



Université de Montréal

Mécanismes du pluralisme juridique et utilisation paradoxale du droit : le postmodernisme de l'État français en Nouvelle-Calédonie

Par Scarlett Mitran

M.a Études internationales, Faculté des études supérieures

Mémoire présenté en vue de l'obtention du Master en Études internationales, option institutions et droit

Mars 2017

©, Mitran, 2017

## EXTRAIT

L'État français n'est pas épargné par les bouleversements sociopolitiques caractéristiques du XXI<sup>e</sup> siècle. Dans ses territoires outremer, et particulièrement sur la collectivité *sui generis* de Nouvelle-Calédonie, territoire pluriethnique et berceau de revendications autonomistes autochtones depuis les années 1970, les valeurs républicaines peinent à trouver leur place. Les difficultés qui découlent de l'inadéquation des principes modernes européens à certaines valeurs océaniques engendrent de surcroît des problèmes d'effectivité puis de légitimité du droit. Le monisme et le positivisme qui le caractérisent en métropole n'ont pas réellement de sens dans ce territoire du bout du monde. L'existence d'un pluralisme juridique - où la coexistence du droit de l'État français avec le droit calédonien et le droit civil coutumier - laisse place à l'établissement de mécanismes qui le consacrent partiellement. Par ailleurs, le contexte de décolonisation dans lequel se trouve le pays voit se développer des revendications autonomistes autochtones qui s'approprient le droit et parviennent dans une certaine mesure à l'utiliser contre l'État. Les mécanismes du pluralisme juridique et cette utilisation singulière du droit démontrent l'évolution postmoderne de la structure étatique française.

Mots clefs : État français, pluralisme juridique, postmodernisme, revendications politique, utilisations du droit, peuple autochtone kanak.

## ABSTRACT

The French state has not avoided the various sociopolitical disruptions experienced by the international affairs of the 21<sup>st</sup> century. In its overseas territories, and particularly on the *sui generis* New-Caledonian territory, where multiculturalism is endemic and autonomist aspirations have been flourishing since the 1970s, French-republican values struggle to set up. The difficulties that result from the inadequacy of modern European principles engender some issues regarding the effectiveness and the legitimacy of the law. The monism and positivism that characterize the law in France do not really make sense on this "other side of the world" territory. The existence of legal pluralism - the coexistence of State law with the Caledonian law and the civil customary law - gives way to the establishment of mechanisms partially supporting this legal pluralism. Moreover, the context of decolonization in which the territory is gives place to the development of indigenous autonomist claims which manage to take over the law and to a certain extent use it against the State. Developed legal pluralism mechanisms as well as the singular use of the law that takes place in New-Caledonia demonstrate a postmodern evolution of the French state structure.

Key words: French state, legal pluralism, postmodernism, political claims, use of law, Kanak indigenous people.

## TABLE DES MATIÈRES

EXTRAIT .....	iii
ABSTRACT .....	iii
TABLE DES MATIÈRES .....	iii
LISTE DES ABRÉVIATIONS.....	vii
REMERCIEMENTS .....	viii
<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>2</b>
<b><u>CHAPITRE 1 - ETAT, POSTMODERNISME ET PLURALISME JURIDIQUE.....</u></b>	<b>13</b>
I) <u>L'État à l'heure de la modernité.....</u>	15
A- Nation, souveraineté et démocratie.....	16
1. <i>La nation</i> .....	16
2. <i>Les différents niveaux de souveraineté et les régimes démocratiques</i> .....	18
i. L'exercice de la souveraineté étatique.....	18
ii. L'exercice de la souveraineté populaire ou nationale au travers de régimes démocratiques.....	19
B- Individualisme, autodétermination et choix des peuples .....	22
C- Positivisme juridique et État de droit .....	24
II) <u>Un monde à l'heure du postmodernisme ? .....</u>	26
A- Postmodernité et postmodernisme .....	26
1. <i>L'idée de postmodernisme</i> .....	27
2- <i>L'ère dite postmoderne</i> .....	28
III) <u>Émergence d'un État et d'un droit postmodernes ?.....</u>	32
A- État postmoderne : nation et démocratie en (r)évolution?.....	33
B- Droit postmoderne : l'outil de gestion et d'émancipation.....	35
1. <i>Le pluralisme juridique</i> .....	36
i. Définitions.....	38
ii. Les sources du droit.....	40
2. <i>Le droit comme outil d'émancipation et de mobilisation politique des peuples autochtones</i> ....	41

