



**Séminaire la situation foncière en Nouvelle-Calédonie,  
Sénat coutumier, 16-17 juillet 2020.  
*Un peuple, un pays, une organisation.***

Le président du Sénat coutumier, Hippolyte Sinewami-Htamumu, m'a interrogé en ces termes :

Concernant les droits ancestraux kanak sur le foncier, il s'agit de terres situées dans et hors terres coutumières mais grevées de droits ancestraux kanak. Ce sont des terres ou des espaces sur lesquels nos ancêtres cultivaient ou pratiquaient la chasse, la cueillette ou la pêche qu'ils auraient abandonnées pour vivre cantonnés dans les réserves. Ces droits ne sont pas éteints à l'heure actuelle. Nous souhaiterions à cette occasion que vous apportiez votre expertise en déclinant l'approche juridique de l'existence encore aujourd'hui, des droits ancestraux kanak sur le foncier calédonien.

L'université, via l'association de deux équipes de recherches le LARJE et TROCA (l'équipe TRajectoires d'OCéanie TROCA et le Laboratoire d'Études et de Recherches Juridique et Économique LARJE) avait rendu au Sénat (pour le district de Tîrî) un rapport en août 2019 sur *la délimitation de territoires aux tribus*, et partant, sur *le statut des terres en droit contemporain*.

- L'équipe TROCA intéressée était constituée de :
  - M. Patrice GODIN, MCF en anthropologie
  - M. Gwenaël MURPHY, PRAG en histoire, Docteur en histoire
- L'équipe du LARJE intéressée est constituée de :
  - M. Mathias CHAUCHAT, PR de droit public
  - M. Étienne CORNUT, PR de droit privé

L'article 6 de la loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie dispose : « *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* ».

L'article 18 en définit le statut : « *Sont régis par la coutume les terres coutumières et les biens qui y sont situés appartenant aux personnes ayant le statut civil coutumier. 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. Les terres coutumières sont inaliénables, incessibles, incommutables et insaisissables*

 ». 

L'interprétation classique combinée des articles 6 et 18 reconnaît ainsi trois formes de propriété : **terres privées, terres coutumières et terres domaniales**.

**Ce que l'étude historique nous a confirmé** est que les grands principes de la propriété indigène sont fixés dès 1868 avec la règle des 4i, *incommutabilité, insaisissabilité, inaliénabilité et imprescriptibilité*, fixée par l'arrêté majeur du Gouverneur Guillain du 22 janvier 1868 sur la constitution de la propriété indigène qui institue la notion de « réserve ».

L'État se réserve, à l'article 7 de ce même arrêté, la possibilité de s'en saisir et d'exproprier les tribus, en l'échange d'une indemnisation. L'objectif de l'administration est de garder le contrôle du marché foncier. Cette disposition est liée à deux anticipations importantes : les besoins à venir de l'Administration pénitentiaire et le soupçon de richesses minières du sol calédonien. Un droit de propriété instable est ainsi créé, situation inédite dans l'empire colonial français.

A partir de 1871, une colonisation anarchique se développe sur la Grande Terre suite à la décision du gouverneur Gaultier de la Richerie d'octroyer des « *permis d'occupation* » pour des colons libres, en contrepartie d'une « *indemnité de déplacement* » pour les Kanak dont les terres sont attribuées aux nouveaux venus. Le gouverneur Feillet, en place entre 1894 et 1902, opte pour une politique de colonisation libre qu'il souhaite renforcer. Afin d'accomplir ce projet, il acte la constitution de « *réserves indigènes* » par un arrêté du 23 novembre 1897 qui signifie le début de cinq années d'intense réorganisation du territoire. Il n'est désormais plus fait mention du respect de l'occupation traditionnelle des terres par les Kanak. 10% des terres de la Grande Terre seront conservées par les Kanak à l'issue d'un demi-siècle de spoliations, lorsque celles-ci s'arrêteront en 1914.

Les droits fonciers indigènes ont été reconnus, incommutables, imprescriptibles, insaisissables et inaliénables dès les premiers textes de la colonisation. Ils ont fait l'objet d'atteintes souvent par la force et par la contrainte. Sont-ils pour autant éteints dans le droit contemporain ? Faut-

il sécuriser les droits fonciers d'aujourd'hui, souvent issus de spoliations brutales, ou au contraire permettre les revendications foncières, au nom des droits ancestraux kanak, devant les juridictions ? Plus simplement, faut-il en rester aux rapports de forces, ceux du passé et ceux nécessairement de demain, ou faut-il privilégier la voie juridictionnelle ?

