totale des droits fonciers préexistants », voir Lafargue, « Terres de mémoires », *supra* note 3 à la p 118.

concessionnaires de permis d'occupation à respecter les droits des Kanak ou à obtenir leur consentement pour leur établissement sur les terres occupées, à charge de convenir avec eux d'une indemnité s'ils acceptent de se déplacer (art. 7). A priori, l'administration semble ouvrir la porte à des transactions purement privées allant en cela à l'encontre du principe de l'inaliénabilité. Mais cette convention privée en soi ne sera pas opposable si elle n'est pas d'une manière ou d'une autre validée par l'État²⁷. Cela est d'ailleurs reconnu en 1872 quand l'administration exige de pouvoir s'assurer au préalable soit que la terre à concéder n'est pas occupée par des autochtones, soit que ceux-ci donnent leur accord à ladite convention²⁸. Le principe du respect des droits des autochtones sur les terres qu'ils occupent est donc maintenu et concilié avec la concession de terres aux colons.

L'arrêté pris par le gouverneur Pritzbuier en 1876 réaffirme la politique de délimitation des terres occupées par les autochtones, cette démarche étant jugée nécessaire à la fois pour sécuriser la tenure autochtone et pour faciliter l'ouverture des terres inoccupées à la colonisation. L'instrument est, du point de vue des fondamentaux de la découverte, dans la continuité de ceux de Guillaïn et de Du Bouzet²⁹. Il énonce certes que les terres délimitées se trouveront « autant que possible sur le territoire dont elle a la jouissance traditionnelle d'après le droit politique entre tribus (art. 1) et que le terrain sera « proportionné à la qualité du sol et au nombre de membres comprenant la tribu ». Ces dispositions laissent entrevoir qu'il pourrait ne pas y avoir de correspondance parfaite entre les limites des terres traditionnellement occupées et celles de la réserve.

Pas plus que l'arrêté de 1868, ce texte ne vient toutefois autoriser l'administration à exclure des réserves des terres traditionnellement occupées sans que les autochtones concernés n'aient volontairement abandonné leurs droits sur toutes les terres hors réserve³⁰. De fait, l'arrêté de Pritzbuier renvoie explicitement dans ses considérants à la déclaration de Du Bouzet qui a consacré le principe de l'achat des terres autochtones³¹. Tout comme dans le texte de 1868, la tribu est consacrée titulaire de la réserve mais aucune règle ne prescrit les conditions et les modalités d'abandon des terres traditionnellement occupées par les autochtones qui se

²⁷ D'ailleurs, un document exposant les motifs de l'arrêté précise que les autorités se réservent le droit d'intervenir dans toute situation que le justifierait : « le gouvernement local déclare que si la Nouvelle-Calédonie est ouverte toute entière aux explorateurs, dans l'intérêt de l'ordre public il se réserve le droit de répondre à qui demanderait un emplacement auquel il saurait les Canaques trop attachés », reproduit dans Dauphiné, *supra* note 20 à la p. 102.

²⁸ *Ibid.* à la p 74.

²⁹ Merle écrit que « l'arrêté du 6 mars 1876 marque un sérieux infléchissement par rapport aux principes acquis sous Guillaïn puisque le terme même de « propriété indigène » disparaît au profit de la simple jouissance accordée aux Kanak sur les territoires qu'on leur reconnaît (art. 9) ». Voir Merle, *supra* note 2 à la p 15. Voir également Dauphiné, *ibid* à la p 86. L'arrêté de Fritzbuier ne mentionne effectivement pas la « propriété indigène » mais il n'en reconnaît pas moins les droits d'occupation et d'usage, donc des droits fonciers véritables, sur les terres dont les autochtones ont la jouissance traditionnelle.

³⁰ Dauphiné mentionne un cas où des autochtones auraient signé un écrit affirmant qu'ils renonçaient à revendiquer des droits en dehors de leur réserve nouvellement délimitée, voir Dauphiné, *supra* note 20 à la p 46.

³¹ Dès les premières lignes de l'exposé officiel des motifs de l'arrêté du 6 mars 1876, les autorités rappelaient et réaffirmaient ce qui suit : « En prenant possession de la Nouvelle-Calédonie, M. du Bouzet, premier gouverneur de la colonie, déclarait au nom de l'Empereur « que le gouvernement se réservait exclusivement le droit d'acheter les terres occupées par les indigènes et la propriété comme domaines domaniaux de toutes les terres non occupées ». Cette distinction établissait en principe, dès le début, le respect de la propriété privée, individuelle ou collective, du peuple conquis... », reproduit dans Dauphiné, *supra* note 20 à la p 113.

trouveront hors réserve, ce qui permet de conclure que la renonciation aux droits devra venir d'abord de leurs titulaires coutumiers légitimes qu'il s'agisse du clan ou de tout autre collectif coutumier. Pritzbuer réitère en effet que la réserve est prise à même les terres autochtones dont la tribu « a la jouissance traditionnelle d'après le droit politique entre tribus » (art. 1). Le chef de tribu devra donc respecter les règles traditionnellement acceptées au sein de la tribu au moment de transiger avec l'État sur la question de l'abandon des droits ancestraux.

De même, la possibilité de revoir les limites d'une réserve prévue à l'article 10 ne signifie nullement qu'une éventuelle réduction de la réserve emportant la fin des droits autochtones peut se faire sans qu'il y ait renonciation libre et éclairée aux terres concernées par les autochtones qui en sont les détenteurs coutumiers. Un auteur semble assimiler la faculté de révision des limites à une autorisation d'exproprier les autochtones sans autre formalité et sans indemnité.³² Or un tel pouvoir exorbitant ne peut être inféré du texte, surtout lorsque les motifs officiels avancés au soutien de ce même texte s'autorisent explicitement du principe posé par Du Bouzet selon lequel le gouvernement achète les terres occupées par les autochtones.

Le rôle central de l'abandon volontaire des droits de premier occupant allait d'ailleurs être réaffirmé quelques années plus tard par le gouverneur Feillet. L'arrêté de 1897 ne remet pas en cause les fondements des droits fonciers autochtones tels qu'ils découlent de la déclaration de Du Bouzet et des arrêtés subséquents. Il se contente d'organiser l'extinction consensuelle de ces droits au profit de la colonisation libre par le biais d'une nouvelle phase intensive de cantonnement. S'il est vrai que le texte de Feillet lève toute ambiguïté sur la finalité du cantonnement en marquant une volonté non équivoque de réduire l'emprise foncière autochtone bien en-deçà des terres traditionnellement occupées, ce qui est une rupture définitive avec l'idée d'une certaine protection des terres occupées exprimée depuis Du Bouzet³³, il n'ensuit pas que le dispositif juridique instauré pour y parvenir passe par la négation pure et simple des droits ancestraux Kanak.

Saussol écrit que le « cantonnement dans la conception de Feillet s'apparentait à une expropriation pour cause d'utilité publique »³⁴. Mais on ne trouve nulle part dans cet instrument l'autorité légale d'exproprier purement et simplement les Kanak par le procédé du cantonnement. Le règlement affirme au contraire que les terrains des autochtones autres que ceux ayant vocation à se trouver en réserve sont « à aliéner » (art.10). L'usage du mot « aliéner » pour décrire l'opération foncière en cause signifie qu'il y a une cession de droits fonciers préexistants opérée par le groupe autochtone en faveur de l'État. L'article 10 mentionne en outre explicitement « le consentement de la tribu à la conclusion du contrat ». De même, l'article 11 parle d'un « accord intervenu » entre la commission et « la tribu déplacée ou réduite, représentée par son chef ». Le règlement montre bien que le droit colonial n'a pas abandonné la règle fondatrice voulant que les terres occupées aient vocation à être acquises de

³² Dauphiné, *supra* note 20 à la p 86.

³³ Saussol souligne que « C'était l'expression d'une conception nouvelle fondamentalement opposée à l'esprit de la déclaration du 21 janvier 1855, qui avait plus ou moins prévalu jusque-là, dans les limites du droit de révision reconnu par l'arrêté de 1876. ». Voir A. Saussol, *L'héritage, essai sur le problème foncier mélanésien en Nouvelle-Calédonie*, Paris, Société des Océanistes, 1979, p. 283.

³⁴ *Ibid.*, p 286.

gré à gré. Sur le plan fonctionnel, cet instrument est en quelque sorte l'équivalent des dispositions de la *Proclamation royale de 1763* relatives à l'abandon des droits autochtones à la Couronne dans les colonies britanniques de l'Amérique du Nord.

L'arrêté se contente de protéger certains sites traditionnels autochtones d'une importance particulière tels les lieux tabous et les cimetières (art. 4). On a écrit que cette législation locale témoigne d'un « mépris de l'occupation traditionnelle des tribus »³⁵. Mais il faut bien voir que Feillet n'a pas besoin, sur le plan légal, de délimiter de manière exacte les terres traditionnelles car son instrument est la renonciation en bloc aux droits sur les terres occupées autres que celles incluses dans les réserves. C'est un procédé bien connu dans les colonies de peuplement anglo-saxonnes où les ententes avec les chefs autochtones stipulent souvent que le signataire renonce irrévocablement à toute revendication sur les terres situées à l'extérieur du territoire délimité par l'entente, rendant ainsi sans objet le bornage exact de l'ensemble du territoire traditionnellement occupé³⁶. De manière fort logique, il n'est plus question, compte tenu de cette approche, de faire de l'occupation traditionnelle le critère de base de la délimitation des nouvelles réserves. Ainsi, le texte de Feillet prévoit le déplacement et la réinstallation de certains clans et tribus sur d'autres terres que leurs terres traditionnelles en cas de besoin³⁷.

En définitive, ce règlement ne déroge pas fondamentalement sur le plan juridique au régime mis en place par Du Bouzet selon lequel les autochtones sont titulaires de droits sur les terres qu'ils occupaient au moment de la prise de possession, droits auxquels il peuvent renoncer au profit de l'État qui pourra par la suite les concéder aux colons. Le fait même que Feillet fonde l'opération de cantonnement sur le principe de l'aliénation, soit un acte volontaire translatif de propriété³⁸, constitue une réaffirmation de l'existence des droits fonciers autochtones sur les terres traditionnellement occupées qu'elles soient ou non situées sur une réserve préexistante³⁹. Le gouverneur fait de la tribu le titulaire de la réserve et du chef l'interlocuteur de l'État aux fins des transactions requises pour le cantonnement. L'arrêté ne s'immisce toutefois pas dans

³⁵ Merle, *supra* note 2 à la p 16.

³⁶ Par exemple, l'article 2.1 de la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, 19 janvier 1979, en ligne (pdf) : *Gouvernement du Canada* <publications.gc.ca> [perma.publications.gc.ca/pub?id=9.840833&sl=1], stipule que les signataires autochtones renoncent à leurs droits ancestraux sur le territoire défini dans l'entente mais aussi sur l'ensemble du territoire du Québec.

³⁷ L'art. 8 prévoit le transfert des installations et de l'enlèvement des récoltes et l'art. 10 le déplacement des Kanak.

³⁸ Voir G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10e éd, Paris, Presses universitaires de France, 2014, *sub verbo* « aliénation », qui définit l'aliénation comme une « opération par laquelle celui qui aliène transmet volontairement à autrui la propriété d'une chose ».

³⁹ Feillet ne nie pas les droits fonciers des autochtones sur les terres qu'ils occupent. Il propose toutefois de distinguer entre les terres occupées et celles qui ne le sont pas. C'est ce qui ressort de l'extrait suivant de ses écrits dans lequel il justifie les opérations foncières : « ... les qualifier de spoliation c'est commettre une confusion grave sur un point essentiel, les chefs représentants de leurs tribus avaient sur les terres qu'ils n'occupaient pas un droit de souveraineté ce qui est différent d'un droit de propriété. Or, ce droit de souveraineté a passé à la France avec la prise de Possession ». Reproduit dans Saussol, *supra* note 33 à la p 283. Il faut donc tenir compte de cette distinction entre terres occupées et terres inoccupées lorsque l'on lit cet autre passage des écrits de Feillet : « les Chefs reçoivent une somme d'argent. Cette somme n'est pas le paiement d'une propriété qu'ils nous auraient vendue mais le signe palpable de l'abandon qu'ils nous font de leurs droits de souveraineté dont la France a hérité. C'est ainsi que les choses se passent en principe ». Reproduit dans Saussol, *supra* note 33 à la p 285. L'arrêté de 1897 précise en effet que lorsque la terre est inoccupée, l'indemnité doit être « très faible » car elle « représentera uniquement le signe matériel du consentement de la tribu à la conclusion du contrat » (art. 10). En revanche, l'indemnité doit être plus substantielle si les terres sont effectivement occupées.

les règles de la tribu concernant les conditions coutumières d'un abandon des terres ancestrales n'ayant pas vocation à être comprises dans la réserve, ce qui fait en sorte que le consentement des clans de la tribu devra avoir été obtenu dans l'hypothèse où ils seraient les détenteurs coutumiers des terres hors réserve.

Sur la Grande-Terre, le cantonnement général a, de la fin du 19^e au début du 20^e siècle, regroupé les tribus au sein soixante-dix-huit réserves alors que les îles Loyautés et l'Île des Pins étaient pour leur part érigées en réserves intégrales⁴⁰. Le droit positif hérité de la colonisation n'a par la suite à peu près pas évolué alors que la Délibération no. 67 du 10 mars 1959 réitérait que « les réserves autochtones sont la propriété incommutable, insaisissable et inaliénable des tribus. Elles ne peuvent être désaffectées sans le consentement des organes coutumiers ». Et enfin, comme l'écrit Lafargue, l'article 18 de la loi organique du 19 mars 1999 « prolonge la doctrine coloniale de la propriété foncière collective »⁴¹ en énonçant que les terres coutumières, ce qui comprend notamment les réserves, sont inaliénables, incessibles, incommutables et insaisissables.

