



HAL
open science

**Nature et lien à la terre selon la coutume kanak : d'un patrimoine matériel et spirituel à la personnification.
Quelle qualification juridique pour quels droits ?**

Etienne Cornut

► **To cite this version:**

Etienne Cornut. Nature et lien à la terre selon la coutume kanak : d'un patrimoine matériel et spirituel à la personnification. Quelle qualification juridique pour quels droits?. Mathieu Combet; Jonas Knetsch; Geneviève Pignarre; Stéphane Vernac; Matthieu Zolomian. Itinéraires d'un juriste : mélanges en l'honneur de Marc Véricel, mare & martin, pp.441-463, 2023, 978-2-84934-654-9. halshs-04032597

HAL Id: halshs-04032597

<https://shs.hal.science/halshs-04032597v1>

Submitted on 17 Sep 2024

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

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

Nature et lien à la terre selon la coutume kanak : d'un patrimoine matériel et spirituel à la personnification.

*Quelle qualification juridique pour quels droits ?**

Étienne CORNUT

*Professeur à l'Université Jean Monnet Saint-Étienne
Directeur du CERCRID UMR CNRS 5137*

Le lien à la terre comme expression de l'union Terre-Nature-Clan-Personne
– Jean-Marie Tjibaou (1936-1989) explique que « Dans notre système, l'homme n'est pas le maître. Il est un élément du monde. Il est parmi les plantes. Il y a une plante qui est son totem. Parmi les animaux, il y a un animal qui est son totem, qui est le totem d'un autre clan. Et c'est toute une autre philosophie qui est branchée là-dessus. Nous faisons partie du monde, du monde des vivants, du monde de la nature, du monde des arbres, des plantes, des pierres, et il faut le respecter »¹. Dans cette conception du monde et de la nature, la terre n'appartient pas à l'homme, c'est l'homme qui appartient à la terre. Cette conception est largement partagée dans les sociétés dites autochtones de l'Océanie, et sans doute bien au-delà. Entendue ainsi, l'environnement ne se réduit pas à la faune et la flore, à la biodiversité non humaine, animale ou végétale. L'environnement a également une dimension immatérielle et culturelle, incluant les esprits, les mythes, les savoirs, incluant aussi l'humain, comme partie intégrante de ce tout.

Il apparaît que les notions de *Nature* et d'*environnement*, telles que classiquement entendues en droit français et européen, n'ont pas le même sens dans la société kanak où les humains interagissent avec leurs milieux, et réciproquement. Les termes en langues vernaculaires kanak² confondent parfois humains et

* Cette étude, dans une première version, a été présentée oralement lors du séminaire international « *Juridifier l'anthropocène* », organisé à l'AFD le 22 novembre 2019, sous la direction des Pr. G. Lhuilier et B. Parance. Sur les conclusions de ce séminaire, v. le dossier publié au *JCP G* 2020, doct. 247, 248 et 249.

1. J.-M. Tjibaou, « Être Mélanésien aujourd'hui », *Esprit* sept. 1981, p. 81-93, spéc. p. 88-89.
2. La Nouvelle-Calédonie compte officiellement 28 langues vernaculaires kanak, v. le site de l'Académie des langues kanak : www.alk.nc. Sur les liens entre langues kanak et droit coutumier, v. É. Cornut, « La valorisation juridique des langues kanak », *Cahiers du*

non-humains. « Pour parler de “nature”, explique Isabelle Leblic, les Paicî parlent du pays *näpô* composé de tous ses habitants humains vivants – clans, lignages... – ou morts – ancêtres, esprits – et non humains – minéraux, végétaux, animaux, soit une combinaison d’éléments naturels et surnaturels, avec un continuum entre le monde (...) sur terre avec celui environnant des êtres supranaturels. »³

Le lien à la terre exprime une appartenance de l’homme à cet endroit de la terre, parce qu’il y trouve son origine, la sienne autant que celle de ses ancêtres, celle du clan dont il est membre et, partant, son identité et son nom. « Nous ne sommes pas des hommes d’ailleurs. Nous sommes des hommes sortis de cette terre »⁴. Ce lien repose sur un principe coutumier de l’union des hommes et de la terre. Selon la charte du peuple kanak du 26 avril 2014⁵, il « traduit la relation charnelle et spirituelle d’un clan avec l’espace naturel où se situe son tertre d’origine où apparut l’ancêtre et avec les espaces des tertres successifs qui jalonnent son histoire. Plus largement, le lien à la terre traduit la relation affective liant la famille/le clan et la terre qui l’a vu naître et grandir. » (art. 4).

Reconnaissance constitutionnelle – L’accord de Nouméa du 5 mai 1998 reconnaît cette conception du rapport des Kanak avec leur terre. Sans doute des normes antérieures l’avaient admise également⁶. Pour autant la valeur constitutionnelle de l’accord de Nouméa donne à cette reconnaissance une dimension qu’elle n’avait pas auparavant. Son préambule indique que « L’identité kanak était fondée sur un lien particulier à la terre. Chaque individu, chaque clan se définissait par un rapport spécifique avec une vallée, une colline, la mer, une embouchure de rivière, et gardait la mémoire de l’accueil d’autres familles. Les noms que la tradition donnait à chaque élément du paysage, les tabous marquant certains d’entre eux, les chemins coutumiers structuraient l’espace et les échanges. » (point 1). Expression formelle de cette conception du rapport Terre-Nature-Clan-Personne, le « lien à la terre » est érigé au rang de notion constitutionnellement garantie et il fonde ce que la loi organique n°99-209 du 19 mars 1999 appelle, par une sorte de mimétisme juridique trompeur, la « propriété coutumière » sur les « terres coutumières » (art. 18). Cela n’a pas

CRINI n° 2, 2021, « Droit et langue : pourquoi et comment des exceptions juridiques et linguistiques territoriales ? », coordonné par D. Garreau et E. Bracchi, url : <https://crini.univ-nantes.fr/cahiers2-cornut>.

3. I. Leblic, « Identité kanak, rapport à la terre et développement durable en Nouvelle-Calédonie », 2008, p. 6 (hal-01226089).

4. J.-M. Tjibaou, *La présence kanak*, A. Bensa, É. Wittersheim (dir.), éd. Odile Jacob, 1996, p. 104.

5. Texte qui n’a pas de valeur juridique reconnue, JONC du 5 août 2014, p. 6815, qui est néanmoins utilisé par les juridictions en formation coutumière comme source du droit coutumier, v. D. Rodriguez, « La juridiction coutumière kanak (Juger en Kanaky) », in É. Cornut, P. Deumier, *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, éd. PUNC, 2018, p. 303, spéc. p. 331.

6. À l’instar de l’ordonnance n° 82-880, sur laquelle, *infra*.

empêché la juridiction en formation coutumière de reconnaître, dans ce corset, la réalité juridique du lien à la terre.

Dans le dispositif d'un arrêt, donnant à la formule l'autorité de la chose jugée, partant valeur de précédent, la cour d'appel de Nouméa « Dit que le "lien à la terre" est un concept normatif spécifique à la société coutumière affectant l'identité et le statut des hommes en lien avec une terre par rapport à laquelle ils se définissent ». Dans ses motifs, il est expliqué que : « pour la coutume telle qu'exprimée par les assesseurs de l'aire Paici Camuki ce "lien à la terre" est un concept central qui signifie "qu'un homme sans terre n'est rien, et n'a tout simplement pas d'existence, en ce que la terre est pour le kanak la mère : celle qui nourrit l'homme, lui donne la vie et pour finir le lieu où il se fondera dans la mort" ; Que cette terre qui est le principe de toute vie, fait l'identité de l'homme, au point que la spoliation d'une terre est vécue comme une agression vitale et la négation de l'identité de l'être qui se définit comme "appartenant à la terre" ; que la restitution de la terre participe donc de la restauration de l'identité et de la dignité de la personne »⁷.

Ce rapport Terre-Nature-Clan-Personne est au centre de toutes les relations sociales et de tous les événements. Il commande le cycle naturel de la vie humaine, en lien avec la terre, de la conception à la naissance, marquant le passage du monde des ancêtres à la réincarnation, puis l'existence jusqu'au crépuscule, marquant le retour de l'esprit à la Terre, assurant la poursuite du cycle continue de la vie⁸. La Terre représente le lien entre les vivants (*kamo*) et les morts (*bao*), entre ceux qui ont existé, qui existent et qui existeront. En langues, le terme « qui désigne la terre clanique, la terre d'où est sortie la lignée, est *béréwâ* en paicî, *bwêamwê* en aijë et on y retrouve la racine *bwê*, l'élément féminin : c'est la terre, qui a enfanté les hommes »⁹. Si évidemment les Kanak n'ignorent pas le rôle des fluides et de la génétique dans le cycle de la vie, il n'en demeure pas moins que la filiation paternelle est, dans cet esprit, sociale avant d'être biologique. Connaître quelqu'un et se connaître soi-même, pour les Kanak, suppose de savoir d'où l'on vient. Le terre clanique est le marqueur identitaire de la personne. Au-delà, le lien à la terre justifie et guide les relations sociales entre les clans, construites sur les échanges, organisées selon un « chemin coutumier » précis.