La question traverse la politique comme l'université. Pour prendre deux extrêmes, **Ghislain Otis**, professeur canadien à l'université d'Ottawa, s'interroge sur la possible reconnaissance d'une quatrième catégorie de terres, « *les terres hors réserve grevées de droits ancestraux kanak*<sup>1</sup> ». En sens contraire, **Antoine Leca**, professeur à l'Université d'Aix-Marseille, a publié un point de vue opposé intitulé : *Souviens-toi d'oublier*, en réponse à Ghislain Otis sur la théorie du « titre ancestral kanak » hors des terres coutumières de la Nouvelle-Calédonie. Pour l'auteur, « *ce titre ancestral n'a jamais existé* » et il évoque l'oubli nécessaire. C'est la querelle éternelle de la doctrine qui oppose l'ordre à la justice.

### **1. Le chemin parcouru, ce qu'on sait aujourd'hui.**

Les droits ancestraux kanak, qui sont des droits réels sur la chose, **n'ont pas été éteints**. Ils ne l'ont été **ni par le consentement des indigènes, ni par la reconnaissance de la propriété privée des colons, ni par les statuts de la Nouvelle-Calédonie**.

Le **consentement des indigènes** n'a jamais été libre et éclairé. Peut-être pourra-t-on démontrer un jour le contraire ? Ce n'est pas ce que la recherche historique nous montre.

La **question de la prescription acquisitive** du droit civil est également souvent opposée aux revendications foncières. On pense qu'on n'a rien à redouter, car c'est le passé... La règle des 4 i, dont on sait qu'elle apparaît formellement dès 1868, rend pourtant inopérant le jeu de la prescription acquisitive sur les droits fonciers ancestraux.

On ne peut pas interpréter **les statuts de la Nouvelle-Calédonie** comme ayant validé les spoliations. On ne peut pas interpréter l'Accord de Nouméa qui a engagé un processus de décolonisation comme celui qui aurait figé les frontières des trois types de propriété et éteint unilatéralement les droits fonciers kanak.

**Mais ces droits fonciers kanak ne sont plus seuls.** D'autres droits privés ont pu naître qui méritent une protection équivalente. Toutefois, il ne fait pas de doute non plus que les propriétaires de terres privées ont obtenu par leur possession longue, souvent sur plusieurs générations, un droit patrimonial également reconnu. Ce droit patrimonial est tout autant protégé par les mêmes dispositions constitutionnelles et internationales devant les juridictions.

---

<sup>1</sup> Ghislain Otis, *On a oublié les promesses premières : les droits des kanak sur la terre ancestrale*, Revue de la Recherche Juridique, n° 2018-3, p. 1352.

Il faut donc interpréter la propriété foncière en Nouvelle-Calédonie, sur terres domaniales ou privées, comme une superposition de droits réels. **C'est le « mille-feuille » calédonien.**

Alors, puisque les droits indigènes, on dira les droits ancestraux kanak, sont vivants, comment les faire reconnaître en droit contemporain ?

## **2. Le chemin qu'il nous reste à parcourir, ce qu'il nous reste à faire**

Les droits ancestraux kanak ne sont pas éteints. Ils représentent des droits réels sur la chose et constituent un intérêt patrimonial pour des clans qui ont bénéficié de la reconnaissance juridique de leur personnalité morale depuis 2011.

Reconnu personne morale de droit coutumier, le clan kanak peut non seulement être « propriétaire » coutumier (on préfèrera le terme de *gardien*, dans la mesure où la propriété des terres coutumières n'est pas en soi un droit de propriété au sens traditionnel du terme), mais également propriétaire d'une terre en vertu du droit civil et, partant, revendiquer un droit de propriété selon les modes d'acquisition de droit civil des biens.

Ces voies juridictionnelles ne sont pas incompatibles, au contraire, avec la relance des politiques publiques de l'ADRAF et son transfert au pays, en négociant une dotation de compensation sur la moyenne des 20 dernières années. L'ADRAF doit rester l'outil actif de la redistribution foncière.

Certaines décisions ont été rendues par la justice française et ne sont pas sans intérêt. Si l'on suit le raisonnement issu de l'arrêt rendu par la troisième chambre civile de la **Cour de cassation le 21 mai 2014 (n° 12-25.432)**, rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Nouméa du 22 mars 2012 (RG n° 10/493), **un clan kanak dispose de deux moyens – coutumier et civil – pour revendiquer la propriété d'une terre.**

**L'action de droit commun est l'action en revendication immobilière** du Code civil et **l'action en revendication fondée sur la coutume** est celle **fondée directement sur le lien à la terre**, de l'article 18 de la loi organique, c'est-à-dire porter une revendication foncière en justice parce qu'on estime la terre coutumière. Ce « lien à la terre » permet, selon la lettre même de l'article 18 de la loi organique, à un clan de revendiquer une terre coutumière qui n'en est pas juridiquement une au moment où l'action est menée

Dans tous les cas, **le juge doit examiner la validité du titre** de propriété invoqué, ce qu'avait omis de faire la cour d'appel. **Il faut donc démontrer que la terre est coutumière**, soit que la terre l'a toujours été, soit que la terre l'est redevenue par possession par exemple. **En cas de conflit de possession, la personne dont la possession est la plus vraisemblable sera considérée par le juge comme le propriétaire.**

La Cour de cassation a jugé en 2014 que le clan Gowé à Houailou « ***ne rapporte pas la preuve d'une possession susceptible de fonder le titre coutumier revendiqué et, par voie de conséquence, ne rapporte pas la preuve du caractère coutumier de la propriété revendiquée*** ». Mais elle n'a pas fermé la porte à la revendication foncière en droit français et ne le pourrait d'ailleurs pas.