Les observateurs ont souligné les tâtonnements et le manque de constance dans la législation coloniale relative à la question foncière autochtone⁴². Il est certes indéniable que les instruments juridiques se sont multipliés et que les attributs reconnus aux droits autochtones ont été infléchis pour répondre aux vicissitudes conjoncturelles sur le terrain et à la faveur du raffermissement progressif d'une volonté gouvernementale de réduire le domaine foncier autochtone pour faire place à la colonisation libre. Néanmoins, nonobstant ces variations, les fondamentaux juridiques de la découverte ont été globalement reconduits, savoir, que les Mélanésiens ont, malgré la prise de possession, conservé des droits limités de premier occupant qui sont des droits d'occupation et d'usage mais non des droits complets de propriété. Ces droits sont en effet collectifs, inaliénables, insaisissables et incommutables. En revanche, ils sont valides et opposables en droit étatique tant qu'ils n'ont pas été volontairement abandonnés aux termes d'une entente avec l'État ou valablement éteints par un acte unilatéral conforme à la loi. Sur tous ces points généraux, le droit colonial appliqué en Nouvelle-Calédonie rejoint les solutions mises de l'avant dans les colonies de peuplement anglo-saxonnes.

Les auteurs ayant étudié la question foncière kanak soulignent unanimement le décalage marqué entre la « propriété indigène » de fabrication coloniale et l'original coutumier précolonial, mettant notamment en exergue le fait que ce dernier connaissait la tenure individuelle⁴³. Ils regrettent que le droit étatique ne traite les Kanak que comme de simples titulaires de droits d'occupation et d'usage de leurs terres traditionnelles. Un auteur a critiqué le droit colonial français appliqué en Nouvelle-Calédonie en soulignant que la « construction coloniale relève du tour de force : il s'agit de réserver aux Kanak des espaces qui appartiennent au domaine de l'État et pourtant définis comme propriété collective indigène »⁴⁴. Cet échafaudage foncier sans

⁴⁰ Lafargue, *La coutume face à son destin*, *supra* note 1 à la p 224.

⁴¹ *Ibid* à la p 231.

⁴² Voir en particulier Merle, *supra* note 2 à la p 17.

⁴³ Voir Saussol, *supra* note 33 aux pp 156-157; Dauphiné, *supra* note 20 aux pp 42-43; Lafargue, *La coutume face à son destin*, *supra* note 1 aux pp 221-228; Merle, *supra* note 2 aux pp 17-19.

⁴⁴ Merle, *supra* note 2 à la p 16.

doute insolite, que les juges anglo-saxons se plaisent à qualifier pudiquement de *sui generis*, n'est pas, tant s'en faut, l'apanage exclusif de la colonie française.

En fait, il faut savoir que cette distorsion du régime foncier autochtone est caractéristique de la théorie de la découverte et n'est en rien un phénomène propre au modèle appliqué par la France en Nouvelle-Calédonie. Certes, la tenure reste ancestrale de par sa légitimité précoloniale puisque l'État « découvreur » ne prétend pas concéder *ex nihilo* aux autochtones des droits sur la terre dont il aurait d'ores et déjà acquis une propriété absolue mais les impute plutôt à une occupation pré-étatique. Toutefois, le régime de la découverte implique à la fois la reconnaissance implicite qu'un ordre juridique autochtone précolonial a originellement engendré des droits sur la terre et la domestication de ces droits par l'État qui les transforme, les ampute et les adapte aux impératifs de l'entreprise coloniale.

Ainsi, dans les pays anglo-saxons tant les conditions d'existence des droits ancestraux que leurs attributs essentiels sont déterminés principalement par le droit étatique et non par les régimes autochtones d'origine précoloniale⁴⁵. Au moment de qualifier la tenure ancestrale de collective et inaliénable, ni la *Proclamation royale de 1763*, ni la jurisprudence ne s'autorise du régime juridique d'un quelconque groupe autochtone⁴⁶. Lorsqu'ils décident que le titre ancestral découle de l'occupation suffisante et exclusive de la terre au moment de l'affirmation de souveraineté, les tribunaux canadiens appliquent les principes de la *common law* et non les conditions d'existence de droits fonciers dans le système juridique du peuple autochtone en cause⁴⁷. De même, au Canada, la « limite intrinsèque » interdisant au groupe détenteur d'un titre ancestral d'utiliser ses terres d'une manière qui en compromettrait la jouissance par les générations futures est strictement une invention des juges étatiques qui n'ont jamais cité un seul système juridique autochtone consacrant cette entrave à la libre affectation des terres⁴⁸. Si en Australie la High Court affirme que le contenu du « *native title* » est fonction des lois et coutumes autochtones qui existaient au moment de la prise de possession et qui ont survécu à ce jour⁴⁹, c'est seulement après l'avoir circonscrit dans les limites imposées par la doctrine de la découverte et qui le rendent collectif, inaliénable et incommutable mais néanmoins susceptible d'abandon au profit de la Couronne.

Le titre et les droits ancestraux sont donc dans les pays anglo-saxons, comme dans les textes coloniaux calédoniens, d'abord et avant tout régis par le droit étatique pour les faire cadrer avec

⁴⁵ Ghislain Otis, « Les sources des droit ancestraux des peuples autochtones » (1999) 40:3 C de D 591.

⁴⁶ Dans *Mabo*, *supra* note 12, par exemple, la High Court de l'Australie a statué que le « *native title* » appartient au groupe alors que la preuve montrait clairement que les Torres Straits Islanders reconnaissaient coutumièrement la propriété individuelle ou familiale, voir McNeil, *supra* note 14 à la p 264.

⁴⁷ Voir McNeil, *supra* note 14 aux pp 261-262. Ainsi, selon la Cour suprême le titre ancestral pourra être établi si l'occupation traditionnelle « révèle une intention de la part du groupe autochtone de détenir ou de posséder les terres d'une manière comparable à celle exigée pour établir l'existence d'un titre en *common law*. » Voir *Nation Tshilgot'in*, *supra* note 10 au para 42.

⁴⁸ Il en va de même des droits de chasse, de pêche ou de cueillette que la Cour suprême limite péremptoirement aux seules activités qui, avant le contact, faisaient partie intégrante de la culture distinctive du peuple autochtone concerné. En aucun moment, la Cour n'a référé aux règles ou principes du système juridique du peuple autochtone concerné. Voir notamment *R c Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507; *R c Sappier*, [2006] 2 RCS 686; *Lax Kw'alaams c Canada (Procureur général)*, [2011] 3 RCS 535.

⁴⁹ *Mabo*, *supra* note 12 à la p 58.

l'ordre colonial. Par ailleurs, même si le droit enclot, en Nouvelle-Calédonie et ailleurs, la tenure autochtone dans un régime d'inaliénabilité, d'incommutabilité et de propriété collective sans égard aux règles endogènes autochtones, et souvent au mépris de ces règles, il laisse une place au droit coutumier autochtone dans la vie foncière du groupe, notamment pour ce qui concerne les conditions et les modalités d'abandon des terres par la tribu, lesquelles devront respecter les prérogatives des clans le cas échéant.

Il faut donc nuancer considérablement l'analyse proposée par Régis Lafargue qui écrit ce qui suit :

« Le « titre aborigène » dont parlent les anglo-saxons est un droit que le premier occupant n'a jamais cessé d'exercer, en dépit de la colonisation, est selon des conditions inchangées depuis les origines. C'est un droit originel qui trouve son fondement dans une société traditionnelle qui a su préserver son intégrité en dépit du choc colonial...⁵⁰ »

Il s'avère en fait que l'on peut d'emblée transposer aux pays anglo-saxons le constat fait au sujet de la Nouvelle-Calédonie selon lequel le droit « reconfigure... les espaces et les organisations sociales indigènes pour les intégrer dans les catégories du nouvel ordre qui s'instaure »⁵¹. D'ailleurs, il faut bien admettre qu'une continuité intégrale de l'ordre juridique autochtone serait la négation même de l'intention coloniale puisqu'alors le nouvel arrivant européen serait tenu de demander l'accueil au maître kanak de la terre, de respecter les obligations auxquelles l'astreint son statut d'accueilli et de reconnaître la souveraineté du clan accueillant. De plus, le cas australien, que Lafargue érige en modèle, montre bien que subordonner le titre ancestral autochtone à la continuité stricte des lois coutumières observées au moment de la prise de possession s'avère bien souvent être une façon de nier ce titre tellement l'arrivée du colonisateur et les mutations des sociétés autochtones ont induit l'érosion de ces lois⁵².

De même, on ne peut souscrire à l'affirmation voulant que dans les pays anglo-saxons, « ce sont en somme les déclarations unilatérales de prise de possession (comme celle du gouverneur

⁵⁰ Lafargue, *La coutume face à son destin*, *supra* note 1 aux pp 228, 242-243. L'auteur a par la suite voulu nuancer sa critique du modèle calédonien en voyant dans la déclaration de Du Bouzet la reconnaissance de droits préexistants dont l'existence ne découle pas du droit étatique. Voir Lafargue, « Terres de mémoires », *supra* note 3 à la p 165. Cette source précoloniale n'a toutefois pas empêché le droit étatique de domestiquer la tenure autochtone en l'incorporant dans le giron étatique, comme ce fut le cas dans les autres colonies de peuplement ayant appliqué la doctrine de la découverte.

⁵¹ Merle, *supra* note 2 à la p 3.

⁵² La haute juridiction australienne estime que le fait pour un groupe autochtone d'avoir cessé d'observer lois spécifiques applicables avant la prise de possession emporte la disparition des droits ancestraux, quelle que soit la cause de l'inobservation actuelle de ces lois. De plus, le fardeau de la preuve peut être très onéreux car le groupe revendicateur doit prouver qu'une loi coutumière spécifique en application avant la prise de possession conférerait à ses ancêtres précisément le droit revendiqué aujourd'hui puisqu'une utilisation de la terre apparue après la prise de possession ne saurait avoir été régie par les lois existant avant cette prise de possession. Il s'avère aussi que les juges étatiques sont fort mal outillés pour déterminer ce qui était constitutif de « droit » dans l'univers culturel autochtone à l'époque précoloniale, une démarche qui se heurte en fait à des obstacles épistémologiques quasi insurmontables. Voir K. McNeil, « The Source and Content of Indigenous Land Rights in Australia and Canada », dans Louis A. Knafla et Haijo Westra (dir.), *Aboriginal Title and Indigenous Peoples, Canada, Australia and New Zealand*, Vancouver, UBC Press, 2010, pp 151-158.

du Bouzet en 1855) que les juridictions ont déclarées nulles et de nul effet au regard des droits acquis et exercés de façon continue depuis lors par les clans propriétaires »⁵³. En réalité, la *Proclamation royale de 1763* par laquelle la Couronne britannique affirme unilatéralement sa souveraineté à l'égard des peuples autochtones tout en reconnaissant le « *Indian title* » n'a jamais été mise de côté par les tribunaux ; elle est au contraire considérée par la Cour suprême du Canada comme l'expression toujours vivante de la relation juridique singulière entre l'État et les peuples autochtones⁵⁴.

II. LA TERRE ANCESTRALE DES KANAK : DE LA MER A LA MONTAGNE

Le régime juridique de la découverte reconnaît aux peuples autochtones des droits sur les terres qu'ils « occupent » au moment de la prise de possession. La qualification juridique du lien à la terre fondateur des droits ancestraux devient alors un enjeu fondamental puisqu'il permet de tracer la ligne de partage entre le domaine public « libre » c'est-à-dire exempt de toute tenure autochtone et le domaine public « grevé » des droits de premier occupant. Le domaine public libre est immédiatement disponible à la colonisation alors que le domaine public « grevé » ne le sera qu'après l'abandon volontaire de leurs droits par les autochtones, ou dans la mesure prévue par la loi régissant l'extinction unilatérale. L'interprétation des instruments coloniaux sur cette question requiert donc la plus grande attention.

Isabelle Merle affirme de manière catégorique qu'en « qualifiant juridiquement la Nouvelle-Calédonie de colonie acquise par occupation, Du Bouzet place les Kanak parmi les peuples les plus primitifs de la planète, pour qui la reconnaissance de la propriété se limite aux terres qu'ils cultivent »⁵⁵. Selon ce point de vue, la législation coloniale consacrerait la négation pure et simple de tout droit autochtone sur la terre et les ressources, exception faite des seules parcelles effectivement en culture et des terrains effectivement habités au moment de la prise de possession⁵⁶.

Pour comprendre ce qu'il est en est, il convient de revenir au contexte et au libellé exact de la déclaration de 1855. Les recherches historiques ont montré qu'en reconnaissant aux Mélanésiens des droits sur « le sol occupé par eux en commun, ou comme propriété particulière », les autorités coloniales utilisent, au nom de l'Empereur, une terminologie précise fondée sur une observation des maîtrises foncières autochtones dont il était admis par Du Bouzet lui-même qu'elles allaient des droits privatifs des particuliers sur les terres cultivées par eux (propriétés particulières) aux droits communaux exercés sur les espaces éloignés des terres

⁵³ Lafargue, *La coutume face à son destin*, *supra* note 1 à la p 244.

⁵⁴ Voir notamment *Sparrow*, *supra* note 11 à la p 1103; *Delgamuukw*, *supra* note 10 au para 114; *Nation haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 RCS 511; *Beckman c Première nation de Little Salmon/Carmacks*, [2010] 3 RCS 103 au para 42; *Manitoba Metis Federation Inc. c Canada (Procureur général)*, [2013] 1 RCS 623 au para 66; *Nation Tshilqot'in*, *supra* note 11 au para 69.

⁵⁵ Merle, *supra* note 2 aux pp 6, 17.