C'est pourquoi le lien la terre ne traduit aucun droit réel. Comme l'a rappelé la section détachée de Lifou dans un jugement mémorable autant que mémoriel : « Il n'y a pas de lien direct c'est-à-dire de droit réel mais bien des liens personnels et interpersonnels entre les clans et les chefferies pour la conservation et la jouissance de la terre. Ces liens personnels forment l'unité clanique autour de la terre première. »¹⁰

7. Nouméa, 11 octobre 2012, RG n° 2011/425. Sur cette requalification, cf. *infra*.

8. Charte du peuple kanak, art. 31.

9. A. Leca, *Précis de droit civil coutumier kanak*, 4^e éd. PUNC, 2020, p. 100.

10. TPI Nouméa, sect. Lifou, 25 juillet 2012, RG n° 12/48.

Dans cette vision, la *summa divisio* ne réside pas, comme en droit civil, entre l'humain et le non-humain, les premiers pouvant s'approprier les seconds. Elle se découvre davantage entre le matériel (humain et non-humain, l'ensemble constituant un tout interdépendant) et l'immatériel (qui peuple et commande ce tout).

En lien avec les débats sur la personnification de la Nature, la vision kanak du monde pose la question de la qualification juridique de la Terre (I), qualification dont il est permis de penser qu'elle ne se justifie, quelle qu'elle soit, que si elle répond à cette logique coutumière qui aspire surtout à une reconnaissance de droits collectifs et spirituels sur la Terre (II).

I. Qualifier la Terre

Autour du débat sur la qualification de la Nature ou de ses éléments, ou encore des animaux, se pose celle du lien à la terre pris dans sa conception Terre-Nature-Clan-Personne. Si la qualification juridique de patrimoine est la plus pertinente pour la compréhension du monde kanak (A), la question se pose de savoir si la personnification des éléments de la Nature, de la Terre, peut avoir un sens dans le cadre de coutume kanak (B).

A. Le lien à la terre en tant que patrimoine matériel et immatériel kanak

La charte du peuple kanak indique en son article 82 que « Les terres et les ressources naturelles (minérales, végétales, animales et les savoirs du patrimoine culturel associés du Pays) constituent le patrimoine matériel et immatériel du Peuple Kanak. » La formule rappelle la notion de « patrimoine commun de la nation » mise en entame du code de l'environnement¹¹. Voir dans le lien à la terre un patrimoine permet d'en saisir à la fois sa logique et ses fonctions. Régis Lafargue l'a excellemment montré dans plusieurs articles écrits à la fin de sa vie. Le lien à la terre, loin d'être réduit à un simple droit direct sur une terre conçue elle-même de façon purement matérielle, « est un *capital social* et que le clan associé à une terre est *investi d'une autorité* sur cette terre liée à un rôle social déterminé (...). Identifié par, et à la terre, il lui incombe de perpétuer un "patrimoine foncier matériel et immatériel". Son "lien" à la terre (à un "tertre") le situe dans la société coutumière. Au cas extrême, la personne liée à aucune

11. Art. L110-1, I, al. 1^{er} et 2 C. env : « Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sons et odeurs qui les caractérisent, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation. Ce patrimoine génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage.

Les processus biologiques, les sols et la géodiversité concourent à la constitution de ce patrimoine. »

terre n'a pas d'existence sociale pas plus que d'identité (pas d'ancêtres = pas de terre). La terre détermine donc l'identité (la généalogie) et le statut social. Les clans sont des "gardiens de mémoire", car la terre fait l'identité du groupe et situe infailliblement les individus dans une lignée, une généalogie, un même culte des ancêtres. »¹² Le concept de patrimoine permet de mettre au jour que le lien à la terre exprime un triptyque sur lequel repose la société kanak : une vision cosmogonique de la terre ; une communion entre la terre et les hommes ; un caractère trans-générationnel.

La jurisprudence confirme cette fusion Terre-Personne en affirmant que le « lien à la terre » implique une « communion entre les hommes... qui les unit à la terre. De cette communion est retiré le principe que la coutume unit les hommes entre eux et à la terre et elle unit la terre aux hommes et entre eux. »¹³ De ce point de vue, les distinctions entre la terre et l'homme, entre la vie humaine et la vie non-humaine, entre la Nature et l'humain, entre l'environnement naturel et social, n'ont guère de sens. Au regard de la protection de l'environnement, le principe de communion entre la terre et les hommes implique d'accorder la même attention à l'environnement naturel et à l'humain. Dès lors, la question de donner des droits à la Nature en tant que telle ne se pose pas en soi : les Kanak « considèrent que l'homme a des devoirs envers les siens mais aussi envers les autres (tous les autres y compris les éléments non humains). D'ailleurs, le clan qui ne serait pas tenu à des devoirs à l'égard d'une terre ne pourrait se prévaloir du "lien" à cette terre »¹⁴.

La ligne de césure dans la conception kanak du lien Terre-Nature-Clan-Personne ne réside pas entre l'humain et le non-humain, mais entre le matériel et l'immatériel. Ce patrimoine, dans son contenu, a une dimension aussi bien matérielle qu'immatérielle, humaine que non-humaine, spirituelle et mythique, sociale et culturelle. Incluant la diversité humaine et non-humaine, le lien à la terre inclut également les savoirs traditionnels associés autant aux relations sociales, à la place des clans et aux liens qu'ils ont tissés les uns avec les autres (savoirs exprimés par les contes, les chants, rappelés notamment lors de la fête de l'igname) qu'à l'environnement végétal (en particulier avec la médecine traditionnelle). Dans cette vision, il serait possible de parler de « patrimoine ethno-environnemental », comme le proposent Thomas Burelli et Régis Lafargue¹⁵.

12. R. Lafargue, « La "Terre-Personne" en Océanie. Le Droit de la Terre analysé comme un droit moral et un devoir fiduciaire sur un patrimoine transgénérationnel », in S. Vanuxem et C. Guibet Lafaye (dir.), *Penser la propriété, un essai de politique écologique*, éd. PUAM, 2015, p. 28.

13. TPI Nouméa, sect. Lifou, 25 juillet 2012, RG n° 12/48.

14. R. Lafargue, « La "Terre-Personne" en Océanie. », *loc. cit.*, p. 29.

15. Th. Burelli et R. Lafargue, « Le patrimoine ethno-environnemental : nouveau paradigme pour la définition des droits intellectuels autochtones », in G. Nicolas (dir.), *Le droit de la santé en Nouvelle-Calédonie : de la médecine traditionnelle à la bioéthique*, éd. PUNC 2017, p. 97 s.

Le patrimoine est alors trans-générationnel, dans la mesure où le rôle du clan, gardien de la terre et des hommes, consiste à préserver ce capital reçu des ancêtres pour le transmettre, en l'état, aux générations futures. Cette obligation de préservation et de transmission porte tout autant sur le capital matériel (la Terre dans sa dimension nourricière, le « garde-manger » que sont la terre et le lagon) qu'immatériel. Le lien à la terre porte en lui des devoirs plus que de droits, des devoirs à l'égard de la Terre et donc des hommes passés, présents ou à naître sur cette terre (principe de communion). Le lien à la terre situe en effet la personne, au travers de son clan et de son nom, dans une lignée d'ancêtres. À la formule « Je pense donc je suis », les Kanak pourraient répondre « Je suis de cette terre donc je suis ».

Cet ensemble, on le comprendra alors, n'est pas un bien objet de propriété privée ni même commune ou collective. La propriété n'a ici pas de sens, comme l'exprime la règle dite des « 4 i » de l'article 18 de la loi organique de 1999, qui d'ailleurs ne donne aucune qualification des « terres coutumières », les distinguant seulement des biens immeubles et meubles qui y sont situés¹⁶. « Le « lien à la terre » n'a donc rien à voir avec un droit de propriété : il ne s'aliène pas, et son titulaire ne peut en être dépossédé, même par le non-usage de cette terre, même par violence, car les droits personnels ne peuvent disparaître tant que leurs titulaires collectifs sont là quelque part, éternellement vivants de générations en générations. »¹⁷. Aux « 4 i » s'en découvre en réalité un cinquième, qui est consubstantiel à cette vision kanak de la Terre : la terre coutumière est imprescriptible¹⁸. C'est pourquoi il est préférable de parler de *gardien* pour qualifier la titularité du lien à la terre.

B. Personnifier la Terre-Personne ?

Faut-il cependant aller plus loin pour affirmer la protection du lien à la terre ? Faut-il, pour permettre la réalisation effective de la protection de ce capital dans toutes ses dimensions, reconnaître à la Terre (entendue dans cette vision globale) la personnalité juridique ? Le concept de patrimoine se voit en effet traditionnellement opposer deux objections, au moins. La première est ancienne et bien connue, fondée sur l'idée que l'appropriation individuelle garantit la sauvegarde des biens. C'est la tragédie des biens communs théorisée par Aristote et plus

16. Art. 18 loi n°99-209 : « Sont régis par la coutume les terres coutumières et les biens qui y sont situés appartenant aux personnes ayant le statut civil coutumier. (...) Elles incluent les immeubles domaniaux cédés aux propriétaires coutumiers. »

Les terres coutumières sont inaliénables, incessibles, incommutables et insaisissables. »
17. R. Lafargue, « Terres de mémoires : Les Terres coutumières, une question d'identité et d'obligations fiduciaires », in É. Cornut, P. Deumier, *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, op. cit., p. 142.