**Il faut donc commencer par le commencement.** Le Sénat coutumier doit faire établir pour chaque aire coutumière de la grande terre, **une histoire précise des dépossessions** (dates, textes, actions de force, etc.). Il y a même urgence à le faire, notamment dans le Sud où la question du foncier de l'habitat précaire est posée. Le laboratoire TROCA de l'université avec Gwenaël Murphy peut fournir cet historique précis avec une convention d'études.

**Il faut ensuite être convainquant.** Etienne Cornut avait avancé cette hypothèse : **si un clan parvient à démontrer qu'il était possesseur, au sens du droit civil, d'une terre, à une époque donnée, alors il est présumé conserver cette qualité par la seule intention, même s'il n'occupe plus la terre matériellement** (puisque il en a été évincé par la force et demeure éloigné par la contrainte du droit de propriété aujourd'hui), **quand bien même elle serait occupée par un tiers, dès lors que demeure son intention de se comporter comme un propriétaire (*animus*)**.

Cet *animus* qui est l'un des deux éléments de la propriété (le *corpus* est l'élément matériel et l'*animus* est l'éléments intentionnel) peut-il être le « *lien à la terre* » au sens de l'article 18 de la loi organique ? C'est la réalité pour Etienne Cornut, tant il existe, au-delà de la lettre des termes, une communauté de nature entre l'*animus* au sens de l'article 2261 *in fine* du Code civil<sup>2</sup>, et ce « *lien à la terre* ».

**Dans certains cas, le juge pourra conclure à ce que les éléments de propriété coutumière sont les plus vraisemblables. Dans d'autres cas, il faudra transiger.** C'est le mille-feuille calédonien suggéré par Ghislain Otis. Lorsque la rétrocession n'est pas physiquement possible, le juge doit s'engager à reconnaître un second droit réel sur la chose, le droit ancestral kanak et **une rétrocession symbolique** peut être engagée :

En s'inspirant des exemples étrangers, Ghislain Otis, professeur à l'Université d'Ottawa, suggère ainsi : « *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*

---

<sup>2</sup> Article 2261 du Code civil, *Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire.*

*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 »<sup>3</sup>. On comprend bien qu'à Nouméa, et dans les villes et villages, la restitution des propriétés privées est de fait impossible, sauf sur des espaces, propriété des personnes publiques. La restitution symbolique, sous la forme de monuments, de noms de rue et de places, serait à privilégier.*

Les articles 6 et 18 de la loi organique doivent ainsi bien être interprétés comme **ne figeant pas la répartition des terres pour l'éternité**, mais **comme permettant à un clan de revendiquer, au nom du lien à la terre** dont il a été dépossédé sans son consentement libre et éclairé, une terre coutumièrre, qui n'en est pourtant pas juridiquement une au moment où l'action est menée.

Ce n'est pas pour autant la fin du monde, car mieux vaut que ces actions se passent devant les tribunaux, qui arbitreront entre les droits réels superposés des uns et des autres, qu'il faudra savoir méticuleusement prouver, que par les occupations de terrains, les barrages, les agressions et les conflits armés.

**Les partis indépendantistes ont donné de fortes garanties** aux différentes populations qui formeraient ensemble un peuple par le Oui. Le projet du FLNKS<sup>4</sup> garantit sans ambiguïté la propriété privée, à la différence de la solution adoptée au Vanuatu à l'indépendance.

Rouvrir la question foncière, c'est faire face à l'histoire et démontrer le destin commun dans un pays commun. C'est décoloniser.

Mathias CHAUCHAT  
Professeur des Universités  
Agrégé de droit public  
Université de la Nouvelle-Calédonie  
BP R4 98851 NOUMEA  
[@ChauchatM \[mathias.chauchat@unc.nc\]\(mailto:@ChauchatM\_mathias.chauchat@unc.nc\)](mailto:@ChauchatM_mathias.chauchat@unc.nc)  
<https://larje.unc.nc>

---

<sup>3</sup> Ghislain Otis, *On a oublié les promesses premières : les droits des Kanak sur la terre ancestrale*, in Géraldine Giraudeau (dir.), *Les enjeux territoriaux du Pacifique*, Presses de l'Université de la Nouvelle-Calédonie - PUNC, 2020, p. 37, <https://larje.unc.nc/fr/le-colloque-international-sur-les-enjeux-territoriaux-du-pacifique-est-mis-en-ligne/>

<sup>4</sup> Le projet du FLNKS pour une Kanaky-Nouvelle-Calédonie souveraine, p. 8.  
<http://unioncaledonienne.com>