⁵⁶ Les historiens semblent aussi présumer que la déclaration de 1855 exproprie les Kanak sous réserve des seules terres cultivées. Ainsi, ils tiennent pour acquis que les terres en friche ou en jachère sont supprimées du patrimoine foncier kanak par le texte de Du Bouzet. Voir Saussol, *supra* note 33 à la p 50. Voir aussi Dauphiné, *supra* note 20 à la p 19. Or cette interprétation semble s'appuyer non pas sur la déclaration elle-même et sur le régime de la découverte qu'elle applique mais plutôt sur le comportement de certains fonctionnaires coloniaux.

cultivées et des villages, tels les plages, les forêts et les montagnes, mais néanmoins utilisés collectivement pour la chasse, la pêche, la cueillette ou le piégeage (occupation en commun). Il convient de reproduire ici en entier un passage bien connu des écrits de Du Bouzet sur le sujet :

La propriété des terres chez ces peuples cultivateurs est ainsi constituée :

1. Les simples particuliers (ou Yambuet) ont des propriétés dont les limites sont nettement tracées et très bien reconnues ; ils acquièrent ces propriétés par succession, vente ou échange ou en disposent de même ; les fruits de ces terres, mais jamais les fonds, appartiennent aux chefs dans certaines circonstances ; les propriétés se composent ordinairement de terres propres à la culture ; nul ne peut s'y établir sans le consentement du maître. »
2. Les chefs subalternes (ou Aou) possèdent, en outre de leurs propriétés particulières, des bois, ruisseaux et des biens-fonds situés à la portée de leurs villages. Les étrangers ne peuvent exploiter ces terres sans leur permission. »
3. Enfin tout ce qui n'appartient ni aux Yambuet ni aux Aou, tel que plages, forêts, montagnes, etc., appartient au grand-chef ou Téama, qui a, en outre, des propriétés particulières ».

On voit par là que tout terrain cultivable a des propriétaires; tout ce qui, sans être cultivable, peut être utilisé par la communauté et se trouve à portée d'un village appartient au chef de ce village; le reste appartient au Teama⁵⁷.

Compte tenu des termes utilisés et des réalités de terrain auxquelles ils renvoient dans l'esprit de Du Bouzet, il paraît fort difficile d'imputer aux autorités une volonté claire et indubitable de nier totalement les maîtrises foncières autochtones au-delà des parcelles effectivement cultivées ou habitées par les Kanak au moment de la prise de possession. Au contraire, on pose le principe que toutes les terres « occupées » de manière particulière ou commune par les autochtones ont vocation à être éventuellement « achetées » par l'État aux fins de la colonisation.

Le fait que l'empire français s'appuie explicitement sur le régime juridique de la découverte vient d'ailleurs fragiliser davantage la thèse d'une volonté de nier tout droit autochtone sur des terres autres que celles qui sont effectivement en culture ou habitées. En effet, la doctrine de la découverte consiste essentiellement à préserver aux autochtones, les avantages et les bénéfices qu'ils tirent des terres qu'ils fréquentent et utilisent traditionnellement jusqu'à ce que ces droits soient abandonnés ou valablement éteints, le cas échéant. De ce point de vue, la référence large et ouverte aux différents types de maîtrise foncière dans la Déclaration de 1855 est parfaitement conforme à la pratique des autres colonies de peuplement où vivaient des peuples autochtones et qui étaient à peu près au même moment confrontés au même enjeu foncier.

En Amérique du Nord, les autorités coloniales britanniques et américaines avaient, dès le 18^e siècle, négocié avec des tribus autochtones l'abandon de leurs droits de premier occupant afin d'ouvrir le territoire à la colonisation. Ces ententes régies par les règles de la découverte s'attachaient systématiquement à couvrir l'ensemble des territoires réputés avoir été utilisés

⁵⁷ Extrait reproduit par plusieurs auteurs, voir Saussol, *supra* à la p 33; Dauphiné, *supra* note 20 à la p 52; Lafargue, *supra* note 1, à la p. 225.

traditionnellement par les signataires autochtones, y compris les vastes territoires de chasse exploités dans le cadre d'un usage semi-nomade de l'espace foncier⁵⁸. Les États admettaient ainsi que, bien que leur contenu restât encore indéterminé, les droits ancestraux étaient susceptibles de grever l'intégralité de l'espace fréquenté et utilisé par les autochtones pour satisfaire leurs besoins. Cette solution rejoint exactement le propos de Du Bouzet qui prenait acte du fait que les Kanak s'appropriaient « tout ce qui, sans être cultivable, peut être utilisé par la communauté ».

C'est dans cette veine que la Cour suprême des États-Unis statuait dès 1835 qu'un peuple autochtone nomade ou semi-nomade détient un « *original indian title* » sur l'ensemble de l'espace qu'il a traditionnellement contrôlé puisque selon cette juridiction ce peuple « occupe son territoire de chasse comme l'homme blanc occupe son champ ».⁵⁹ De même, au moment d'interpréter la notion de titre ancestral affirmé notamment par la *Proclamation royale de 1763*, la Cour suprême du Canada a conclu que :

« L'occupation suffisante pour fonder l'existence d'un titre ancestral ne se limite pas aux lieux spécifiques d'établissement, mais s'étend aux parcelles de terre régulièrement utilisées pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d'autres types d'exploitation des ressources et sur lesquelles le groupe exerçait un contrôle effectif au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne. »⁶⁰

Tant au Canada qu'aux États-Unis, un titre ancestral peut être détenu en commun par plusieurs groupes⁶¹. Selon la Cour suprême du Canada, lorsque l'occupation précoloniale du territoire n'était pas sous le contrôle d'un ou de groupes particuliers, les divers groupes ayant traditionnellement utilisé l'espace en question, notamment pour la chasse ou la pêche, jouiront de droits ancestraux ayant pour objet ces activités traditionnelles sans droit d'exclure les tiers⁶². Le droit néo-zélandais rejoint le droit canadien et reconnaît donc des droits exclusifs ou non sur l'ensemble du territoire utilisé par les Maoris au moment de l'acquisition de la souveraineté par la Couronne⁶³. La haute juridiction australienne a quant à elle admis l'existence de droits ressortissant au « *native title* » relativement aux usages traditionnels sur l'ensemble du territoire

⁵⁸ Par exemple, dans l'affaire *Première nation crie Mikisew c Canada*, (2005) CSC 69, la Cour suprême du Canada fait remarquer au para 52 que le Traité no. 8 emporte « la cession d'intérêts autochtones sur un territoire plus grand que la France ».

⁵⁹ La Cour affirme que l'occupation autochtone « was considered with reference to their habits and modes of life; their hunting grounds were as much in their actual possession as the cleared fields of the whites, and their rights to its exclusive enjoyment in their own way and for their own purposes were as much protected. » Voir *Mitchell v US*, 34 US (9 Pet) 711, 746 (1835). Cette décision a donné lieu à une jurisprudence constante au profit de peuples nomades, voir McNeil, *supra* note 14 aux pp 274-275.

⁶⁰ *Nation Tshilqot'in*, *supra* note 10 au para 50.

⁶¹ *United States v Santa Fe Pacific Railroad*, 314 US 339 (1941); *Delgamuukw*, *supra* note 10 au para 158.

⁶² *R. c. Adams*, [1996] 3 RCS 101 aux para 25-29; *Delgamuukw*, *supra* note 10 aux para 138, 176; *Nation Tshilqot'in*, *supra* note 10 au para 47.

⁶³ *Ngati Apa*, *supra* note 13 au para 46; McNeil, *supra* note 14 aux pp 276-277.

ancestral des peuples nomades dès lors que ces usages, exclusifs ou non, étaient fondés sur la continuité des lois coutumières⁶⁴.

En définitive, on ne peut affirmer sans nuance que la doctrine de la découverte revendiquée par Du Bouzet « nie la notion même de propriété chez les peuples nomades et ne reconnaît aux « sauvages cultivateurs » que la possession des terres mises en culture au moment où la puissance impériale procède à la délimitation des terrains »⁶⁵. Sans être certes assimilables à une propriété de type occidental, les maîtrises ancestrales des peuples autochtones sur les terres utilisées traditionnellement à des fins autres qu'agricoles et d'habitation sont bien réelles et juridiquement opposables.

Les instruments législatifs coloniaux postérieurs à la déclaration de Du Bouzet n'étaient pas non plus de manière décisive l'argument voulant que le droit colonial français ait nié aux Kanak tout droit sur l'ensemble du territoire calédonien autre que les parcelles effectivement cultivées et habitées au moment de la prise de possession.

L'arrêté de Guillaum de 1868, explicitement inscrit dans la lignée de la déclaration de 1855, reconnaît les droits autochtones sur les terres dont les Kanak ont « la jouissance traditionnelle conformément au droit politique entre tribus » (art.1). Or, du point de vue juridique, la « jouissance traditionnelle » de la terre ne se limite nullement à l'usage intensif de terrains pour les cultures et la construction de cases. La « jouissance » consiste à se prévaloir de manière indifférenciée des avantages et des bénéfices rattachés à la possession d'une chose⁶⁶. C'est le « droit de se servir d'un bien et, le cas échéant, de faire sien les fruits et revenus »⁶⁷. Lorsqu'elle est par surcroît juridiquement qualifiée de « traditionnelle d'après le droit politique entre tribus » la jouissance de la terre correspond plus précisément aux modes spécifiques par lesquels les autochtones se prévalaient entre eux des avantages et des ressources de la terre. Or, tel que l'avait déjà reconnu Du Bouzet, ces modes ne se limitaient nullement à la culture effective de parcelles particulières et à la construction de cases. De fait, les limites de réserves créées dans la foulée de l'arrêté de 1868 comprenaient des terres inhabitées et impropres à l'agriculture, ce qui montre bien que la jouissance traditionnelle kanake pouvait s'étendre au-delà des terres habitées ou cultivées⁶⁸.

Il y a bien eu l'arrêté de 1871 autorisant l'occupation des terrains domaniaux en Nouvelle-Calédonie qui imposait aux colons détenteurs de permis provisoire d'occupation l'obligation de s'entendre avec les chefs si « au moment de l'occupation, le terrain renferme des cultures et des cases indigènes » (art. 7).⁶⁹ Cependant, cet arrêté ne prétendait pas fixer les principes de

⁶⁴ Voir par exemple *Western Australia v Ward*, [2002] 213 CLR 1; [2002] HCA 28 aux para 89-93. Comme l'écrit Bartlett, en Australie « A nomadic or semi-nomadic way of life will satisfy the requirement of a connection to the land or waters ». Voir Bartlett, *supra* note 15 à la p 179.

⁶⁵ Merle, *supra* note 2 à la p 5.

⁶⁶ Cornu, *supra* note 38, sub verbo « jouissance ».

⁶⁷ Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé, Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : les biens, Yvon Blais, 2012 *sub verbo* « jouissance ».

⁶⁸ Saussol reproduit un rapport gouvernemental dans lequel il est déclaré qu'une réserve « comprend une bonne partie de montagnes parfois assez escarpées et des terrains impropres à la culture des plantes alimentaires indigènes... », voir Saussol, *supra* note 33 à la p 159.

⁶⁹ Voir Dauphiné, *supra* note 20 à la p 99.

la délimitation définitive des terres Kanak puisqu'il ne visait qu'à assurer le voisinage apaisé des colons et des autochtones avant la démarcation administrative. Dès 1876, le gouverneur Pritzbuier réaffirmait que les terres occupées sont celles dont les autochtones ont « la jouissance traditionnelle conformément au droit politique entre tribus » (art.1). D'ailleurs les délimitations effectuées aux termes de l'arrêté de Pritzbuier ont, de l'aveu même des autorités, très souvent inclut dans les réserves des terres montagneuses et incultes⁷⁰. Les autorités ne peuvent du même souffle prétendre, selon la loi, délimiter les terres en fonction de la jouissance traditionnelle autochtone et affirmer que les terres montagneuses et incultes, mais propres à satisfaire certains besoins, qu'elles laissent dans les réserves n'ont rien à voir avec la jouissance traditionnelle.

Aucun instrument législatif subséquent n'a clairement réduit le critère juridique de l'occupation mélanésienne à l'existence de cultures ou de cases même si le règlement de Feillet de 1897 semble accorder à ces dernières une valeur particulière dans la détermination des indemnités légitimes lors d'une aliénation volontaire des terres autochtones (art. 10).

En somme, lorsque, comme c'est le cas de la grande majorité des instruments coloniaux en Nouvelle-Calédonie, la loi ne définit pas explicitement et exhaustivement l'occupation autochtone en fonction d'affectations ou de pratiques précises, cette occupation s'évalue de manière générale en fonction de la situation concrète sur le terrain étant entendu que l'occupation suppose une utilisation humaine effective de la terre et des ressources à des fins diverses en tenant compte des caractéristiques naturelles du territoire, des besoins et de la culture des populations concernées. Un terrain aride et montagneux, une forêt dense ou clairsemée, une vallée bien irriguée ou un delta marécageux, sont autant de lieux susceptibles d'une utilisation humaine effective en fonction de chaque cas d'espèce. Si l'activité agricole, la construction de villages, la fréquentation de sites sacrés et l'aménagement de cimetières sont des manifestations d'occupation, il en va de même des autres utilisations que l'homme fait de la terre en vue de pourvoir à ses multiples besoins, telles que l'extraction minérale, la chasse, la pêche, la cueillette et le piégeage à des fins de subsistance, d'échange ou de rites coutumiers.

Les historiens ont montré qu'en Nouvelle-Calédonie les fonctionnaires coloniaux ont, notamment dans leurs circulaires administratives, souvent fait comme si les terres traditionnelles Kanak qui n'étaient pas effectivement cultivées ou habitées n'étaient pas « occupées »⁷¹. Dans leur pratique administrative, les représentants de l'État auraient en conséquence parfois refusé de reconnaître tout droit ancestral sur les étendues du territoire calédonien utilisées régulièrement par les Mélanésiens pour subvenir à l'ensemble de leurs besoins. Or cette pratique ne trouve pas appui dans la doctrine de la découverte qui est pourtant le socle du droit colonial calédonien, ni dans le texte juridique des instruments coloniaux successifs, et ni même dans la pratique de délimitation qui réserve d'emblée aux autochtones comme terres traditionnellement occupées des terres incultes et inhabitées mais faisant par ailleurs partie de l'espace économique mélanésien.