18. M. Chauchat, É. Cornut, G. Murphy, P. Godin, *La délimitation des territoires des tribus kanak*, rapport pour le Sénat coutumier, 2019, UNC, p. 15-16.

récemment par Hardin¹⁹. La seconde, exprimée par Marie-Angèle Hermitte, est que si la notion de « patrimoine commun » est riche de sens dans la mesure où elle définit l'environnement dans sa globalité la plus diverse, banale autant qu'exceptionnelle, elle serait peu efficace techniquement, car le titulaire de ce patrimoine commun est la nation ou le peuple, lesquels n'ont pas de personnalité juridique propre distincte de celle de l'État²⁰. Pour y remédier, il faudrait alors donner la personnalité juridique à la Terre, à la Nature.

Les hypothèses où des droits fondamentaux sont reconnus à la Nature dans son ensemble ou à des éléments de la nature (fleuves, rivières, îles, volcan, forêts) par la constitution, la loi ou la justice se multiplient dans le monde, au niveau étatique ou local²¹. Moins connu parce que peu médiatisé, à la différence de la personnalité juridique reconnue au fleuve Gange et à son affluent le Yamuna en Inde, le fleuve Whanganui en Nouvelle-Zélande ou encore l'Amazonie colombienne²² et de la *Pacha mama* en Équateur et en Bolivie, le code de l'environnement de la province des Îles Loyauté²³ se range à cette approche. Son article 110-3 prévoit « Le principe unitaire de vie qui signifie que l'homme

19. G. Hardin, « The Tragedy of the Commons », *Science*, 1968 ; *La tragédie des communs*, trad. L. Bury, éd. PUF, 2018. Adde M.-P. Camproux Duffrène, « Réflexion critique sur l'attribution de droits aux écosystèmes. Pour une approche par les communs », in J.-P. Marguénaud et C. Vial (dir.), *Droits des êtres humains et droits des autres entités : une nouvelle frontière ?*, éd. mare & martin, 2021, p. 155 s.

20. M.-A. Hermitte, « La nature, sujet de droit ? », *Annales* 2011/1, p. 173 s., spéc. p. 206 : « La seconde évolution est d'une efficacité plus douteuse. C'est l'affirmation selon laquelle les espaces, ressources et milieux naturels, sites et paysages, qualité de l'air, espèces animales et végétales, diversité et équilibres biologiques "font partie du patrimoine commun de la nation" (art. L. 110-1 du Code de l'environnement, on trouve la même formule en droit européen, qui renvoie au patrimoine commun des peuples européens). La liste des éléments du patrimoine est intéressante car elle concerne cette fois l'ensemble de l'environnement, banal comme remarquable. En revanche, les concepts de patrimoine et de nation sont peu efficaces techniquement, étant de nature symbolique. En effet, le concept civiliste de patrimoine pourrait être intéressant car il renvoie à l'idée d'un contenant dont chaque personne est dotée à sa naissance et qui est composé d'éléments d'actif et de passif. Mais ni la nation ni les peuples ne sont des personnes juridiques, au contraire de l'État, et n'ont de patrimoine au sens civiliste du terme. La formule parvient donc seulement à signifier qu'il y a là des choses que nous avons reçues des générations antérieures et que nous transmettrons, en bon ou mauvais état, aux générations futures et dont des autorités publiques assurent la gestion. » Du même auteur, adde « Quel type de personnalité juridique pour les entités naturelles ? », in J.-P. Marguénaud et C. Vial (dir.), *Droits des êtres humains et droits des autres entités : une nouvelle frontière ?*, op. cit., p. 83 s.

21. V. les nombreux exemples cités par C. Regad, « L'ébranlement d'un droit anthropocentré, signe d'une nouvelle ère ? », *JCP G* 2021, 751, spéc. n° 23.

22. L. F. Macias Gomez, « La nature, une personne morale : l'exemple de la Colombie », *Revue des juristes de Sciences Po*, n° 18, 2020, p. 59, spéc. n° 32 s.

23. CEPIL, adopté par délibération n° 2016-13/API du 6 avril 2016 portant adoption du Code de l'environnement de la province des îles Loyauté, JONC du 23 juin 2016, p. 5936.

appartient à l'environnement naturel qui l'entoure et conçoit son identité dans les éléments de cet environnement naturel constitue le principe fondateur de la société kanak. Afin de tenir compte de cette conception de la vie et de l'organisation sociale kanak, certains éléments de la Nature pourront se voir reconnaître une personnalité juridique dotée de droits qui leur sont propres, sous réserve des dispositions législatives et réglementaires en vigueur. »

Haut lieu de la diversité animale et végétale, avec un taux d'endémisme exceptionnel, ayant notamment conduit l'Unesco à classer au patrimoine mondial de l'humanité une grande partie du lagon calédonien²⁴, la nature calédonienne, terrestre autant que marine, mérite sans aucun doute d'être personnifiée sur ce seul constat. L'article 111-3 du CEPIL va cependant plus loin en recommandant la personnification d'éléments naturels justifiée par la conception kanak, cosmogonique, du lien Terre-Nature-Clan-Personne. La démarche est de ce point de vue tout à fait originale et offre un cas très intéressant d'hybridation juridique entre un droit écrit commun²⁵ et un droit oral particulier. Elle participe à la mixité des normes issues du CEPIL, empruntant aux coutumes autant qu'au droit de l'environnement classique, cette matière étant à cette fin tout à fait privilégiée²⁶. Sous cette recommandation, extrêmement nombreux sont les lieux qui pourraient revendiquer une telle personnification. La Terre, on l'a vu, est le siège de l'identité clanique, où se situe sa mémoire, où réside l'esprit de l'ancêtre avant de se perpétuer par le cycle de la vie. De ce point de vue, comme le rappelle Régis Lafargue, la « terre s'incarne dans l'homme, comme l'ancêtre défunt se perpétue à travers sa lignée. (...) pour les Kanak la terre est littéralement "le sang des morts" dont les gènes se perpétuent dans le sol ou les arbres, se confondant dans la nature environnante. L'image n'a rien pour nous surprendre : le droit civil considère que la mémoire des morts entre dans le patrimoine de leurs descendants. Pourquoi la terre dans son volet immatériel ne revêtirait-elle pas, ailleurs, une signification du même ordre ? Pour les Kanak l'âme des ancêtres peut se trouver dans un banian ; il est des zones terrestres ou marines qui sont des lieux dédiés aux ancêtres, et ne doivent pas être perturbées par les vivants – ce qui a amené récemment les habitants de la tribu de Hunëtë (Île de Lifou) à ériger en « réserve protégée coutumière » un lieu tabou (le site de Ngöni). »²⁷ Chaque clan, district, aire a

24. En 2008, ont été classés les récifs d'Entrecasteaux, le grand Lagon Nord, la zone côtière Nord et Est, la zone d'Ouvéa et de l'île Beautemps-Beaupré, la zone côtière Ouest et le grand Lagon Sud, représentant une surface de 15 700 km² sur 24.000 : <https://whc.unesco.org/fr/list/1115/>

25. Commun mais territorialement limité à la seule PIL.

26. Sur cette question, plus globalement, v. É. Cornut, « Le pluralisme juridique en Nouvelle-Calédonie. Assimilationisme ou différentialisme pour la sortie de l'accord de Nouméa », in *L'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, éd. PUNC, 2018, p. 125 s., et, « Intégration directe ou indirecte de la coutume dans le corpus normatif de la Nouvelle-Calédonie », in É. Cornut, P. Deumier (dir.), *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, op. cit., p. 488 s.

27. R. Lafargue, « La "Terre-Personne" en Océanie. », loc. cit., p. 30.

ses lieux tabous. Comme le relèvent de nombreux anthropologues travaillant sur chacune des aires coutumières, « les zones de montagnes, de forêts... sont l'habitat privilégié des entités "surnaturelles" que sont les ancêtres, les esprits et les génies de toutes sortes »²⁸. En d'autres termes, poursuit Isabelle Leblic, « on peut dire aussi que le "sacré" est partout, au détour de chaque chemin, dans chaque forêt, sur chaque rivage, derrière chaque maison, ils sont à la fois "naturels" et occupés, voire modifiés par l'homme... »²⁹.

Dans l'ordre juridique propre à la Nouvelle-Calédonie, la compétence pour donner la personnalité juridique à un élément de la Nature ne relève pas, cependant, de la compétence des assemblées de province. Elle relève du seul congrès de la Nouvelle-Calédonie, par une loi du pays, au titre de sa compétence normative en matières de « Statut civil coutumier, régime des terres coutumières » et de « droit civil » calédonien³⁰. Sans doute une loi du pays pourrait concrétiser une telle recommandation, ce dont il n'y a pas trace depuis l'entrée en vigueur du CEPIL.