⁷⁰ Voir par exemple le compte-rendu des délibérations du conseil privé concernant la délimitation de la réserve de Houailou pendant lesquelles Benet explique que « la plus grande partie du territoire laissé à la tribu se compose de terres montagneuses ou incultes ». Voir Dauphiné, *supra* note 20 à la p 118.

⁷¹ Voir notamment la circulaire du 28 août 1865 évoquée par Saussol, *supra* note 33 à la p 51.

Il se peut fort bien qu'un juge conclue que l'occupation autochtone doit recevoir, aux fins de l'interprétation des textes coloniaux, une acception bien plus ample que ce que certains fonctionnaires coloniaux ont bien voulu admettre. Les limites des terres ancestrales Kanak s'étendront souvent bien au-delà des terres qui étaient cultivées ou habitées au moment de la prise de possession ; elles pourront inclure, par exemple, des montagnes, des forêts, et des îlots traditionnellement fréquentés et utilisés à des fins de prélèvements minéraux, végétaux, cynégétiques et halieutiques, ou encore à des fins rituelles.

III. EXTINCTION ET PERSISTANCE DES DROITS ANCESTRAUX KANAK

Le régime juridique issu de la découverte ne tient pas les droits ancestraux autochtones pour perpétuels et intangibles. De fait, le binôme reconnaissance-extinction s'inscrit au cœur même de la colonisation de peuplement qui demandera inéluctablement qu'au moins une partie des droits autochtones soient dissous pour que l'État puisse assurer aux colons et à l'industrie extractive la sécurité foncière nécessaire au développement de la colonie.

Ayant acquis la souveraineté sur le territoire « découvert » lors de la prise de possession, l'État « découvreur » est habilité, tel qu'il a déjà été expliqué, à éteindre même unilatéralement les droits ancestraux bien que le moyen privilégié dans les chartes foncières coloniales, y compris en Nouvelle-Calédonie, sera la renonciation volontaire à leurs droits par les autochtones. Il va de soi toutefois que l'extinction des droits autochtones est soumise, comme les autres actes des pouvoirs publics, au principe de légalité et, le cas échéant, de constitutionnalité. Une mesure ou un acte que l'État prétend être extinctif des droits autochtones mais qui s'avère en fait être illégal ou inconstitutionnel sera sans effet juridique de sorte que les droits autochtones continueront d'exister et d'être opposables.

Se posera donc la question de l'effet extinctif ou non des actions de l'administration coloniale et des textes contemporains.

- *L'extinction par abandon volontaire*

Les droits autochtones peuvent être délaissés par leurs titulaires à la faveur d'une entente avec l'État, ou validée par lui, mais ils ne peuvent passer dans un patrimoine non autochtone tout en conservant leur qualité juridique de droit de premier occupant. Cela signifie, par exemple, que lorsque les autochtones renoncent à leurs droits en faveur de l'État, il n'y a pas à proprement parler de « cession » ou de « transfert » de droit ancestral. L'État n'acquiert aucun droit ancestral mais les terres sont libérées de toute charge ancestrale autochtone.

L'abandon devra toutefois être libre et éclairé au moment de la transaction ou, si non, la conduite subséquente des autochtones qui étaient les détenteurs coutumiers des terres devra montrer qu'ils ont librement et manifestement acquiescé a posteriori à l'intégralité des termes de la transaction en pleine connaissance de cause de ses effets. La difficile question du consentement libre et éclairé en est une de fait qui s'apprécie au cas par cas. Il faudra par exemple se demander si le simple fait pour un groupe de s'installer sur une réserve délimitée par l'État peut, compte tenu de l'ensemble des circonstances entourant une délimitation donnée, indiquer une volonté sans équivoque de renoncer pour toujours à la totalité de la terre de ses

ancêtres. Si un chef est présent lors des travaux de délimitation et accepte la réserve telle que délimitée, accepte-t-il ipso facto d'abandonner tout droit sur la totalité du territoire ancestral hors réserve ? Le chef a-t-il respecté les règles de la tribu et obtenu l'accord des clans lorsque ceux-ci sont les détenteurs coutumiers des terres visées par un cantonnement ? Le fait que la tribu et les clans ne se soulèvent pas violemment, comme certains l'ont fait⁷², pour refuser la délimitation indique-t-il une renonciation tacite ? Le chef qui accepte la réserve est-il bien celui du groupe qui est le détenteur traditionnel de la terre ? Une entente de renonciation a-t-elle été consignée par écrit ? Si oui, qui l'a rédigée et quels en sont les termes exacts ? La compréhension qu'avaient les autochtones de la portée juridique de l'opération devra être évaluée en tenant compte notamment de leur connaissance des concepts occidentaux relatifs à la propriété et de leur maîtrise de la langue française.

Il conviendra en outre de déterminer si la reconnaissance étatique des droits de premier occupant et le caractère facultatif de la renonciation ont été clairement expliqués aux intéressés. Il ne saurait en effet y avoir de consentement réel si les autochtones n'ont ni la conscience de disposer entièrement de l'autonomie de la volonté, ni la possibilité effective de l'exercer. On devra également se demander si la façon concrète de procéder de l'administration laissait une authentique place à la délibération sereine et à la négociation équitable compte tenu des rapports de force en présence⁷³.

Si le gouvernement invoque l'acquiescement a posteriori à l'abandon définitif de tous ses droits ancestraux, il lui incombera de faire la preuve d'un acquiescement univoque, libre et éclairé de la part des détenteurs coutumiers légitimes de la terre compte tenu des circonstances précises au moment pertinent. L'acquiescement repose sur la connaissance, la liberté et la capacité de comprendre la nature exacte de la situation et de se mobiliser en vue de la remettre en cause. Ainsi, l'omission même prolongée de revendiquer des droits de premier occupant à l'extérieur d'une réserve, y compris devant les tribunaux, ne peut en soi faire présumer une volonté réelle et manifeste de couper définitivement tout lien juridique avec la terre ancestrale. On ne peut en effet faire abstraction de la manière dont fut menée sur le terrain la politique foncière coloniale, du régime de l'indigénat confinant les Kanak dans les réserves, de la marginalisation et de la paupérisation généralisée des collectivités autochtones.

Lorsque la renonciation imputable au détenteur coutumier légitime de la terre est effectivement pleinement consentie, elle emporte la fin des droits de premier occupant. Il ne faut certes pas écarter l'hypothèse que ce genre transaction ait eu lieu. Un auteur souligne la grande habileté de certains administrateurs à faire valoir auprès des chefs l'avantage que représentent les titres formels sur les terres de réserve bien qu'un tel avantage se payât très souvent au prix fort de la perte de vastes espaces ancestraux⁷⁴. Exiger un abandon libre et éclairé ne revient pas à postuler,

⁷² L'insurrection de 1878 est notamment attribuée aux délimitations spoliatrices, voir Saussol, *supra* note 33 aux pp 192-195.

⁷³ Il est intéressant de noter que d'entrée de jeu le préambule de l'Accord de Nouméa qualifie les soi-disant « traités » intervenus avec certains chefs dans le contexte de la prise de possession d'« actes unilatéraux ».

⁷⁴ Saussol note par exemple l'habileté de Feillet : « Feillet eut aussi l'habileté de paraître procéder à une certaine concertation. Il s'employa à convaincre les chefs de donner leur consentement. Il y parviendra parfois ». Voir Saussol, *supra* note 33 à la p 289.

ce qui serait au mieux paternaliste, une quelconque incapacité des Kanak à prendre des décisions politiques complexes dans des situations difficiles.

- *L'extinction unilatérale*

Compte tenu de la promesse originelle de respecter les droits de premier occupant conformément au régime de la découverte, et de la gravité des conséquences pour les autochtones dépossédés de leur terre ancestrale, les tribunaux anglo-saxons exigent que l'intention d'abroger définitivement tout droit autochtone soit exprimée sans aucune ambiguïté par le législateur⁷⁵. De plus, il incombe à la partie alléguant l'extinction valide d'en faire la preuve. Il ne semble pas y avoir de motif déterminant pour adopter une approche différente en Nouvelle-Calédonie.

Les instruments coloniaux, tel que l'arrêté de Guillaumin en 1868, ont parfois octroyé de manière explicite le pouvoir d'exproprier sans indemnité les terres de réserve à des fins d'utilité publique (art. 7). Ce pouvoir ne s'étendait toutefois pas au-delà des limites de la réserve de sorte que le droit commun de l'expropriation devrait par ailleurs trouver application à l'égard de toute terre autochtone non incluse dans une réserve⁷⁶. Des régimes juridiques particuliers pourraient aussi traiter des situations exceptionnelles ou ponctuelles. Ce cas de figure méritera sans doute d'être envisagé pour ce qui concerne les arrêtés de confiscation punitive des terres de tribus jugées déloyales à l'égard de l'autorité coloniale. Ces confiscations ne produiront toutefois d'effet extinctif valide que si elles étaient en tous points conformes au droit en vigueur au moment où elles ont eu lieu.

La question de l'extinction unilatérale se pose plus particulièrement relativement à la délimitation des terres autochtones et la concession de celles-ci à des tiers aux fins de la colonisation. Il faut déterminer si ces actes de l'administration opèrent en soi, et de manière entièrement autonome, l'extinction unilatérale des droits de premier occupant.

De l'analyse du droit colonial faite précédemment il ressort que la délimitation ou le cantonnement, en tant qu'opération juridique, n'est pas conçu en soi comme un procédé d'expropriation. En effet, l'exigence juridique de l'acquisition de gré à gré des terres en place depuis 1855 n'a pas été écartée par les instruments successifs traitant de la délimitation et du cantonnement. Par voie de conséquence, dans le cadre de la politique de cantonnement, le périmètre des terres Kanak ne peut légalement être délimité de manière à en exclure des terres occupées par les autochtones sans que ces derniers n'aient dûment abandonné leurs droits sur ces terres. Si des terres occupées mais non régulièrement cédées ne sont pas formellement réservées à leurs détenteurs mélanésiens légitimes, il ne s'agit pas d'une expropriation régulière ou d'une extinction effective des droits ancestraux autochtones mais d'une illégalité pure et simple.

⁷⁵ Voir notamment *Calder*, *supra* note 6 à la p 404 (Juge Hall); *Sparrow*, *supra* note 11 aux pp 1098-1099; *Gladstone*, *supra* note 19 au para 31; *Delgamuukw*, *supra* note 10 au para 180.

⁷⁶ Notons par ailleurs que l'article 7 de l'arrêté de Guillaumin aux termes duquel le gouvernement s'approprie les mines, les cours d'eau et les forêts ne vise que les terres de réserve.

Autrement dit, dans ce cas de figure, les droits autochtones sur des terres occupées traditionnellement par eux ne pourront avoir été valablement éteints lors de la délimitation et du cantonnement quand bien même elles se trouveraient erronément ou frauduleusement à l'extérieur des limites d'une réserve. Les historiens ont montré que les opérations de délimitation et de cantonnement ont souvent exclu des réserves de vastes étendues de terres occupées par les autochtones, ce qui a d'ailleurs été à l'origine de conflits sanglants⁷⁷. La déclaration candide d'un haut fonctionnaire sur ce point est sans équivoque. Évoquant le cas de la tribu de Néampia, il décrivait dans les termes suivants l'effet de la délimitation sur son territoire traditionnel :

« Le territoire de cette tribu était bien plus étendu. La commission a retranché au moins 6000 hectares, c'est-à-dire plus de la moitié de la superficie totale. Il est en outre à remarquer que la plus grande partie du territoire laissé à la tribu se compose de terres montagneuses ou incultes et que cette région est éloignée de tout centre de colonisation et ne pourra être exploité de longtemps. »⁷⁸

La politique de Feillet avait même pour objet spécifique de « resserrer » le domaine foncier autochtone bien en-deçà des territoires traditionnels y compris par la « transplantation » de tribus entières⁷⁹. Nombre de réserves existantes ont été réduites et parfois purement et simplement supprimées⁸⁰. Or, à défaut d'un consentement libre et éclairé de la part des autochtones portant sur l'abandon complet et définitif de leurs droits ancestraux sur les terres qu'ils occupent, ces droits pourraient avoir survécu quand bien même les terres en question se trouvent à l'extérieur des limites d'une réserve et malgré le déplacement de la tribu. Les clans et la tribu pourraient certes avoir acquiescé a posteriori à l'extinction totale des droits ancestraux mais cet acquiescement devra être tout aussi univoque, libre et éclairé. Or les historiens ont bien documenté le fait que les procédures de cantonnement observables sur le terrain n'ont pas toujours respecté la règle du consentement autochtone⁸¹. Saussol n'hésite pas à parler d'un « cantonnement subi mais jamais accepté »⁸².

En somme, l'acte de délimiter et de cantonner ne constitue pas en soi une extinction unilatérale puisqu'il a pour modalité obligatoire la renonciation de la partie autochtone à ses droits sur la terre des ancêtres. Reste toutefois à savoir si le simple fait de concéder la propriété des terres aux colons ou à l'industrie alors que ces terres sont comprises dans un territoire traditionnel autochtone hors réserve emporte *ipso jure* l'extinction unilatérale des droits ancestraux. Il

⁷⁷ Dauphiné, *supra* note 20 aux pp 87-96.

⁷⁸ Propos de Benet responsable de la commission de délimitation reproduits dans Dauphiné, *supra* note 20 à la p 118.

⁷⁹ Il faut donc nuancer l'affirmation de Lafargue selon laquelle il y a continuité de la propriété originelle sur les réserves, voir Lafargue, « Terres de mémoires », *supra* note 3 à la p 118. Cela ne vaut pas pour le tribus « transplantées » loin de leur terre ancestrale.

⁸⁰ Voir notamment Saussol, *supra* note 33 aux pp 286-290, 322-325.

⁸¹ Il semble en effet que de nombreux cas d'abus de pouvoir aient été documentés, voir Dauphiné, *supra* note 20 aux pp 209-210. Voir aussi Saussol, *supra* note 33 aux pp 289-290.

⁸² Saussol, *supra* note 33 à la p 453.

convient de considérer d'abord le cas des concessions octroyées *avant* toute opération de délimitation.