Pour autant cette reconnaissance est-elle utile à la protection des terres et de l'univers qu'elles contiennent ? Au-delà de la symbolique qui permet de renforcer la prise en considération des enjeux juridiques de la protection de l'environnement, est-ce une démarche qui renforce l'efficacité de l'action en justice environnementale ? Le débat dépasse le cadre de cette étude et les opinions sont à ce sujet aussi nombreuses que divergentes. Une autre interrogation consiste à se demander si cette personnification est conforme à la conception kanak de la Terre et de la Nature ? Rien n'est moins sûr. Car si la Terre n'est pas un bien, elle ne semble pas non plus être une personne. Régis Lafargue était sceptique quant à cette qualification³¹.

Là est toute la difficulté du pluralisme juridique que de tenter d'allier droit écrit et coutume autochtone en vue d'un même objectif, dans un cadre normatif commun. L'approche idéologique qui consiste à personnifier des éléments de la Nature ne vaut que si elle est partagée par les communautés autochtones concernées, sous peine de poursuivre une logique assimilationniste puisant ses racines dans la colonisation. Il ne s'agit pas pour nous d'opposer à la personnification de la nature le dogme de la séparation entre les personnes et les choses. La personnalité juridique demeure un concept et une fiction juridiques, sans doute apte à recevoir en son sein un non-humain. Il s'agit simplement de raisonner en termes d'égalité entre des concepts civilistes et coutumiers. Dès lors, la réserve que pose l'article 110-3 du CEPIL sur le respect « des dispositions législatives et

28. I. Leblic, « Pays, "surnature" et sites "sacrés" paicî à Ponérihouen (Nouvelle-Calédonie) », *Journal de la Société des océanistes* n° 120-121, 2005, p. 95 s., spéc. p. 100.
29. *Ibid.*, p. 106.

30. Art. 99, 5° et 9° et art. 21, III, 4° de la loi n°99-209.

31. R. Lafargue, « La "Terre-Personne" en Océanie. », *loc. cit.*, p. 26 ; « Le préjudice civilisationnel pour atteinte à l'environnement. Droit au cadre naturel et réalités socio-culturelles : interdépendances et interdisciplinarité », *Droit et société* n° 74, 2010, p. 151 s., spéc. p. 159.

réglementaires en vigueur » doit-elle comprendre également les principes coutumiers eux-mêmes. Au lieu d'une posture idéologique, ne faudrait-il pas raisonner de façon pragmatique, en termes d'efficacité³², en reconnaissant juridiquement et surtout intégralement la conception kanak du lien Terre-Nature-Clan-Personne ?

II. Reconnaître des droits collectifs et spirituels sur la Terre

Ces reconnaissances de la personnalité juridique d'éléments de la Nature en Équateur, en Inde, en Nouvelle-Zélande ou en Colombie, dépassent la seule protection de la Nature, en tant qu'entité biologique. On peut même se demander si, dans ces cas, il s'agit là de l'objectif premier. Ne faut-il pas admettre, à la suite du Pr. François Ost, que la finalité première est de préserver le mode de vie des populations autochtones à travers la reconnaissance, la valorisation et la protection de leurs coutumes et de leurs modes de perception du monde³³ ? La décision sur le fleuve Gange est de ce point de vue précise. De même pour le fleuve Whanganui, avec en plus cette idée de réparer, au profit des communautés Maoris riveraines du fleuve, les ombres du passé colonial. De la même façon en reconnaissant la *Pacha Mama* dans sa constitution, l'Équateur a eu « pour premier objectif de redonner aux peuples indiens une existence juridique, ils sont, en tant que peuples, qualifiés expressément de sujets de droit autonomes pouvant défendre en justice leurs droits collectifs, politiques, économiques et culturels »³⁴. Comme le relève François Ost : « dans chaque cas il s'agissait au moins autant de restaurer une responsabilité spirituelle et morale, une autorité

32. V. ainsi A. Gailliard, « Sacraliser la nature plutôt que la personnifier (ou les mirages de la personnification) », *D.* 2018, p. 2422, qui s'interroge sur l'intérêt de la personnification de la Nature au regard de sa nécessaire protection. *Adde* Fr. Dekeuwer-Défossez, « La notion de personne : tentative de synthèse », *D.* 2017, p. 2046 ; B. Parance, « Personnification de la nature : techniques et opportunités pour le système juridique français », *JCP G* 2020, doct. 249.

33. F. Ost, « La nature, sujet de droit ? », conférence enregistrée <https://www.college-de-france.fr/site/colloque-2017/symposium-2017-10-20-11h15.htm>. *Adde* la version écrite in Ph. Descola (dir.), *Les Natures en question*, éd. Odile Jacob, 2018.

34. M.-A. Hermitte, « La nature, sujet de droit ? », *loc. cit.*, spéc. p. 210-211 : « L'Équateur a fait expressément de la nature un sujet de droit. Il a inscrit cette particularité dans sa constitution en 2008. Le texte ayant pour premier objectif de redonner aux peuples indiens une existence juridique, ils sont, en tant que peuples, qualifiés expressément de sujets de droit autonomes pouvant défendre en justice leurs droits collectifs, politiques, économiques et culturels. (...) L'article 10 qui énonce qui sont les sujets du droit équatorien – les personnes, les communautés, mais aussi la nature “sujet des droits que lui reconnaît la Constitution”. Cette formulation montre, s'il en était besoin, qu'elle n'a pas les droits de la personne humaine mais des droits qui lui sont propres. Ainsi l'article 71 : “La nature ou Pacha Mama, où se reproduit et se réalise la vie, a droit au respect absolu de son existence et au maintien et à la régénération de ses cycles vitaux, de ses fonctions

Mana à l'égard des milieux vivants, que de réparer un préjudice matériel et moral en termes de jouissance des ressources. Communautés humaines, ressources naturelles, ancêtres, esprits forment une communauté de vie dès lors que tous descendent de la terre mère qui est comme le corps de la tribu. »³⁵ Qu'en est-il pour la Nouvelle-Calédonie ? De quels droits s'agit-il ? (A), avec quels représentants ? (B).

A. Quels droits ?

L'accord de Nouméa reconnaît, en faveur de l'identité kanak, de nombreux droits et institutions, parmi lesquels un statut pour les terres coutumières et, pour les personnes, un statut coutumier donnant compétence à la seule coutume kanak pour tout ce qui relève du droit civil. La coutume est alors appliquée par la juridiction statuant en formation coutumière, c'est-à-dire avec assesseurs coutumiers. Des autorités et institutions coutumières sont dotées de compétences propres, pour organiser les relations sociales issues de ce lien coutumier. Pour autant cette promotion juridique de l'identité kanak, si elle n'a pas d'équivalent dans l'outre-mer français, demeure non seulement insuffisante, mais encore trop enserrée dans le moule de concepts juridiques occidentaux inadaptés. On l'a vu à propos de l'utilisation de la notion de « propriété » pour définir le lien avec la terre. Lorsque par exemple l'accord de Nouméa prévoit que « Les sites sacrés selon la tradition kanak seront identifiés et juridiquement protégés, selon les règles applicables en matière de monuments historiques » (art. 1.3.1.), cette intention est dans sa mise en œuvre inadaptée dès lors que la sacralité du lieu relève du seul spirituel³⁶. Serait-il opportun, par exemple, de classer la grotte d'Ouvéa, lieu

et de ses processus évolutifs. Toute personne, communauté, peuple ou nation, pourra exiger de l'autorité publique le respect des droits de la nature. » »

35. F. Ost, « *La nature, sujet de droit ?* », conférence enregistrée, à 27'20". Dans le même sens, M. Hautereau-Boutonnet, « Faut-il accorder la personnalité juridique à la nature ? », *D.* 2017, p. 1040, pour qui « Même si certains auteurs plaident pour une rénovation des catégories juridiques régissant les relations homme/nature, le renforcement de la protection de l'environnement passe par la reconnaissance de droits et devoirs environnementaux humains et non par la création de nouveaux sujets de droit et droits subjectifs en découlant. Au mieux, comme le montre la réparation du préjudice écologique, la nature est un intérêt digne de protection. Toutefois, vu d'ailleurs, cela semble culturellement plus naturel. C'est le cas pour les pays dans lesquels existent des peuples fortement attachés au respect de la nature et surtout entretenant avec elle une relation d'interdépendance, en particulier les peuples indigènes. Alors que, pour la population indienne, le Gange est sacré, pour les Maoris, le Whanganui est une entité vivante. Accorder la personnalité répond bien souvent au respect des droits des populations autochtones reconnus dans certaines législations internes et, au niveau international, dans la Déclaration des droits des peuples autochtones de 2007. »

36. Dans le même sens, I. Leblic, « Pays, "surnature" et sites "sacrés" paicî à Ponérihouen (Nouvelle-Calédonie) », *loc. cit.*, p. 109.

hautement sacré pour les Kanak autant que symbole de la répression de l'État ? De fait ce classement des lieux kanak à raison d'un lien immatériel est rare³⁷. Le code de l'environnement de la province nord prévoit également un tel classement, en terres coutumières ou non coutumières³⁸. Cette problématique du caractère contraint du droit coutumier et la nécessité de son dépassement, n'est pas propre au droit de l'environnement, elle concerne toutes les matières³⁹.

Au regard du lien à la terre et dans le prolongement de la reconnaissance du lien Terre-Nature-Clan-Personne dans sa vision globale, l'extension de l'emprise du lien à la terre doit se faire dans les deux dimensions du monde kanak. Reconnaître davantage de droits collectifs dans une finalité de préservation de l'environnement (comme dans toute finalité), suppose de penser ces droits nouveaux en fonction des conceptions autochtones. Plusieurs pistes pourraient être explorées, s'appuyant sur la notion de patrimoine et en se rappelant que la *summa divisio* du monde kanak, de ce patrimoine, se situe entre le matériel (dont font partie les humains et les non-humains) et l'immatériel (les esprits, les mythes, les savoirs, les tabous).

Entendre plus largement la notion d'atteinte à l'environnement – Comme nous avons déjà eu l'occasion de l'écrire⁴⁰, alors que les atteintes à l'environnement sont, en droit non coutumier, vues essentiellement comme des atteintes à la faune, à la flore, au milieu de vie, à la biodiversité, c'est-à-dire des atteintes objectives, pour le monde coutumier kanak, l'atteinte est également spirituelle. La terre est sacrée, vivante, c'est d'elle que vient l'homme, il y fonde son identité et il a un devoir sacré à sa protection⁴¹. L'atteinte se double ici d'une atteinte à l'environnement culturel, identitaire, mythique, parce que l'homme n'est pas seulement dans la nature, il est une part de celle-ci. L'atteinte porte aussi aux conditions d'équilibre du groupe, à ses croyances, ses valeurs, ses symboles. Ce qu'ignore le droit de l'environnement classique. Par extension la réparation ne sera pas la

37. C'est le cas par exemple de la vallée Tabou en province sud, commune de Bourail, classée par Arrêté n° 3929-2011/ARR/DC du 20 décembre 2011, 1^{er} site classé sur ce fondement, dans la mesure où il implique un peuplement précolonial et un lieu de la répression de 1878 entre autres, F. Pascual, « Le patrimoine calédonien, oui : mais quel patrimoine ? », in C. Castets-Renard et G. Nicolas, *Patrimoine naturel et culturel de la Nouvelle-Calédonie : aspects juridiques*, éd. L'Harmattan, 2015, p. 41.

38. Art. 222-3 al. 1^{er} C. env. PN : « En terres coutumières ou sur les lieux significatifs de la culture kanak, une zone de protection est définie sous la responsabilité des autorités coutumières compétentes. »

39. Sur l'ensemble de la question, v. É. Cornut, « Intégration directe ou indirecte de la coutume dans le corpus normatif de la Nouvelle-Calédonie », *loc. cit.*

40. É. Cornut, « La non-codification de la coutume kanak », in N. Meyer et C. David (dir.), *L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale*, Bruylant, 2012, p. 137 s., spéc. p. 141.

41. F. Trolue, « Le Kanak, le clan et la terre », in *La terre*, 6^e colloque Corail, 1993, p. 158-159.

même et la réparation en nature, par la remise en état des lieux, et/ou en argent, sera certainement insuffisante sinon dénuée de sens. Il s'agit de reconnaître un « préjudice civilisationnel »⁴², un dommage « ethno-environnemental »⁴³.

C'est ici prolonger ce qu'a initié la cour d'appel de Nouméa par la réparation du dommage immatériel, en raisonnant en termes de responsabilité civile. Exploitant à plein la compétence de la coutume pour régir les intérêts civils, la juridiction en formation coutumière reconnaît, outre la réparation intégrale du préjudice tel qu'il est classiquement entendu (physique, matériel et moral), la réparation de « dommages immatériels » ou de « préjudices spirituels ». La cour d'appel de Nouméa juge que :

« la réparation par équivalent doit s'adapter pour répondre tant aux exigences de la société actuelle, qui imposent au monde kanak une certaine monétarisation des échanges, que pour prendre en compte les spécificités de la société autochtone au regard de la nature des préjudices, en ce qu'elle ancre la personne dans des solidarités claniques et inter-claniques qui ne peuvent être ignorées puisqu'elles déterminent son statut social (la place coutumière) et sa manière d'être, et en ce que le groupe familial peut être collectivement atteint par l'atteinte grave portée à l'un d'eux, ce que par exemple la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme qualifie de "préjudice spirituel" pour appréhender une forme aggravée de préjudice moral lorsque l'atteinte causée à l'un des leurs affecte le lignage complet ; (...)

Et attendu, au regard de ces considérations sur l'existence de "dommages immatériels" ou de "préjudices spirituels", que la nomenclature des préjudices telle qu'elle existe en droit civil s'avère (au moins pour partie) inadaptée et incomplète en ne prenant pas en compte l'existence de préjudices ressentis personnellement dans un rapport au groupe, aux ancêtres et à la terre, qui résultent d'atteintes à des valeurs fondamentales propres à la société kanak, telle que la valeur accordée au sang ;

Qu'ainsi, et afin de rendre effectif ce droit à réparation intégrale du préjudice – étant rappelé que cette réparation intégrale passe par l'examen des préjudices éprouvés par les parties au regard de leur propre grille de lecture culturelle, adossée à leur statut personnel – il convient d'envisager la réparation des préjudices éprouvés par chacun en lien avec les valeurs coutumières, c'est-à-dire les "préjudices personnels liés à l'atteinte aux valeurs communautaires" : tels que les chefs de préjudice nés de la violation des valeurs de respect, si fortes dans une société de type hiérarchique, et si

42. R. Lafargue, « Le préjudice civilisationnel pour atteinte à l'environnement. », *loc. cit.*

43. Th. Burelli et R. Lafargue, « Le patrimoine ethno-environnemental : nouveau paradigme pour la définition des droits intellectuels autochtones », *loc. cit.*

essentielles dans une société qui valorise la solidarité inter-générationnelle (respect des ancêtres et respect dû à la terre comme matrice de l'ensemble des rapports sociaux) »⁴⁴.

Ce droit permet au clan de faire protéger le lien à la terre dans toutes ses dimensions. Relèvent notamment de ce type de préjudice ceux liés à l'atteinte au nom ou au respect dû à la terre. Dans une affaire relative à un lourd conflit foncier, où des membres d'un clan ont chassé de terres ceux d'un autre clan, il a été jugé que « Cette normativité autochtone souligne, enfin, le fait que la contestation portée devant notre juridiction au-delà de son objet "foncier" touche aux fondements spirituels, à la cohésion sociale, et aux principes de civilisation de la société kanak, et que de la violation de ces règles peut découler un préjudice immatériel moral et spirituel ; » et que « M. X établit que son clan subit un "préjudice moral coutumier" (...) compte tenu (...) de la violence morale exercée sur le clan tout entier, du caractère public de l'outrage porté aux valeurs coutumières, c'est-à-dire de l'atteinte portée à "l'organisation sociale fondée sur le respect de l'esprit des ancêtres [...] la complémentarité et la solidarité des clans" ("Charte du Peuple Kanak") »⁴⁵. Le dommage ici reconnu repose sur le lien à la terre et l'identité clanique, c'est-à-dire du lien Terre-Nature-Clan-Personne. Les paroles de Jean-Marie Tjibaou résonnent encore dans le prétoire : « L'aliénation des terres et les remaniements fonciers n'ont pas seulement déplacé les tribus, mais les ont fondamentalement désagrégées. Un clan qui perd son territoire, c'est un clan qui perd sa personnalité. Il perd son tertre, ses lieux sacrés, ses points de références géographiques mais également sociologiques. C'est tout son univers qui est ébranlé, son réseau de relations avec ses frères, avec le protocole afférent qui se trouve plongé dans une confusion générale. »⁴⁶

Chacune des valeurs coutumières peut, dès lors qu'elle a été troublée, fonder un préjudice moral immatériel et spirituel pour l'autorité coutumière gardienne de cette valeur. Le lien à la terre, dans sa conception Terre-Nature-Clan-Personne est assurément une valeur communautaire, d'autant plus protégée qu'elle est reconnue par l'accord de Nouméa et, de façon plus restreinte, par la loi organique du 19 mars 1999. Une telle approche suppose d'aller plus loin que la seule juridicité actuelle du lien à la terre.

Reconnaître la dimension spirituelle du lien à la terre – Le lien à la terre exprime, dans le système mis en place sur le fondement de l'accord de Nouméa, le lien entre un clan et une terre coutumière, soit une terre qui a déjà cette

44. CA Nouméa, 26 mars 2015, RG n° 14/24. *Idem* : CA Nouméa, 23 avril 2015, RG n° 15/39.

45. CA Nouméa, 22 mai 2014, RG n° 12/101 (appel de TPI Nouméa, sect. Lifou, 22 juin 2011, RG n° 10/1).

46. J.-M. Tjibaou, « Recherche d'identité mélanésienne et société traditionnelle », *Journal de la Société des océanistes*, n° 53, 1976, p. 281-292, spéc. p. 284-285.

qualité, soit une terre qui a vocation à le devenir dès lors que le lien à la terre invoqué par un clan a été reconnu par l'ADRAF en vertu de l'article 18 al. 1^{er} de la loi n°99-209. Sans que le lien à la terre soit analysé ici comme un droit réel, il en prend cependant l'idée dès lors qu'il est compris comme reliant un clan à une terre coutumière. Cette conception entraîne qu'aucun lien à la terre n'existe juridiquement sur une terre qui n'est pas coutumière et qui n'a pas vocation à le devenir, à l'instar des terres privées, du domaine maritime, ou des terres des collectivités publiques. Or, pour les Kanak, le lien à la terre ne se réduit pas à une possession concrète de la terre. Les déplacements de familles dans les réserves, les spoliations de terres réalisées dans les premières années de la prise de possession, s'ils ont créé une rupture matérielle, n'ont pas rompu le lien spirituel à la terre qui lie les clans avec leur terre ancestrale. Pour prendre un concept civiliste mais sans pour autant le réduire à cela, le lien à la terre est proche de l'*animus* du possesseur, qui existe et peut justifier l'usucapion sans que le *corpus* ne soit établi sur toute la période⁴⁷.