A partir de la déclaration de 1855, le droit colonial applicable en Nouvelle-Calédonie a posé le principe général que les terres occupées par les autochtones ne sont pas disponibles à la colonisation, à moins qu'elles aient été librement abandonnées par leurs occupants. De là l'importance pratique pour les autorités de bien connaître l'emplacement de ces terres. La politique de délimitation avait précisément pour objectif de fixer les bornes du domaine foncier autochtone et donc, par voie de conséquence, des terres du domaine public ouvertes à la colonisation. L'administration locale n'attendait toutefois pas la mise en œuvre de cette politique pour ouvrir le territoire aux colons dont le nombre et la boulimie foncière ne cessaient d'augmenter. Elle octroya d'abord aux aventuriers de simples permis provisoires d'occuper des terres dont l'emplacement et la superficie lui étaient encore inconnus. Le colon était « envoyé dans la brousse » à ses risques et périls à tous égards, y compris sur le plan juridique, ce qui signifie qu'il n'acquerrait aucun droit de propriété opposable aux autochtones quant aux terres qu'ils occupaient traditionnellement⁸³. Le permis provisoire n'était destiné à produire aucun effet juridique extinctif sur ces droits ni aucun effet translatif de droit foncier.

C'est pour offrir une plus grande sécurité juridique aux concessionnaires que l'arrêté de 1871 introduisit le permis d'occupation provisoire assorti d'un droit de préemption permettant éventuellement au colon de devenir propriétaire. Bien que cet arrêté autorise la concession de permis d'occupation, il n'édicte toutefois pas que la concession opère une extinction des droits autochtones sur les terres qu'ils occupent. Au contraire, il contraint les concessionnaires soit à établir que les terres sont inoccupées, soit à respecter les droits des occupants Kanak (art. 7). L'extinction des droits de premier occupant, si extinction il y a, ne pourra résulter que de l'abandon libre et volontaire des lieux par les autochtones aux termes d'une convention dont le colon devra rendre compte à l'administration. Or on rapporte de nombreux cas d'abus et de comportements illégaux de la part des colons, comportements dont l'effet n'a pu être d'éteindre valablement les droits autochtones. S'agissant de la déclaration de vacance autochtone, un haut fonctionnaire admettait ce qui suit :

« ...la législation locale, pour garantir les droits de ces derniers (les Kanak), exigeait il est vrai une déclaration écrite signée de deux témoins et constatant que le terrain demandé n'embrassait ni culture ni cases canaques, mais nous pouvons affirmer hautement que ces déclarations étaient presque partout mensongères. »⁸⁴

On fait aussi état d'expulsions violentes ou de manœuvres dolosives à l'encontre des chefs et de déprédations répétées du bétail saccageant les champs des Kanak. Dauphiné reproduit le compte-rendu suivant qu'un observateur fait de certaines « transactions » entre les colons et les autochtones :

« Il y a ici un règlement en vertu duquel, lorsqu'un colon veut une concession de terrain, il lui suffit d'avoir le consentement du chef indigène et de déclarer les limites et la

⁸³ Dauphiné, *supra* note 20 aux pp 100-101.

⁸⁴ Dauphiné, *supra* note 20 à la p 82.

contenance approximative de cette concession. La première condition (ci-dessus) est bien souvent éludée. Nos chefs ne savent pas écrire et l'on profite de leur ignorance pour leur arracher leur consentement ou même le supposer, quand il est loin d'exister. »⁸⁵

Le dossier des permis d'occupation montre que même si l'administration est soucieuse de favoriser l'installation intempestive des colons et que, pour ce faire, elle délègue en partie ses prérogatives à ces derniers pour ce qui concerne les droits autochtones, les concessions sont faites sous réserve des droits de premier occupant. Les occupations illégales des terres autochtones par les colons, les évictions forcées et les déclarations ou conventions frauduleuses, n'ont pas entraîné l'extinction valide des droits ancestraux. Dès lors, dans un nombre potentiellement élevé de cas les droits ancestraux pourront avoir survécu à ces concessions.

Il se peut tout de même que l'occupation initialement illégale des terres autochtones ait par la suite été régularisée à la faveur de la délimitation ou d'un cantonnement effectué conformément à la loi. Ce ne sera toutefois le cas que si les terres visées ont été régulièrement et librement abandonnées par leurs détenteurs autochtones traditionnels lors du cantonnement. En d'autres termes, il faudra que les Kanak précédemment spoliés par les colons soient spécifiquement ceux qui, lors de la délimitation, consentent à l'abandon de leurs droits de premier occupant sur leur territoire traditionnel accaparé par le colon. Dans le cas contraire, ces terres hors réserve restent grevées des droits ancestraux Kanak. Or, les historiens sont d'avis que le principe du consentement libre et éclairé n'a pas toujours été respecté en pratique, ce qui souligne bien la pertinence de la thèse de la survie des droits ancestraux sur certaines terres hors réserve⁸⁶.

Ces droits auront aussi survécu sur les terres hors réserve concédées *après* une délimitation ou un cantonnement si ces terres ont été illégalement exclues d'une réserve. On ne saurait en effet prétendre que la concession post-cantonnement est en soi un acte ayant manifestement pour but d'éteindre unilatéralement les droits autochtones indépendamment de l'effet du cantonnement lui-même. Tel qu'il a déjà été montré, le droit colonial appliqué en Nouvelle-Calédonie ne considère pas en principe que la simple concession d'un terrain à un colon comme éteignant automatiquement tous les droits des autochtones sur les terres qu'ils occupent.

Lorsque la délimitation a eu lieu, l'administration s'estime fondée en droit d'accorder par la suite au colon ou à l'industriel des droits sur les terres hors réserve précisément parce que, ayant été préalablement affranchies des droits de premier occupant par l'effet de la délimitation, elles sont réputées disponibles pour la colonisation libre. On ne peut donc imputer à la seule concession ni une finalité ni un effet extinctif autonome puisque cette concession découle de la présomption de l'administration selon laquelle les droits autochtones ont été antérieurement éteints lors d'une opération juridiquement distincte. Lorsque cette présomption s'avère erronée, la concession, sans être nécessairement dénuée de tout effet juridique en faveur du concessionnaire, ne peut qu'être sous réserve des droits autochtones.

⁸⁵ Dauphiné, *supra* note 20 aux pp 73-74. Voir également Saussol, *supra* note 33 aux pp 177-178.

⁸⁶ Saussol écrit que « d'une façon générale c'est contraints et forcés que se généralisèrent les déplacements ». Voir Saussol, *supra* note 33 à la p 283. Voir aussi Dauphiné, *supra* note 20 aux pp 206-211.

Les droits effectifs du concessionnaire dépendront en grande partie de la portée et de la nature des droits autochtones. Si ceux-ci ne grèvent qu'une partie du terrain, alors la tenure non autochtone sera complète sur la partie exempte de droits autochtones. Si les autochtones ne détiennent qu'un droit d'accès aux fins d'activités traditionnelles, le concessionnaire disposera d'une maîtrise conséquente de la terre dans la mesure de sa compatibilité avec les droits autochtones. Lorsque, en revanche, la tenure ancestrale emporte un droit exclusif d'utiliser la terre, le concessionnaire disposera d'un titre plus limité pouvant n'être plus guère qu'un droit de préemption⁸⁷. En définitive, tout comme les concessions antérieures à la délimitation, celles qui interviennent après celle-ci coexisteront avec les droits préexistants des autochtones sur les terres hors-réserve dès lors que ces derniers n'auront pas été régulièrement éteints. L'existence simultanée de droits autochtones et non autochtones sur des terres concédées correspond en fait à un cas de figure connu du droit colonial calédonien.

Il convient de souligner ici que, pour ce qui concerne l'effet sur les droits ancestraux d'une concession de propriété à un tiers, le droit calédonien rejoint le droit américain mais se distingue du droit australien où la High Court a estimé que l'octroi d'un titre de propriété à un colon emporte implicitement l'extinction unilatérale du titre ancestral. La juridiction australienne s'appuie sur le fait que le *native title* n'ayant été reconnu en Australie qu'en 1992 –alors que la Couronne y concède sans formalité des terres aux colons depuis le 18^e siècle- il serait « ahistorique » d'exiger rétroactivement de l'État qu'il ait exprimé, avant de concéder des terres, une intention manifeste et spécifique de supprimer un titre ancestral si longtemps tenu pour inexistant⁸⁸. Ce raisonnement est intenable en Nouvelle-Calédonie où les droits ancestraux ont été explicitement affirmés dès la prise de possession en amont de l'établissement des colons et où la colonisation libre a de longue date été explicitement conditionnée soit au respect des droits autochtones soit à leur abandon libre et éclairé à la faveur de la délimitation de réserves⁸⁹.

Un traitement complet de la question de l'extinction unilatérale exige par ailleurs que l'on s'interroge sur l'effet des dispositions de la loi organique de 1999 sur les éventuels droits ancestraux non éteints des Kanak. L'article 6 de cette loi dispose que « En Nouvelle-Calédonie, le droit de propriété garanti par la Constitution s'exerce en matière foncière sous la forme de la propriété privée, de la propriété publique et des terres coutumières dont le statut est défini à l'article 18 ». Pour sa part, l'article 18 mentionne trois catégories de propriétés coutumières savoir les réserves, les terres attribuées par l'ADRAF et les terres domaniales rétrocédées. Or, les terres hors réserve grevées de droits ancestraux non éteints n'auront pas toutes été attribuées ou rétrocédées. Il se peut qu'elles représentent une part du domaine des personnes publiques et des terres concédées à des particuliers. L'omission de ces terres dans l'énumération contenue à

⁸⁷ La situation juridique du concessionnaire calédonien ressemblera dans ce cas à celle du concessionnaire qui, aux États-Unis, n'acquiert sur la terre autochtone non cédée que des droits de préemption. Voir par exemple l'affaire *Catawba Indian Tribe v South Carolina*, 865 F (2d) 1444 (4^e Cir 1989) à la p 1448.

⁸⁸ Un membre de la High Court a résumé ainsi la position de la Cour en soulignant qu'en Australie « *The test for extinguishment under common law does not depend upon identification of an ahistorical legislative intention to extinguish rights which before 1992 were not understood to have survived European settlement.* » Voir le juge Bell s'exprimant à la page 47 de l'arrêt *Queensland v Congoo*, [2015] HCA 17. Voir aussi *Wik Peoples v Queensland*, [1996] 187 CLR 1 aux pp 184-185; *Akiba v The Commonwealth* [2013] 250 CLR 209 aux pp 229-230.

⁸⁹ Lafargue semble faire l'impasse sur cette différence fondamentale entre le droit calédonien et le droit australien, voir Lafargue, « Terres de mémoires », *supra* note 3 aux pp 120-121.

l'article 18 exprime-t-elle une intention non équivoque du législateur organique de supprimer totalement et définitivement tous les droits fonciers autochtones historiquement reconnus mais non mentionnés? Imputer une finalité extinctive manifeste à la loi organique serait faire de celle-ci un instrument de dépossession potentiellement massive des Kanak. Ni le contexte ni le texte de la loi ne permet d'affirmer qu'elle se veut un moyen de perpétuer les spoliations foncières en éteignant d'un coup de plume les droits de premier occupant des Kanak ayant survécu jusqu'alors. Au contraire, l'Accord de Nouméa que l'on s'attache à mettre en œuvre reconnaît le lien ancestral à la terre⁹⁰.

En outre, même si le Conseil constitutionnel a jugé les articles 6 et 18 conformes à la constitution⁹¹, ceux-ci n'épuisent pas le champ matériel de la propriété en droit français. Or, tel qu'il sera expliqué plus loin, la protection de la propriété affirmée dans la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* s'étend aux droits fonciers autochtones ancestraux non éteints.

Somme toute, l'omission du législateur organique de mentionner les droits de premier occupant des Kanak ayant éventuellement survécu sur des terres hors réserve n'exprime pas une volonté claire et sans équivoque de dépouiller les Kanak de ces droits. Même si elles ne sont pas formellement comprises dans l'énumération que comporte l'article 18 de la loi, les terres ancestrales Kanak hors réserve sont régies par les mêmes principes fondamentaux que les « terres coutumières » expressément visées par la loi.

Si toutefois il était estimé que la loi organique affirme effectivement une volonté très claire de priver les Kanak de tous leurs droits non éteints sur l'ensemble de leurs terres ancestrales hors réserve, cette dépossession pourra, tel qu'il sera expliqué plus loin, être contestée en invoquant les engagements internationaux de la France aux termes de la *Convention européenne des droits de l'homme*.

- *L'imprescriptibilité des droits ancestraux Kanak*

De ce qui précède, il découle que les droits ancestraux des Kanak n'ont peut-être pas toujours été valablement éteints sur un domaine considérable se trouvant aujourd'hui à l'extérieur des réserves. Même si les spoliations en question remontent à plusieurs décennies et, le plus souvent même au 19^e siècle, il n'est pas possible pour autant d'affirmer que le simple passage du temps a effacé les illégalités et a mis à l'abri de toute contestation juridique les dépossessions, les délimitations et les occupations illégales des terres autochtones.

La propriété ou la tenure autochtone incommutable est imprescriptible puisque, de par sa nature juridique intrinsèque, elle « ne peut changer de possesseur, de propriétaire »⁹², ce qui neutralise le jeu en faveur de toute personne des règles du droit commun en matière de prescription acquisitive de droits de propriété⁹³. Si par hypothèse les autorités gouvernementales ont concédé à des colons ou à des sociétés des droits sur les terres occupées par les autochtones et

⁹⁰ Ce fait est bien souligné par Lafargue, « Terres de mémoires », *supra* note 3 à la p 110.

⁹¹ *Cons const*, 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, [1999] JO 4238, au para 10.

⁹² Paul Robert, *Le Petit Robert De La Langue Française 2013 - Grand Format.*, Educa Books, 2013 à la p 1302.

⁹³ Lafargue est du même avis, voir Lafargue, « Terres de mémoires », *supra* note 3 à la p 108.

non valablement expropriées ou librement abandonnées, la tenure autochtone subsiste et les tiers ne pourront s'approprier même par usucapion le bien autochtone incommutable, ce dernier ne pouvant, tant qu'il existe, avoir d'autre propriétaire ou possesseur. Le concessionnaire n'ayant acquis son titre que sous réserve des droits de premier occupant, il ne pourra exciper de l'article 6 de la loi organique qui affirme la « propriété privée » en Nouvelle-Calédonie pour écarter les droits autochtones⁹⁴.

Le fait que le groupe autochtone détenteur traditionnel de la terre ait été, même de longue date, privé illégalement de la jouissance de ses terres par le gouvernement ou les particuliers ne saurait avoir pour effet d'éteindre ses droits. Dès lors, les autochtones restent titulaires de leurs droits de premier occupant sur toutes les terres qu'ils occupaient traditionnellement au moment de la prise de possession, si ces terres n'ont pas fait l'objet d'une extinction unilatérale valide ou si les droits autochtones n'ont pas été abandonnés aux termes d'une transaction libre et éclairée ou par un acquiescement subséquent en toute connaissance de cause⁹⁵.

L'incommutabilité et l'imprescriptibilité des droits fonciers autochtones ont aussi pour conséquence l'imprescriptibilité du droit des autochtones de saisir le juge compétent en vue de faire constater et respecter leurs droits ancestraux reconnus par le droit français depuis 1855. Il reste donc encore loisible aujourd'hui à une collectivité kanake de saisir une juridiction compétente afin de faire valoir qu'elle détient des droits ancestraux sur ses terres traditionnelles hors réserve parce qu'elle les occupait au moment de la prise de possession. Si le gouvernement ou un particulier allègue que ces droits n'existent plus parce qu'ils ont été valablement éteints, il devra apporter la preuve du bien-fondé factuel et juridique de cette prétention.

Tel qu'il sera expliqué plus loin, de la persistance de droits ancestraux Kanak sur des terres concédées de longue date à des particuliers découlera la nécessité d'un juste arbitrage des droits autochtones et non autochtones.

IV. LA PROTECTION CONSTITUTIONNELLE ET EUROPEENNE DES DROITS ANCESTRAUX KANAK

Lorsque les autochtones sont amenés à quitter la terre ancestrale dans des circonstances où leurs droits ancestraux n'ont pas été valablement éteints, leur bien imprescriptible reste juridiquement partie intégrante de leur patrimoine. A titre de premiers occupants, les Kanak détiennent sur les terres qu'ils occupaient traditionnellement au moment de la prise de possession des droits d'occupation et d'usage. Bien que ce titre soit collectif et qu'il n'emporte pas la libre disposition totale du patrimoine foncier, il permet d'affecter la terre et les ressources aux fins que le groupe

⁹⁴ Lafargue écrit que l'article 6 « sécurise les droits acquis au titre de la propriété privée, même s'ils ont été acquis sur la base d'une politique spoliatrice menée par la puissance publique ». Voir Lafargue, « Terres de mémoires », *supra* note 3 à la p 121. Il ne pourra en être ainsi que dans la mesure où le titre de propriété privée incompatible avec les droits de premier occupant a été valablement et donc effectivement acquis au départ, ce qui ne sera pas le cas lorsque les droits autochtones n'ont pas été préalablement éteints conformément à la loi.

⁹⁵ La question factuelle de savoir si les autochtones ont renoncé à leurs droits librement et en toute connaissance de cause est différente de la question de droit qui est celle de savoir si le passage du temps entraîne le jeu de la prescription acquisitive.

juge opportunes, compte tenu des besoins de ses membres, y compris leurs besoins économiques. Les autochtones peuvent aussi, le cas échéant, consentir à la « désaffectation » de leur tenure.

- *La protection constitutionnelle*

En somme, les droits fonciers autochtones, malgré leur source et leurs attributs singuliers par rapport au droit général des biens, recevront en droit étatique une protection équivalente à ceux des droits réels sur un bien corporel immobilier⁹⁶. Ils confèrent à un groupe doté de la personnalité juridique « un pouvoir juridiquement protégé sur une chose »⁹⁷ et représentent clairement un intérêt patrimonial. Ainsi, cette tenure tombe logiquement dans le domaine extensif de la « propriété » au sens des articles 2 et 17 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* et, par conséquent, elle jouit d'une protection constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs déjà reconnu des propriétés soumises à des régimes juridiques particuliers⁹⁸. Le fait que, les droits ancestraux ne soient pas réductibles aux catégories canoniques du droit général des biens ne devrait pas mettre en échec l'invocabilité de la Déclaration. Tel que le font observer des spécialistes du contentieux constitutionnel, la juridiction constitutionnelle a opté « très fermement en faveur d'une « autonomisation » du droit constitutionnel de propriété à l'égard des règles classiques du droit civil »⁹⁹. L'article 6 de la loi organique reconnaît d'ailleurs explicitement que les terres coutumières constituent une manifestation de l'exercice du droit constitutionnel de propriété. Il doit forcément en être de même des terres ancestrales Kanak hors réserve non mentionnées à l'article 18 de la loi mais dont les attributs juridiques sont les mêmes que ceux des terres coutumières. Il faut en définitive éviter une qualification juridique particulariste des droits ancestraux autochtones qui autoriserait commodément de leur nier toute protection constitutionnelle.

En conséquence, toute limitation des droits fonciers ancestraux Kanak sur leurs terres hors réserve devra, aux termes de l'article 2 de la Déclaration, être justifiée par un motif d'intérêt général et proportionnée à l'objectif recherché, alors qu'une privation de ces droits au sens de l'article 17 devra être prescrite par le Parlement qui ne pourra agir ainsi qu'en présence d'une nécessité publique évidente et en versant une indemnité juste et préalable aux Kanak¹⁰⁰.

La constitution exige aussi le respect du principe d'égalité¹⁰¹ de sorte que, face au constat de la persistance de droits ancestraux Kanak hors réserve, le législateur ne pourrait sans entrave éteindre ces droits par une mesure unilatérale les visant spécifiquement, tel qu'il fut fait par exemple en Australie et en Nouvelle-Zélande dans la foulée d'une évolution jurisprudentielle

⁹⁶ Lafargue insiste sur la singularité du lien autochtone à la terre dans l'ordre juridique coutumier kanak et tient ce lien pour inassimilable à un droit réel, voir Lafargue, « Terres de mémoires », *supra* note 3 notamment aux pp 108-109. Cela ne fait toutefois pas obstacle à ce que le droit étatique, y compris le droit constitutionnel, attribue de son côté et pour ses propres fins une dimension patrimoniale aux droits de premier occupant.

⁹⁷ J.-L. Bergel, « Les biens » (2010), en ligne : *Lextenso* <www.lextenso.fr/ouvrage/9782275050553-29?em=d%C3%A9finition%20droit%20de%20propri%C3%A9t%C3%A9>.

⁹⁸ Le Conseil constitutionnel a défini largement le droit de propriété, voir J.-F. de Montgolfier, « Le Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées » (2011) N 31:2 *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 35 aux pp 37-39.

⁹⁹ D. Rousseau et al, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2016 à la p 702.

¹⁰⁰ *Ibid*, aux pp 702-706.

¹⁰¹ *Ibid*, aux pp 755-757.

que les pouvoirs politiques jugeaient incompatible avec la sécurité foncière des non-autochtones¹⁰². S'en prendre ainsi de manière ciblée aux seuls droits de premier occupant ne pourrait en effet qu'être discriminatoire à l'encontre du groupe ethnoculturel autochtone et la justification de cette discrimination fondée sur la volonté de privilégier la sécurité foncière des non-autochtones paraît improbable¹⁰³.

- *La protection européenne*

Il fait par ailleurs peu de doute que les droits de premier occupant sur les terres ancestrales Kanak jouissent de la protection de la *Convention européenne des droits de l'homme* aux termes de l'article 1 du Protocole no. 1 de la Convention qui affirme que « *toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens* ». Sans égard à la qualification de ces droits par le droit constitutionnel français, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) procède à une qualification juridique autonome des revendications portées devant elle. Cette dernière adopte une approche pragmatique au moment de décider si l'article 1 du protocole n°1 trouve application en posant la question de savoir « si les circonstances de l'affaire, considérées dans leur ensemble, ont rendu le requérant titulaire d'un intérêt substantiel protégé par l'article 1 du Protocole n° 1 »¹⁰⁴.

Les revendications de droits autochtones sur la terre et les ressources soulèveront des difficultés particulières lorsqu'elles s'appuieront exclusivement sur des tenures originaires non reconnues par le droit étatique¹⁰⁵. Il en ira autrement lorsque, à l'instar des droits ancestraux Kanak découlant du droit colonial français, ces revendications trouvent un fondement dans le droit de l'État partie à la Convention. Ainsi, dans l'affaire *Könkämä et 38 autres villages Sames c. Suède*¹⁰⁶, la Commission européenne admet que des droits de chasse et de pêche revendiqués par les Saamis « peuvent être considérés comme des biens au sens de l'article 1 du Protocole no 1 »¹⁰⁷. De même, la CEDH a statué que des droits de pâturage des rennes, de chasse et de pêche revendiqués par des autochtones constituent des « biens » en vertu de la Convention¹⁰⁸. Le Cour est d'avis que les droits d'usage des Saamis sur leurs terres traditionnelles sont protégés même si le droit interne ne leur confère pas le statut de propriété¹⁰⁹. La CEDH n'hésite par ailleurs pas à admettre l'existence d'un « bien » protégé même en l'absence de titre officiel de propriété sur le bien litigieux¹¹⁰.

¹⁰² Pour une étude critiquant la loi néo-zélandaise sous l'angle du principe d'égalité, voir G. W. G. Leane, « Indigenous Rights Wronged: Extinguishing Native Title in New Zealand » (2006) 29:1 Dal LJ 41.

¹⁰³ Pour une analyse du contrôle des justifications des atteintes au principe d'égalité, voir notamment Rousseau et al, *supra* note 99 aux pp 763- 773.

¹⁰⁴ *Beyeler c Italie* [GC], n° 33202/96 [2000] CEDH 100.

¹⁰⁵ G. Otis et A. Laurent, « Le défi des revendications foncières autochtones: la Cour européenne des droits de l'homme sur la voie de la décolonisation de la propriété? » (2012) 23:89 RUDH 43.

¹⁰⁶ *Könkämä et autres c Suède* (1996), Comm Eur DHDR 87 à la p 78 [Könkämä].

¹⁰⁷ *Ibid* à la p 85.

¹⁰⁸ *Handölsdalen Sami Village et autres c Suède* (déc), n° 39013/04 [2009] CEDH 46.

¹⁰⁹ *Könkämä*, *supra* note 106 à la p 13 s.

¹¹⁰ *Doğan et autres c. Turquie*, n° 8803/02 [2004] VI CEDH au para 139 [Doğan]; *Sargsyan c Azerbaïdjan* (satisfaction équitable) [GC], n° 40167/06, [2015] CEDH, au para 179. Voir F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 13e éd, Paris, Presses universitaires de France, 2016 aux pp 877-878.

La CEDH donne en outre aux peuples autochtones un accès direct à la protection juridictionnelle. Ainsi, les villages saamis, ont pu prétendre être victimes d'une violation alléguée de leur droit au respect de leurs biens car « les droits visés par (la loi sur l'élevage des rennes) ne peuvent être exercés par les Samés qu'en tant que membres d'un village Same »¹¹¹. La Cour a de plus statué que la protection de l'exercice des droits des autochtones sur les terres et les ressources reconnus en droit étatique constitue un objectif d'intérêt général justifiant l'État de déroger à l'exclusivité de l'usage de son bien par un propriétaire privé¹¹². Enfin, il convient de souligner que la Cour a attribué à un plaignant un intérêt patrimonial en raison de ses « droits incontestés sur les terrains communaux du village », ce qui montre bien une reconnaissance de la dimension collective de certains biens¹¹³, reconnaissance dont pourront se prévaloir les Kanak¹¹⁴.

En somme, non seulement les terres ancestrales Kanak devraient tomber dans le domaine de la propriété protégée par la constitution française mais il n'est guère douteux qu'elles font aussi partie des « biens » que la France est tenue de respecter aux termes de la *Convention européenne des droits de l'Homme*. Il en résulte des obligations spécifiques en ce qui concerne les mesures qui auraient pour effet de priver les Kanak de leurs droits ou de réglementer l'exercice de ces droits¹¹⁵. Puisque la Convention européenne a valeur supra-législative dans l'ordre interne français¹¹⁶, le juge ordinaire est par ailleurs tenu de trancher en faveur de cette convention tout conflit avec une norme non constitutionnelle quand bien même ladite norme serait, par hypothèse, conforme à la constitution¹¹⁷. Comme « les engagements internationaux l'emportent

¹¹¹ *Könkämä et 38 autres villages Sames c. Suède*, voy § 86, supra note 106. En revanche, l'instance de Strasbourg a estimé qu'une association de promotion de la culture saamie ne pouvait être considérée comme une victime d'une violation de la Convention car elle n'a pas de responsabilités dans le domaine de la pêche, mis en cause en l'espèce et ne représentait pas ses membres sur ce sujet : *Johtti Sappmelaccat Ry et als c. Finlande* [déc], n°42969/98, [2005] CEDH.

¹¹² Dans une affaire où un propriétaire dont le bien se situait sur une zone où les Saamis sont autorisés à chasser l'élan en vertu du droit suédois, la Commission a reconnu que ces droits pouvaient limiter la propriété d'autrui conformément à l'intérêt général. *Halvar From c Suède* (1998), Comm Eur DHDR [Halvar From].

¹¹³ Doğan, supra note 110.

¹¹⁴ La Commission africaine des droits de l'Homme s'est d'ailleurs appuyée sur la décision dans l'affaire *Dogan*, *ibid*, pour affirmer que : « La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu que les « droits de propriété » pouvaient également comprendre les ressources économiques et les droits sur les terres communautaires des demandeurs ». Voir *Centre de développement des droits des minorités agissant au nom de la Communauté Endorois c l'État du Kenya*, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, communication 276/2003, 27^e rapport d'activité, couvrant les activités de juin à novembre 2009, au para 186.