Le titre ancestral kanak sur les terres de Nouvelle-Calédonie existe⁴⁸. C'est ce que reconnaît l'accord de Nouméa lorsqu'il indique que le « Territoire n'était pas vide ». C'est ce que consacre l'article 18 de la loi n°99-209 en ouvrant aux clans une action en revendication de terre auprès de l'ADRAF. C'est ce qu'a admis le législateur lorsqu'en 1982 furent créés l'office foncier (ancêtre de l'actuelle ADRAF) et les groupements de droit particulier local (GDPL). Le rapport au Président indiqua que « le dispositif proposé reconnaît qu'à des droits établis de type européen peuvent préexister des droits coutumiers d'une autre nature. Cette reconnaissance est un devoir à l'égard de la communauté mélanésienne. »⁴⁹ Sans reprendre ici tout l'historique, c'est ce qu'admit la déclaration de Du Bouzet du 20 janvier 1855, reconnaissant aux peuples premiers leurs droits de propriété sur les terres qu'ils occupaient au moment de l'arrivée des colonisateurs, auxquels ils purent seuls céder ces terres⁵⁰. Si la possibilité pour les clans de revendiquer une terre, en

47. Cass. civ. 3^e, 20 février 2013, *Terre Atararo*, n°11-25398 jugeant que « la possession légale utile pour prescrire ne peut s'établir à l'origine que par des actes matériels d'occupation réelle et se conserve tant que le cours n'en est pas interrompu ou suspendu, la cour d'appel, qui n'a pas recherché si la possession des consorts X... ne s'était pas poursuivie au-delà de 1948 par la seule intention, sans être interrompue avant l'expiration du délai de prescription par un acte ou un fait contraire, n'a pas donné de base légale à sa décision ».

48. G. Otis, « "On a oublié les promesses premières" : les droits des kanak sur la terre ancestrale », *Revue de la Recherche Juridique*, n°2018-3, p. 1351 s. *Contra*, en réponse à cet article, v. A. Leca, « Souviens-toi d'oublier », *Revue de la Recherche Juridique*, n°2019-2, p. 497 s.

49. Rapport au Président de la République de l'ord. n°82-880 du 15 octobre 1982 relative à l'aménagement foncier, à l'établissement rural et à la reconnaissance des droits coutumiers sur le sol de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, JORF du 17/10/1982, p. 3110 (abrogée au 19 juillet 1986).

50. Arrêté du 20 janvier 1855 sur la propriété et l'aliénation des terres.

dehors de la voie ouverte par l'article 18 de la loi n° 99-209 auprès de l'ADRAF, reste discutée⁵¹, *a minima* il est possible de reconnaître un lien à la terre spirituel, immatériel, qui s'ajouterait au statut privé ou public de la terre en cause, sans que cette dernière ne devienne nécessairement coutumière. Dans ce cadre, il ne s'agit pas pour les Kanak de revendiquer un droit de propriété sur les terres ancestrales et, partant, d'y chasser les actuels propriétaires devenus illégitimes, qu'ils soient ou non descendants de colons.

Fondés sur le lien à la terre, « ces droits immatériels peuvent survivre à la perte des droits sur la matière, comme le montrent les accords passés entre les sociétés minières et certains clans pourtant dépossédés de la terre sur laquelle s'exerce l'activité minière. Cette pratique non encadrée, car totalement ignorée par notre Droit, démontre que ce qui fait sens et ce qui fait norme, au plan des rapports entre l'exploitant minier et l'autochtone, ce n'est pas l'existence d'un droit de propriété (droit réel) mais la permanence des droits immatériels attachés à la terre qui ont survécu par-delà les vicissitudes de l'histoire. En somme, ces accords redonnent sens à ce que les Kanak appellent le "lien à la terre", lequel recouvre autant l'appréhension d'un bien qu'un rapport de nature personnelle entre l'homme et un capital immatériel. »⁵²

Cette reconnaissance peut fonder l'action des clans et être un vecteur de protection de l'environnement. Plusieurs exemples tendent à l'établir. Dans leurs travaux respectifs, Isabelle Leblic⁵³ et Léa Horowitz⁵⁴ ont ainsi montré que les lieux tabous ont pu être utilisés pour la préservation de l'environnement. Dès lors que la protection de certains amphibiens et reptiles⁵⁵ peut modifier ou empêcher le tracé d'une route, pourquoi ne pas admettre de la même façon que des esprits ancestraux ne soient pas dérangés par l'action humaine ? En reconnaissant la dimension spirituelle du lien à la terre, la norme reconnaît à son titulaire le droit – le devoir – d'agir pour sa préservation, qu'il soit ou non par ailleurs occupant de l'endroit en question. Ce lien à la terre peut alors s'appliquer non seulement à une terre coutumière, mais plus largement à tout type de terre dès lors qu'il est

51. Sur cette question hautement sensible, v. M. Chauchat, É. Cornut, G. Murphy et P. Godin, *La délimitation des territoires des tribus kanak*, op. cit.

52. R. Lafargue, « Terres de mémoires : Les Terres coutumières, une question d'identité et d'obligations fiduciaires », *loc. cit.*, p. 142.

53. I. Leblic, « Pays, "surnature" et sites "sacrés" paicî à Ponérihouen (Nouvelle-Calédonie) », *loc. cit.*, p. 109.

54. L. Horowitz, « La micropolitique de la mine en Nouvelle-Calédonie. Analyse des conflits autour d'un projet minier au sein d'une communauté kanak », *Journal de la Société des océanistes* n° 117, 2003, p. 255 s., spéc. p. 266 : « Comme les sommets des montagnes sont le domaine des esprits ancestraux, ceux-ci sont considérés d'autant plus potentiellement dangereux car, s'ils sont fâchés ou déconcertés par les activités minières, inconnues d'eux, ils peuvent faire en sorte que ceux qui travaillent sur le massif tombent malades ou aient des accidents. »

55. Arrêté du 19 novembre 2007 fixant les listes des amphibiens et des reptiles protégés sur l'ensemble du territoire et les modalités de leur protection.

démontré par l'agissant l'existence d'un lien avec cette terre. La reconnaissance de la dimension immatérielle de ce lien à la terre permet, on le voit, d'étendre l'assiette du lien, ce même au-delà de la seule terre émergée.

Reconnaître le lien « Terre-Mer » au bénéfice des clans de la mer – Les terres coutumières, selon la loi n° 99-209, ne visent que celles émergées. Les terres immergées, quant à elles, font partie du domaine public maritime des provinces, lesquelles « prennent, après avis du conseil coutumier concerné, les dispositions particulières nécessaires pour tenir compte des usages coutumiers »⁵⁶. Il s'en déduit, par exemple, qu'une personne qui occupe sans droit ni titre une parcelle du droit public maritime, qui ne fait donc pas partie des terres coutumières au sens de l'article 18 de la loi organique, ne peut utilement invoquer des droits coutumiers et peut être passible d'une contravention de grande voirie⁵⁷. Or le lien à la terre porte aussi, pour la coutume, du littoral aux récifs, voire jusqu'à la ligne d'horizon⁵⁸ : il s'agit là de la terre des clans de la mer, de leur lien à la Terre-Mer.

Il convient de reconnaître juridiquement que le « lien à la terre » porte au-delà du littoral, qu'il déborde sur la mer et le lagon, qu'il touche l'horizon. C'est donner pleine mesure à la « zone d'influence coutumière » évoquée par la charte du peuple kanak⁵⁹ et par le sénat coutumier dans son avis sur le projet de loi du pays relative au domaine maritime⁶⁰. L'environnement marin est, en effet, conçu du point de vue de la coutume kanak comme partie intégrante de la terre, venant dans son prolongement⁶¹. Admettre juridiquement cette réalité coutumière, c'est par extension reconnaître juridiquement le lien « Terre-Mer » des clans de la mer. Comme l'exprime Régis Lafargue, « reconnaître les droits coutumiers des “clans de la mer” (Mélanésiens) sur leur lagon ne fournirait-il pas la meilleure des garanties contre les atteintes qui menacent cette biodiversité ? Ce serait, en même temps, une solution d'apaisement en officialisant la situation actuelle qui voit ces clans ne rien céder de leurs droits (qu'ils défendent, au besoin, par la force) ? »⁶² L'attaque menée le 24 juin 2019 par des membres

56. Art. 46 LO 99.

57. TANC, 12 décembre 2013, n° 1300122, *Province Sud*.

58. Charte du peuple kanak, art. 81. Cf. *infra*.

59. Art. 101 : « L'autorité coutumière, garante de l'ordre public coutumier, s'exerce sur quiconque sur les terres coutumières et envers les membres de la communauté coutumière où qu'ils se trouvent. Elle s'étend également au domaine public terrestre et maritime sur l'ensemble de la Zone d'Influence Coutumière. »

60. Sur lequel, v. G. Nicolas, « Le rôle des autorités et institutions coutumières », in É. Cornut, P. Deumier (dir.), *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, *op. cit.*, p. 351.