¹¹⁵ La Cour a affirmé à plusieurs reprises que l'article 1 du Protocole no 1 contient trois normes distinctes : « la première, qui s'exprime dans la première phrase du premier alinéa et revêt un caractère général, énonce le principe du respect de la propriété ; la deuxième, figurant dans la seconde phrase du même alinéa, vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions ; quant à la troisième, consignée dans le second alinéa, elle reconnaît aux États le pouvoir, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général. » Voir notamment *Yaşar Holding A.Ş. c Turquie (fond)*, n° 48642/07 [2017] CEDH au para 88. La réglementation de l'usage d'un bien doit respecter le principe de légalité et ménager un « juste équilibre » entre les impératifs de l'intérêt général et ceux de la sauvegarde des droits fondamentaux. Voir notamment, *Malfatto et Mieille c France*, n° 40886/06 [2016] CEDH au para 61.

¹¹⁶ L'article 55 de la Constitution énonce que les traités ont « une autorité supérieure à celle des lois ». La primauté accordée aux engagements internationaux sur les normes internes ne s'étend pas aux dispositions constitutionnelles. Voir notamment P. Pactet et F. Mélin-Soucramanien, *Droit constitutionnel: 2019*, 37^e éd, Paris, Sirey, 2018 aux pp 633-634.

¹¹⁷ Voir Sudre, supra note 110 aux pp 187-189.

sur les lois organiques»¹¹⁸, la loi de 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie devra céder si, par hypothèse, elle enfreint les droits des Kanak sur les terres ancestrales hors réserve.

V. LA REVENDICATION DE DROITS ANCESTRAUX DEVANT LA JUSTICE FRANÇAISE

Pendant longtemps les Kanak ne purent s'adresser aux tribunaux pour exiger le respect de leurs droits de premier occupant. Le général de Trentinian écrivait, dans la foulée de la révolte de 1878, « on disait aux indigènes lorsque leurs plantations étaient ravagées : portez-vous partie civile. C'était une amère dérision. Ils ne comprenaient pas ces paroles... »¹¹⁹. Toutefois, même après la fin de l'indigénat et jusqu'à aujourd'hui, les juridictions françaises ont très rarement été saisies de revendications de droits ancestraux sur des terres hors réserve, contrairement à ce que l'on observe notamment au Canada et en Australie où une jurisprudence foisonnante se développe depuis plus d'un quart de siècle. Pourtant, les Kanak n'ont jamais renoncé à leur revendication sur ces terres. La *Charte du peuple kanak* l'affirme sans détour :

« Les clans spoliés par la colonisation poursuivent avec le soutien de l'ensemble des composantes du Peuple Kanak leur quête de justice et revendiquent leur patrimoine foncier ancestral. La date de référence de ces revendications est la date de prise de possession par la France et l'objectif reste la réhabilitation des droits spoliés par la colonisation. »¹²⁰

En pratique, cette revendication est compliquée par la présence de prétentions autochtones croisées et opposées à l'extérieur des réserves¹²¹. Les autorités coutumières s'attachent d'ailleurs à concevoir des mécanismes de résolution de ces conflits par le monde coutumier lui-même, mécanismes qui passent par « un travail historique et anthropologique sur l'histoire des territoires (depuis 1853) et la mise en place des cahiers fonciers des clans et chefferies »¹²². Il semble toutefois que pour le moment, les Kanak misent plutôt sur les voies non juridictionnelles de la réforme foncière.

D'aucuns semblent estimer que porter devant la justice un contentieux foncier fondé sur le principe d'« ancestralité » serait plus qu'hasardeux en Nouvelle-Calédonie. Un auteur parle d'une « situation précoloniale introuvable pour le peuple kanak »¹²³. Il convient certes de prendre la mesure des bouleversements qu'ont connus les structures claniques et tribales dans la foulée des déplacements et des expulsions¹²⁴, mais un tel pessimisme n'est peut-être pas entièrement justifié. Au Canada, bien que les groupes autochtones aient aussi connu des

¹¹⁸ Pactet et Mélin-Soucraminian, *supra* note 116 à la p 634.

¹¹⁹ Cité dans Dauphiné, *supra* note 20 à la p 95.

¹²⁰ *Charte du peuple kanak*, Sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie, Nouville, 2014, art. 3.1.7.

¹²¹ *Ibid*, art. 3.1.4.

¹²² *Ibid*, art. 3.1.5.

¹²³ Léon Wamytan, *Peuple kanak et droit français*, Nouméa, Centre de documentation pédagogique de la Nouvelle-Calédonie, 2013 à la p 329.

¹²⁴ La Charte du peuple kanak rappelle les bouleversements et les recompositions entraînés par la mise en réserve : « Au cours de cette histoire, la situation des clans « originels » et des clans « assis » a évolué avec les nouvelles alliances, les donations, l'évolution des liens de parenté et la disparition des clans. Des recompositions sont apparues, aidées parfois par une démographie souvent différenciée dans les clans. Dans ces conditions, de nouveaux équilibres sociaux et coutumiers se sont établis que quatre à six générations de vie commune viendront consolider ». *Charte du peuple Kanak*, *supra* note 120, section 3, art. 1.

fragmentations et des recompositions importantes en raison notamment de leur regroupement et de leur sédentarisation dans des réserves, ils ont pu établir une continuité relative mais suffisante entre le groupe « originel » et le groupe actuel né de diverses mutations. Les tribunaux canadiens acceptent de prendre acte de l'évolution des sociétés et des institutions autochtones souvent induite par la colonisation. La Cour d'appel de Colombie-Britannique a ainsi décidé que la détermination du groupe actuel détenteur des droits ancestraux relève au premier chef des autochtones eux-mêmes¹²⁵. Il faut toujours garder à l'esprit que la revendication n'exige pas la reconstitution artificielle, voire chimérique, de coutumes et d'institutions qui existaient avant la colonisation. Il est probable qu'aujourd'hui ce soit le clan kanak qui aura la qualité juridique pour revendiquer la terre ancestrale¹²⁶.

De même, au Canada et en Australie, les peuples autochtones parviennent, en dépit des obstacles pratiques et financiers considérables qui se dressent sur leur chemin, à faire la preuve que leurs ancêtres occupaient un territoire ou un secteur précis au moment du contact avec les Européens qui remonte parfois- pour ce qui est du Canada- à plus de 400 ans¹²⁷. En mobilisant leur tradition orale, les enquêtes archéologiques, historiques et anthropologiques réalisées par des spécialistes agissant à titre de témoins experts, leurs avocats arrivent fréquemment à convaincre les juges de l'existence de droits fonciers d'origine précoloniale. Répétons ici que le succès de la revendication ne dépend pas de la capacité des demandeurs de reconstituer avec précision le régime foncier précolonial de leurs ancêtres mais seulement de la démonstration du fait de l'occupation par le groupe ancestral au moment de la prise de possession.

La disposition d'esprit des acteurs concernés en Nouvelle-Calédonie et le paysage juridictionnel français pourraient cependant changer. C'est du moins ce que l'on peut supposer au vue d'une jurisprudence récente dans l'affaire *Wezyui-Ma-Nezyui (Gowe) c. Clavel*. Un clan y revendiquait un terrain hors réserve concédé de longue date par les autorités étatiques à un particulier. L'arrêt de la Cour d'appel de Nouméa a débouté le clan revendicateur¹²⁸ et la Cour de cassation a confirmé cette décision en 2014¹²⁹. La haute juridiction interprète tant les prétentions du clan que les attendus de la Cour d'appel comme portant sur deux fondements juridiques distincts : un titre « coutumier » préexistant ayant persisté à ce jour ou un titre acquis par prescription. A l'instar de la Cour d'appel, elle déboute le clan en raison de l'absence de preuve d'une possession idoine permettant d'établir l'un ou l'autre des fondements au titre revendiqué.

La décision de la Cour de cassation ne rejette pas le postulat d'un titre coutumier hors réserve. En reliant clairement l'exigence d'une possession « continue, publique, paisible et non équivoque » à la prescription acquisitive, elle vient plutôt préciser qu'un clan peut soit détenir un titre coutumier « au titre du lien à la terre » soit un titre de droit commun. Elle laisse donc

¹²⁵ La Cour écrit que « *the definition of the proper rights holder is a matter to be determined primarily from the point of view of the Aboriginal collective itself.* » Voir *Tsilhqot'in, Nation v British Columbia*, [2012] 3 CNLR 333 au para 14 (C.A.C.-B.).

¹²⁶ Voir CA Nouméa, 22 août 2011, no.10 /532.

¹²⁷ Voir le cas des Mohawks dans l'affaire *R. c Adams*, supra note 62 et celui des Algonquins dans l'affaire *R. c Côté*, [1996] 3 RCS 139.

¹²⁸ (2012) 10/00493, arrêt du 22 mars 2012.

¹²⁹ Cass Civ 3^e, 21 mai 2014, non publié, n° 12-25-432, (2014) (Rejet)

ouverte la question des critères d'appréciation du « lien à la terre » susceptible de fonder un titre coutumier de même que l'enjeu clé qui est celui de l'effet extinctif d'une concession de titres de propriété sur des terres hors réserve.

Il n'est pas déraisonnable de suggérer, comme certains l'ont fait, que cette décision, bien qu'elle ne tranche pas la question de la survie de droits ancestraux sur les terres hors réserve, n'écarte pas l'émergence d'une jurisprudence analogue à celle des juridictions anglo-saxonnes¹³⁰.

Il incombera à l'avenir aux plaideurs autochtones d'asseoir une revendication foncière hors réserve sur une articulation juridique claire de la doctrine des droits de premier occupant héritée du droit colonial, ce qui aidera le juge à cerner tant les conditions juridiques d'existence des droits ancestraux que les règles relatives à leur possible extinction.

De plus, une revendication en justice de droits ancestraux exige la présentation d'une preuve historique étoffée et convaincante puisqu'il faut établir l'occupation ancestrale des terres en litige au moment de la prise de possession¹³¹. De plus, si pour démontrer l'extinction des droits de premier occupant, l'État ou le particulier intéressé établit l'existence d'une soi-disant entente de « cession volontaire » intervenue avec les détenteurs légitimes de la terre, le plaideur autochtone doit être prêt à contester le caractère libre et volontaire de la renonciation aux droits sur le territoire à l'aide d'une preuve des faits ayant entouré la dépossession de ses ancêtres. Une revendication crédible exigera donc de longs préparatifs. Le groupe revendicateur devra faire preuve d'une grande cohésion et pouvoir compter sur l'expertise technique et les ressources nécessaires. De surcroît, l'expérience canadienne et australienne montre que le recours aux tribunaux comporte le risque d'un échec au terme de procédures longues et coûteuses.

En revanche, les succès de plusieurs peuples autochtones au Canada et en Australie, nous apprennent aussi que l'affirmation judiciaire des droits ancestraux peut être le catalyseur d'un changement d'attitude de la part de l'État qui ne peut plus minimiser la légitimité et la solidité d'une revendication autochtone même si celle-ci est de nature à perturber les configurations foncières héritées des politiques coloniales. Autrement dit, la consécration par la justice des droits ancestraux pourrait induire un changement de paradigme juridique, et même politique, eu égard à la résolution du contentieux foncier colonial¹³², un paradigme d'ailleurs en phase avec les normes internationales relatives aux droits des peuples autochtones¹³³.

Cette mutation aidera à asseoir la réforme foncière sur un sous-bassement ancestral plus légitime pour le monde kanak que la méthode actuelle d'attribution des terres récupérées par

¹³⁰ Voir notamment Lafargue, « Terres de mémoires », *supra* note 3 aux pp 111-113.

¹³¹ Certaines présomptions de fait peuvent toutefois s'appliquer. Par exemple, au Canada certaines manifestations d'une occupation postérieure à la prise de possession peuvent faire présumer que cette occupation remonte à une époque antérieure à la prise de possession.

¹³² Au Canada, l'affirmation de la persistance du titre ancestral dans l'affaire *Calder* a mené directement à la mise en place par le gouvernement canadien d'une politique de négociation des revendications foncières autochtones et, plus tard, à la protection constitutionnelle des droits ancestraux, voir *Calder*, *supra* note 6

¹³³ Voir notamment les articles 25 à 30 de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Rés AG 61A, Doc off AG NU, 61e sess, supp no 49, Doc NU A/295 (2007) 1 [Déclaration des Nations Unies].

l'ADRAF¹³⁴. La réforme parviendrait alors mieux à remplir la mission de réparation et de réconciliation qui lui incombe. Ce changement pourrait aussi s'avérer nécessaire pour amener tant l'État que l'industrie extractive à accepter que les chefferies et les clans kanak ont conservé avec l'espace hors réserve un lien juridique légitime, continu et effectif apte à étayer leur revendication de « souveraineté sur leur territoire traditionnel ou coutumier quel que soit son statut¹³⁵ » et donc de conforter la demande de consentement préalable, libre et éclairé des autochtones à toute exploitation de leur « zone d'influence coutumière »¹³⁶.

Le juge pourrait aussi jouer, en présence d'un blocage irréductible des processus coutumiers de conciliation, et donc en tout dernier recours, un rôle précieux d'arbitre des conflits fonciers entre les acteurs coutumiers eux-mêmes pour ce qui concerne la revendication des terres ancestrales¹³⁷.

VI. LA RESTITUTION DE LA TERRE ANCESTRALE : UN EXERCICE DE PONDÉRATION DE DROITS

Par ailleurs, un jugement constatant la persistance de droits ancestraux sur un espace hors réserve posera la question de la réparation qu'il conviendra d'accorder au premier occupant autochtone dans l'hypothèse où ce dernier ne souhaite pas renoncer à ses droits à la faveur d'un accord formel avec l'État¹³⁸.