61. M.-H. Teulière-Preston, « Le droit maritime kanak et ses transformations », in A. Bensa et I. Leblic (dir.), *En pays kanak*, éd. MSH, 2000, p. 129 s.

62. R. Lafargue, « Le préjudice civilisationnel pour atteinte à l'environnement. », *loc. cit.*, p. 164.

d'un clan de la mer à l'encontre d'un yacht touristique présent sur le site de Beautemps-Baupré, à Ouvéa, pratiquant la pêche en contradiction avec la parole donnée aux coutumiers, en est l'un des derniers exemples⁶³. Cette reconnaissance, en outre, ne modifierait pas nécessairement la domanialité publique de la mer, la reconnaissance des droits coutumiers pouvant tout à fait s'ajouter aux droits de la collectivité, dès lors que le lien « Terre-Mer » est entendu, comme le lien à la Terre, de façon également immatérielle, spirituelle. Se pose dès lors la question des titulaires, des représentants de ces droits.

B. Quels représentants ?

Il a été vu qu'une objection faite au concept de « patrimoine commun » était qu'il avait pour titulaire le peuple, la Nation, lesquels n'ont pas la personnalité juridique, qui seule appartient à l'État⁶⁴. De fait l'objection sera la même concernant la personnification de la Nature ou de ses éléments. La « nature bénéficiant d'une capacité de jouissance et non d'exercice, elle ne peut agir en justice que par le biais de représentants *ad agendum* susceptibles d'agir à l'action directement en son nom. S'il en est ainsi de toute personne du côté de l'Équateur et la Bolivie par le biais d'une *actio popularis*, ce n'est pas le cas en Inde et en Nouvelle Zélande. Alors que le Gange et son affluent seront représentés par le Secrétaire Général et l'Avocat Général de l'État d'Uttarakhand, le fleuve Whanganui est représenté par différentes parties prenantes réunies au sein de différents comités organisant sa gestion et protection, dont deux personnes physiques. »⁶⁵

En Nouvelle-Calédonie, l'objection tenant, d'une part à la question du titulaire de ce patrimoine matériel et immatériel et, d'autre part, au représentant pouvant agir en justice, doit pouvoir être dépassée, dès lors qu'est admise la possibilité de donner la personnalité juridique au clan, au GDPL (ce qui est, pour des deux entités, déjà le cas) voire au « peuple kanak », lesquels deviendront alors titulaires et représentants de ce patrimoine, pour leur lien à la terre ou, s'agissant du peuple kanak, pour le lien à la terre de la Nouvelle-Calédonie.

La Nouvelle-Calédonie se caractérise par un maillage coutumier ancien et extrêmement complexe, qui a été fortement perturbé les années suivant la colonisation, afin de libérer des terrains aux colons autant que de soumettre les Kanak. Si certaines circonscriptions et autorités coutumières ont été créées par la puissance coloniale (districts et tribus), d'autres, à l'instar du clan et de la chefferie, ont une assise traditionnelle.

63. Sur cette affaire, v. <https://www.caledonia.nc/actualite/l-affaire-beautemps-beaupre> (consulté le 2 novembre 2022).

64. M.-A. Hermitte, « La nature, sujet de droit ? », *loc. cit.*, spéc. p. 206.

65. M. Hautereau-Boutonnet, E. Truilhe-Marengo (dir.), *Le procès environnemental. Du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement*, Mission de recherche Droit & Justice, mai 2019, p. 54. *Adde* M. Hautereau-Boutonnet, « Faut-il accorder la personnalité juridique à la nature ? », *loc. cit.*

Clan – Selon la coutume, le clan est le véritable gardien de la terre. C’est ce que rappelle la charte du peuple kanak, ancrant le clan dans la relation Terre-Nature-Clan-Personne : « La Parole issue de l’Esprit de l’Ancêtre fonde le clan sur un territoire donné où il plante son tertre clanique. Le rapport qui lie un clan/son ancêtre-esprit à un espace naturel donné marque intrinsèquement l’identité propre d’un clan et des individus qui le composent. » (art. 27). C’est ce qu’affirme aussi le préambule du projet de constitution de Kanaky établi par le FLNKS en 1986⁶⁶. Sa qualité de gardien du lien à la terre donne au clan des droits sur la terre en question et, par extension, sur tous les attributs que la coutume donne à ce lien. Cette définition des droits tirés du lien à la terre porte la marque de l’approche mimétique de la loi organique de 1999, qui raisonne uniquement en termes de « propriété », d’une part, propriété portant sur les seules terres émergées, d’autre part. Dans ce cadre, le clan gardien d’une terre (le clan *Maître de la terre*) exerce les droits sur cette terre. Dans le respect de la coutume, le clan délimite, attribue, redistribue et répartit les espaces entre ses membres ; il en définit l’utilisation et l’exploitation, mise en culture ou en jachère, habitat ou exploitation économique. Il décide d’y accueillir d’autres clans, notamment ceux autrefois déplacés, ayant perdu leur terre, du fait de la puissance coloniale (les clans *accueillis*).

Alors qu’elle n’avait jamais été directement octroyée par la loi étatique ni par une norme locale⁶⁷, la justice a reconnu au clan kanak la personnalité juridique. S’appuyant expressément sur la théorie de la réalité technique de la personne morale consacrée par l’arrêt *Comité d’établissement*⁶⁸, la cour d’appel de Nouméa jugea que « le clan détenteur des droits d’une unité familiale élargie ne se résume pas à la somme des individualités qui le composent ; qu’il défend des intérêts collectifs dignes d’être protégés par la loi ; qu’il est doté d’organes exécutifs, désignés par les divers membres du clan ce dont attestent les actes coutumiers (les procès-verbaux de palabre) ». Dès lors les clans kanak, « en ce qu’ils sont dotés d’une possibilité d’expression collective pour la défense des intérêts dont ils ont la charge, possèdent la personnalité juridique qui leur permet d’ester en justice »⁶⁹. Il s’agit là d’une reconnaissance juridique de l’un des piliers de la société coutumière, qui donne au clan la qualité de titulaire des droits fonciers ancestraux, partant une capacité à agir directement en justice pour la protection des droits qu’il tient de ce lien à la terre. Le clan peut donc agir en justice pour la défense des valeurs immatérielles et spirituelles, en invoquant non pas seulement un préjudice qui est propre au clan et/ou à l’un de ses membres, mais

66. « Affirmons également que le clan, élément organique de la société kanak, est le détenteur traditionnel de la terre selon les règles coutumières... ».

67. Si ce n’est indirectement par attribution de droits fonciers par la délibération n° 87 du 14 mai 1980 organisant la réforme foncière, art. 4 et 5.

68. Cass. civ. 2^e, 28 janvier 1954, *JCP* 1954, II, 7958 concl. Lemoine ; *D.* 1954, p. 217 note Levasseur.

69. CA Nouméa, 22 août 2011, RG n° 10/531 et RG n° 10/532.

également et surtout, comme l'a admis la jurisprudence, pour faire respecter les valeurs communautaires, immatérielles et spirituelles, dont ce clan, gardien du patrimoine, a la charge. Au-delà, la personnalité morale pourrait être reconnue également aux chefferies.

Groupement de droit particulier local – Les GDPL ont, de par la loi, la personnalité juridique⁷⁰ et, par décision prétorienne, sont reconnus comme des personnes de droit coutumier⁷¹. L'intérêt du GDPL est, notamment, de regrouper plusieurs clans autour de la défense de valeurs kanak communes. Dans cette voie, l'article 124-2 du CEPIL reconnaît l'action et le rôle des GDPL « à vocation environnementale (...) dans la protection de la biodiversité et des savoirs traditionnels qui y sont associés ainsi que dans la création, la gestion d'aires et d'espèces protégées et la préservation des sites et monuments naturels et culturels », sous le contrôle et l'accord des clans gardiens de la terre⁷². Cette reconnaissance du GDPL par le CEPIL, si elle est superfétatoire, a le mérite d'encadrer le rôle respectif des clans et des GDPL, les seconds n'étant en soi que l'instrument d'une protection de l'environnement au titre du lien à la terre des clans, comme le sont, par exemple, les associations.