La détermination des conséquences juridiques concrètes à tirer de la survie des droits ancestraux appelle une approche subtile et nuancée tenant compte de la complexité de la réalité de terrain. Plus la situation foncière observable aujourd'hui sur les terres concernées sera enchevêtrée sur le plan des tenures et des affectations, plus la quête de restitution s'avérera complexe et exigeante. C'est ce que dit en quelque sorte la *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones* dont l'article 28 se lit comme suit :

« Les peuples autochtones ont droit à réparation, par le biais, notamment, de la restitution ou, lorsque cela n'est pas possible, d'une indemnisation juste, correcte et équitable pour les terres, territoires et ressources qu'ils possédaient traditionnellement ou occupaient ou utilisaient et qui ont été confisqués, pris, occupés, exploités ou

¹³⁴ La méthode d'attribution des terres appliquée par l'ADRAF soumet l'étude des demandes à plusieurs critères ne se rapportant pas au lien à la terre. Une importance considérable, sinon prépondérante, semble être accordée à la mise en valeur économique de la terre. Voir Décret No 89-571 du 16 août 1989 pris en application de l'article 94 de la Loi No 88-1028 du 9 novembre portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998 et relatif à l'Agence de développement rural et d'aménagement foncier, JO, 18 août 1989, à la p 10359 ; modifié par : Décret No 2000-1001 du 16 octobre 2000 modifiant le décret n° 89-571 du 16 août 1989 et relatif à l'Agence de développement rural et d'aménagement foncier, JO, 17 octobre 2000, n° 241, à la p 16840, art 26.

¹³⁵ *Charte du peuple kanak*, *supra* note 120, art. 3.2.3.

¹³⁶ La Charte du peuple kanak énonce que le « consentement préalable, libre et éclairé et en connaissance de cause de la chefferie et des clans concernés est requis quel que soit le statut juridique de l'espace considéré. Ce droit est rattaché à la Zone d'Influence Coutumière qui délimite sur le plan cartographique, l'espace rattaché à une chefferie et à ses clans », *supra* note 120, art. 3.2.8.

¹³⁷ Dans ce cas de figure, il faudrait idéalement que les protagonistes s'adressent au juge d'un commun accord non sans avoir au préalable épuisé tous les paliers de conciliation coutumière.

¹³⁸ Le principe d'abandon volontaire de la terre ancestrale hérité du régime de la découverte reste en effet toujours d'actualité.

dégradés sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause ».

La restitution est posée comme un objectif mais non comme un impératif indérogeable étant admis qu'elle ne sera pas toujours possible. L'article 46 de la Déclaration vient en outre formuler une importante limite intrinsèque aux droits qu'elle énonce, y compris en matière de réparation, en affirmant que « dans l'exercice des droits énoncés dans la présente Déclaration, les droits de l'homme et les libertés fondamentales de tous sont respectés ». La disposition reconnaît aussi la légitimité de certaines restrictions extrinsèques mises en place par les pouvoirs publics si ce procédé est « 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 »¹³⁹.

La mise en balance des droits fondamentaux et l'exigence de justice formulée avec force dans l'instrument onusien se concrétiseront de manière exemplaire lorsque les terres hors réserve grevées de droits ancestraux se trouveront aujourd'hui entre les mains de particuliers. Ces derniers ne sont pas sans droit. Tel qu'il a été mentionné précédemment, la concession à l'origine du titre non autochtone n'est pas une nullité absolue même si elle n'a pas mis fin valablement au droit de premier occupant qui est incommutable. Sur le plan juridique, elle accorde au concessionnaire et à ses successeurs des droits sur la terre dont la portée varie selon la nature et l'ampleur des droits ancestraux. Ces droits réels sur un bien immobilier, même limités, ressortissent vraisemblablement au domaine de la « propriété » protégée par la constitution française¹⁴⁰.

De plus, le fait de la jouissance paisible et prolongée de la terre par le particulier a fort probablement fait un naître intérêt patrimonial protégé en vertu de l'article 1 du premier protocole de la *Convention européenne des droits de l'homme* même si le lien juridique formel entre l'intéressé et la terre établi par la concession ne lui garantit pas nécessairement cette jouissance pleine et exclusive. La Cour européenne des droits de l'Homme est en effet allée très loin dans l'autonomie de la notion de « bien ». Ainsi, un intérêt patrimonial protégé par la CEDH a pu se cristalliser si une personne a tiré d'un bien ses ressources économiques et son revenu, même s'il n'existe aucun lien juridique étatique entre le bien et l'intéressé¹⁴¹. On a par ailleurs pu constater dans certaines affaires que la Cour ne semble même pas faire de l'origine illicite de l'intérêt patrimonial un facteur déterminant. Elle a pu en effet considérer que le fait que l'État laisse perdurer pendant un certain laps de temps l'usage effectif d'un bien, le rendait en quelque sorte forclos à s'opposer à l'existence d'un intérêt patrimonial au sens de la Convention européenne. En conséquence, il peut y avoir un intérêt patrimonial dans la mesure

¹³⁹ Voir : *Déclaration des Nations Unies*, *supra* note 132, art 46, qui exige en outre que la mesure soit non discriminatoire et conforme aux obligations internationales relatives aux droits de l'homme. Le troisième alinéa de l'article énonce que « Les dispositions énoncées dans la présente Déclaration seront interprétées conformément aux principes de justice, de démocratie, de respect des droits de l'homme, d'égalité, de non-discrimination, de bonne gouvernance et de bonne foi ».

¹⁴⁰ Malgré les restrictions qui les frappent, ils tombent sans doute dans le champ de l'article 6 de la *Loi organique*, *supra* note 4.

¹⁴¹ Ce type d'intérêt patrimonial a été reconnu par la Cour dans l'affaire *Doğan*, *supra* note 110.

où la jouissance d'un bien a bénéficié d'une forme de reconnaissance de facto de la part de l'État, par voie de tolérance¹⁴². De la même manière, la Cour a estimé, à propos d'une maison construite illégalement sur le domaine public maritime français¹⁴³, que, même si l'État avait informé les requérants du caractère révocable et non constitutif de droit réel des autorisations d'occupation qui leur ont été accordées, « le temps écoulé a fait naître l'existence d'un intérêt patrimonial du requérant à jouir de la maison, lequel était suffisamment reconnu et important pour constituer un « bien » »¹⁴⁴.

Il fait donc peu de doute que le titulaire d'une concession sur les terres grevées de droits ancestraux kanak pourra avoir acquis au fil du temps un intérêt patrimonial sur cette terre constituant un « bien » au sens du droit européen des droits de l'Homme. La situation de la terre traditionnelle autochtone concédée à un particulier en est donc une de superposition de « propriétés » protégées. Entre ces propriétés en « mille feuille », il n'existe pas en droit de hiérarchie formelle préétablie de sorte que la balance de la justice n'est pas réglée pour favoriser systématiquement l'une au détriment de l'autre. Une mise en balance concrète au cas par cas s'imposera de sorte que le sacrifice ne sera pas invariablement demandé à la même propriété. Il pourra arriver que les deux puissent coexister.

Dans la démarche de conciliation empirique, il faudrait, toutefois, éviter de faire l'impasse sur le fait crucial que les droits de premier occupant sont des droits qui préexistaient les droits du propriétaire privé et que les autochtones en ont été privés illégalement. Tel que l'écrit un historien, la restitution des terres ancestrales sera parfois « un geste d'élémentaire justice »¹⁴⁵ et comme le reconnaît la Cour européenne des droits de l'homme, la sauvegarde des droits autochtones sur la terre et les ressources constitue un objectif d'intérêt général qui justifie dans certains cas de limiter la propriété privée¹⁴⁶.

L'exercice de pondération passera par la prise en compte d'une multitude de variables de nature différente et dont l'importance variera selon les cas à trancher. On pourra soupeser des facteurs tels que, par exemple, la portée des droits ancestraux, l'état et l'usage actuels du terrain, l'importance culturelle ou spirituelle particulière du site pour les autochtones et les solutions de rechange à la restitution. Si les droits ancestraux prouvés ne sont pas de la nature d'une maîtrise foncière exclusive, il ne sera peut-être pas impossible d'organiser une jouissance partagée de la terre¹⁴⁷. Dans les cas où la restitution en nature des terres à leur premier occupant serait requise, le particulier ainsi privé de son bien aura le droit à une juste indemnité. Les non-autochtones, dont en particulier les descendants des colons qui sont aujourd'hui sur la terre calédonienne

¹⁴² *Oneriyildiz c. Turquie* (GC), n° 63, [2004] CEDH. Pour d'autres affaires dans laquelle une construction érigée à l'origine illicitement, dont les requérants ont pu jouir sans que les autorités n'agissent ou ne le contestent, a fait naître un intérêt patrimonial voy. : *Hamer c Belgique*, n° 21861/03 [2007] CEDH; *Matos e Silva, Lda. et autres c Portugal* (1996), CEDH (Sér A) 1996-IV, à la p 1114.

¹⁴³ *Depalle c. France*, n° 34044/02 [2010] CEDH.

¹⁴⁴ *Idem*, § 68.

¹⁴⁵ Saussol, *supra* note 33 à la p 455.

¹⁴⁶ *Halvar From*, *supra* note 112.

¹⁴⁷ Un droit autochtone de prélèvement de ressources végétales ou halieutiques, par exemple, n'est pas nécessairement irréconciliable avec une occupation non autochtone.

depuis des générations, ne devraient donc pas craindre que la reconnaissance judiciaire de droits ancestraux entraîne une « dépossession à rebours » arbitraire. Comme l'écrit Saussol, « l'héritage calédonien, c'est aussi un siècle de colonisation de peuplement enracinée dans l'île et ce partage de la Grande-Terre appelle nécessairement une solution de compromis »¹⁴⁸.

Il vaut la peine de souligner ici la riche jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme sur la question de la restitution des terres ancestrales autochtones lorsqu'elles sont devenues la propriété de tiers de bonne foi. Selon cette haute juridiction:

« [...] La restriction du droit de propriété privée individuelle peut-être nécessaire afin d'atteindre l'objectif collectif de la préservation des identités culturelles dans une société pluraliste et démocratique, dans le sens que lui attribue la Convention américaine, et cela peut être proportionnel dans la mesure où une juste compensation est payée à ceux qui sont affectés par l'application de l'article 21 (2) de la Convention.

Cela ne signifie pas qu'à chaque fois qu'il y a un conflit entre les intérêts fonciers de particuliers ou de l'État et ceux des membres des communautés autochtones, ces derniers doivent prévaloir sur les autres. Lorsque les États sont incapables, pour des raisons concrètes et justifiées, d'adopter des mesures afin de rendre le territoire traditionnel et les ressources communes aux populations autochtones, les compensations doivent d'abord être accordées en fonction de la signification que revêt la terre pour eux. »¹⁴⁹

En ce qui concerne les terres hors réserve qui sont des terres domaniales non affectées, un jugement concluant à la persistance de droits ancestraux devrait normalement emporter l'obligation d'assurer aux autochtones la jouissance effective de leurs droits pour l'avenir car il n'y a dans ce cas ni conflit de droit, ni conflit d'affectation. La restitution en nature devrait être la règle. Lorsque les terres domaniales sont affectées, il faudra voir dans quelle mesure leur restitution aux autochtones serait compatible avec l'affectation en cause. S'il y a compatibilité, la restitution devrait s'imposer. Dans le cas contraire, il faudra voir si l'affectation incompatible constitue une entrave telle aux droits ancestraux qu'elle enclenche le jeu de la protection constitutionnelle ou internationale.

Lorsque la restitution en nature intégrale n'est ni juste ni appropriée, il conviendrait d'envisager des formes de restitution « morale », c'est-à-dire des réparations qui confirmeraient le lien immatériel imprescriptible entre un peuple autochtone et sa terre ancestrale même lorsque cette terre est irrévocablement passée dans le patrimoine privé ou domanial. Il pourrait s'agir, par exemple, de plaques, de marqueurs coutumiers ou de monuments rappelant l'occupation ancestrale, ou encore de droits cérémoniels réservés aux premiers occupants et opposables au propriétaire.

CONCLUSION

Quel que soit le devenir constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie, et la nature de son lien à la France, le contentieux foncier perdurera en raison de la demande autochtone de réparation des

¹⁴⁸ Saussol, *supra* note 33 à la p 455.

¹⁴⁹ *Comunidad Yakye Axa c Paraguay* [2005], aux para 148-149.

spoliations coloniales. Or la doctrine juridique des droits de premier occupant affirmée dès 1855 offre une légitimité historique proprement calédonienne à cette demande. La comparaison du droit applicable en Nouvelle-Calédonie à celui des anciennes colonies de peuplement anglo-saxonnes montre non seulement des origines et des fondements communs mais également un régime juridique fondamentalement convergent en ce qui concerne la reconnaissance des droits des peuples autochtones sur leurs terres ancestrales. Il ressort même de cette étude que le modèle français s'avère plus protecteur encore que celui des États-Unis, de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande où on n'accorde aucune valeur supra-législative aux droits ancestraux.

Pourtant, le contentieux des droits ancestraux en Nouvelle-Calédonie est pratiquement inexistant alors même qu'il est aujourd'hui très actif au Canada et en Australie. Il se peut que cet état de fait s'explique par la propension des juristes à s'en remettre au texte de la loi organique qui ne manifeste pas, à première vue, d'ouverture en faveur de droits ancestraux Kanak à l'extérieur des réserves. Peut-être les acteurs autochtones sont-ils aussi peu portés à lancer des revendications judiciaires qui nécessiteront des ressources et des expertises considérables notamment en raison de la preuve historique qui s'imposera. Cette étude tend toutefois à démontrer qu'une approche plus volontaire pourrait porter ses fruits.

Les considérations qui précèdent mettent aussi en exergue le fait qu'une reconnaissance judiciaire des droits ancestraux Kanak devrait amener l'État à créer de nouveaux mécanismes pour un règlement juste des demandes de restitution fondées sur le titre ancestral, particulièrement lorsqu'il y a superposition de droits autochtones et non autochtones sur un même fond. C'est là une exigence du destin commun.