Peuple kanak – Serait-il possible d'aller plus loin encore et de reconnaître la personnalité juridique au « peuple kanak » ? Si la proposition peut surprendre, elle n'est, après tout, pas plus saugrenue que celle de personnifier les animaux⁷³,

70. Art. 233, 5° de la loi n°99-209 renvoyant à l'art. 95 de la loi n°88-1028 du 9 novembre 1988, demeuré en vigueur.

71. CA Nouméa, 13 août 2012, RG n° 12/242 : « le GDPL n'est pas une personne morale de droit commun, sa formation et son objet, qui répondent au souci de remplir une fonction économique en milieu coutumier kanak, le rattachent à l'évidence au monde de la coutume ; que si la personne morale n'est pas au sens strict un "citoyen", elle est bien une personne au même titre qu'une personne physique, dotée de tous les attributs de la personnalité ; qu'elle n'échappe pas, de ce fait, à la loi commune qui assujettit les personnes de statut coutumier kanak aux règles coutumières lorsqu'elles se trouvent en litige avec d'autres personnes de statut coutumier kanak ; la solution contraire (...) serait d'autant plus paradoxale que le GDPL n'est, en toute hypothèse, qu'une structure polyclanique ou tribale (lorsqu'elle fédère plusieurs clans, ou des démembrements de clans), ou monoclanique lorsqu'elle se compose d'un seul clan familial ».

72. Art. 124-3 CEPIL : « Les mandataires des groupements de droit particulier local à vocation environnementale devront obtenir l'accord écrit des détenteurs de titres fonciers des terres sur lesquelles ils souhaitent exercer le rôle qui leur est reconnu dans l'article précédent. // Les us et coutumes et les règles écrites lorsqu'elles existent présidant à la constitution des GDPL s'appliquent aux GDPL à vocation environnementale. »

73. Parmi une littérature désormais importante, v. C. Regad, C. Riot (dir.), *La personnalité juridique de l'animal*, éd. LexisNexis, 2020 ; F.-X. Roux-Demare, *L'animal et l'homme*, éd. Mare & Martin, 2019 ; J.-P. Marguénaud, X. Perrot, « Le droit animalier, de l'anecdotique au fondamental », *D.* 2017, p. 996 ; J.-P. Marguénaud, Fl. Burgat, J. Leroy, « La personnalité animale », *D.* 2020, p. 28 ; C. Regad, « L'ébranlement d'un

les éléments de la nature ou encore les robots⁷⁴. Si l'on admet – ce que nous pensons – que la personnalité juridique est une fiction qui peut appréhender aussi bien des humains que des non-humains, la personnification du « peuple kanak » doit pouvoir, elle aussi, être envisagée sérieusement.

A priori les obstacles semblent indépensables. Il faudrait d'une part dépasser le dogme selon lequel le peuple « n'a pas de statut juridique propre en tant qu'entité distincte de l'État »⁷⁵, ce dernier ayant seul, au nom du peuple, la personnalité juridique et donc la capacité de le représenter. Il faudrait encore, d'autre part, passer outre la Constitution française qui ne reconnaît officiellement qu'un seul peuple⁷⁶, le peuple français, au sein duquel sont modestement reconnues des « populations d'outre-mer » (art. 72-3 C°). C'est oublier la singularité du système juridique calédonien. Le « peuple kanak » est en effet reconnu par la Constitution. L'accord de Nouméa du 5 mai 1998, qui utilise à plusieurs reprises le terme de « peuple kanak » au côté du peuple français, jouit d'une valeur constitutionnelle. Néanmoins, faute d'avoir un État souverain distinct de l'État français, le peuple kanak est, selon les droits en cause, représenté par la Nouvelle-Calédonie⁷⁷ ou par la France.

Pour autant, en vertu de l'accord de Nouméa, ce peuple dispose d'institutions qui lui sont propres. Il a une identité kanak, reconnue par l'accord de Nouméa, distincte de l'identité française. Il peut vivre selon ses coutumes, avec ses propres institutions et autorités coutumières, un statut personnel coutumier dérogeant au droit commun des statuts particuliers. On voit l'émergence d'un « peuple identitaire »⁷⁸ à l'instar d'autres parties du monde où vivent, sans

droit anthropocentré, signe d'une nouvelle ère ? », *loc. cit. Adde*, dans une optique plus globale, G. Aïdan, D. Bourcier (dir.), *Humain Non-Humain. Repenser l'infériorité du sujet de droit*, éd. LGDJ, coll. droit et société, 2021.

74. Not. X. Labbée, « Faut-il personnifier la voiture autonome ? », *D.* 2019, p. 1719 ; G. Loiseau, « La personnalité juridique des robots : une monstruosité juridique », *JCP G.* 2018, 597 ; F. Rouvière, « Le robot-personne ou *Frankenstein* revisité », *RTD. civ.*, 2018, p. 778 ; D. Mainguy, « La personnalité juridique des robots. Le nouvel âge de la machine », in J.-P. Marguénaud et C. Vial, *Droits des êtres humains et droits des autres entités : une nouvelle frontière ?*, *op. cit.*, p. 203 s.

75. V. not. S. Pierré-Caps, « Le peuple à l'interface du droit constitutionnel et du droit international », *Civitas Europa* 2014/1 (n° 32), p. 5 s.

76. Ainsi de l'inconstitutionnalité du « peuple corse », Cons. const., 9 mai 1991, déc. n° 91-290 DC, consid. n° 13.

77. Selon F. Féral, « L'adoption de la Charte du peuple Kanak de Nouvelle-Calédonie. Les prémices d'un pluralisme juridique : origine, fondements et perspectives des droits autochtones du peuple kanak », p. 19 (consultable sur www.legitimus.ca) : « La Nouvelle-Calédonie est la personne juridique subrogée dans les droits du peuple kanak en exerçant en particulier des pouvoirs législatifs et administratifs sur la coutume comme par exemple sur les lois du Pays, administration coutumière, état civil coutumier, ou encore en effectuant une tutelle financière ».

78. S. Pierré-Caps, « Le peuple à l'interface du droit constitutionnel et du droit international », *loc. cit.*, spéc. p. 15 s.

représentation souveraine, des peuples autochtones. Se pose dès lors la reconnaissance de la personnalité juridique du peuple kanak. La question déborde le cadre de cette étude. L'indépendance n'ayant pas été acquise à l'issue du processus référendaire prévu par l'accord de Nouméa⁷⁹, la reconnaissance d'une personnalité juridique du peuple kanak sera sans doute sur la table des négociations du statut suivant, parce que le rejet de l'indépendance n'équivaudra pas à une renonciation des Kanak à leur droit à l'auto-détermination lequel pourrait prendre une autre forme. Mais rien n'interdit de donner cette personnalité juridique sous le statut de l'accord de Nouméa, lequel a vocation à durer tant qu'une nouvelle relation entre la France et la Nouvelle-Calédonie n'aura pas été trouvée. Reste à savoir s'il s'agira d'une personnalité juridique de droit public ou de droit privé. La première hypothèse semble préférable, dans la mesure où le « peuple kanak » repose sur la réalité d'une communauté sociale adhérant aux mêmes valeurs, et en ce qu'elle lui offrirait davantage de prérogatives, aux confins de la souveraineté⁸⁰. La personnalité juridique de droit privé pourrait également être intéressante, notamment parce qu'il s'agit ici, non pas d'attribuer des droits de quasi-souveraineté, mais de rendre ce « peuple kanak » attributaire du patrimoine matériel et immatériel fondé sur le lien à la terre, le mettre en capacité d'exercer les droits et les devoirs qui en découlent. À l'instar de l'Inde, la réponse ne pourrait-elle pas venir du juge, comme ce dernier l'a fait pour le clan kanak ? Ne serait-il possible de parvenir à cette qualification sur la base de la théorie de la réalité, fondée sur la jurisprudence *Comité d'établissement*⁸¹, qui repose sur deux conditions : l'existence d'un intérêt licite propre et d'un organe susceptible de le mettre en œuvre. Le peuple kanak apparaît en effet comme un groupement solidaire et stable, reposant sur des valeurs communes et à l'organisation hiérarchique bien définie. La charte du peuple kanak en témoigne.

Le cas échéant, il restera à déterminer les représentants du peuple kanak, à défaut d'État. Le sénat coutumier aurait sans doute cette vocation⁸², mais il est une création de l'État français. L'assemblée du Pays kanak, regroupant les conseils d'aires, mais elle n'existe que par le règlement intérieur du sénat coutumier. C'est

79. L'indépendance verrait, quant à elle, la constitution d'un « peuple calédonien ».

80. En ce sens, A.-L. Madinier, « Le droit positif en Nouvelle-Calédonie face à la revendication autochtone », in *L'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, *op. cit.*, p. 145-146.

81. Cass. civ. 2^e, 28 janvier 1954, préc. : « Attendu que la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés ; Que, si le législateur a le pouvoir, dans un but de haute police, de priver de la personnalité civile telle catégorie déterminée de groupements, il en reconnaît, au contraire, implicitement mais nécessairement, l'existence en faveur d'organismes créés par la loi elle-même avec mission de gérer certains intérêts collectifs présentant ainsi le caractère de droits susceptibles d'être déduits en justice ».

82. En ce sens, F. Féral, *loc. cit.*, p. 20.

aux Kanak eux-mêmes de déterminer les autorités représentatives et exécutives de leur peuple.

En tout état de cause, cette reconnaissance de la personnalité juridique du peuple kanak aurait, dans un but de préservation du patrimoine matériel et immatériel fondé sur le lien à la terre, plus de sens que celle des éléments de la Nature.