i. Les nouveaux mouvements sociaux.....	42
ii. Le débat qui oppose les libéraux aux communautariens .....	43
iii. Le libéralisme culturel de Kymlicka.....	44
iv. Le droit outil et les différents types de mobilisation du droit de Noreau et Vallet .....	45
<b>Conclusion du chapitre 1</b> .....	47

## **CHAPITRE 2- LA NOUVELLE-CALÉDONIE :**

### **PLURALISME JURIDIQUE ET UTILISATION PARADOXALE DU DROIT, ILLUSTRATION DE LA POSTMODERNITÉ DE L'ÉTAT FRANÇAIS ..... 49**

I) <u>La tentative échouée d'exportation des valeurs modernes et républicaines en Nouvelle-Calédonie</u> .....	50
A- Le rapport du républicanisme au multiculturalisme : illusion et obsolescence.....	50
B- Problème de légitimité et d'effectivité du droit.....	53
C- Unitarisme et décentralisation.....	54
II) <u>Le paradoxe inhérent au droit</u> .....	57
A- L'exception républicaine.....	58
1. <i>Le traitement différentiel imposé</i> .....	59
2. <i>... et ses conséquences inattendues</i> .....	61
B- L'autodétermination limitée .....	65
1. <i>La hiérarchie des autonomies</i> .....	65
2. <i>L'inconstitutionnalité de la consécration des droits collectifs</i> .....	68
C- La mobilisation du droit à des fins d'exercice des droits acquis .....	70
1. <i>Réaménagement des droits politiques de la majorité en faveur de la minorité</i> .....	71
2. <i>Octroi d'un pouvoir sur la définition de la normativité juridique</i> .....	73
3. <i>Réinstauration de l'effectivité du droit</i> .....	75
D- Le droit comme bouclier de l'État contre la perte complète de son contrôle.....	78
1. <i>Décentralisation à la française</i> .....	79
2. <i>Limites aux concessions faites</i> .....	81
i. La dimension anti démocratique et discriminatoire des réaménagements des droits politiques.....	81
ii. Limites en termes de définition de la normativité juridique .....	82

iii. Réinstauration illusoire de l'effectivité et de la légitimité du droit .....	85
<u>Conclusion du chapitre 2</u> .....	89
<b>CONCLUSION</b> .....	<b>92</b>
BIBLIOGRAPHIE.....	97
ANNEXE 1.....	105

## **LISTE DES ABRÉVIATIONS**

DA..... Droit à l'autodétermination

DNUDPA..... Déclaration des nations unies sur les droits des peuples autochtones

FLNKS..... Front de libération Kanak socialiste

GDPL..... Groupements de droit particulier local

LDHNC..... Ligue des droits de l'homme de Nouvelle-Calédonie

ONU..... Organisation des nations unies

OPC..... Officier public coutumier

TOM..... Territoires d'outremer

UE..... Union Européenne

UNESCO..... United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization

## REMERCIEMENTS

Je tiens en premier lieu à remercier ma mère et mon père qui m'ont permis de parcourir le monde et de développer la curiosité et le goût pour l'apprentissage que j'ai aujourd'hui. Merci d'avoir toujours cru en moi.

Également, je tiens à remercier Florian, qui partage ma vie et m'a soutenue et motivée pour aller au bout de ce travail.

Mes amis et mes québécois, Laurie, sans qui ce mémoire n'aurait jamais vu le jour, qui m'ont inspirée et m'ont fait tomber amoureuse du Québec. Vous me manquez.

Je remercie également Daniel Turp et Valérie Amiraux d'avoir accepté de me diriger et m'accompagner dans ce travail ardu. Malgré le temps et les obstacles, nous y sommes parvenus. Merci pour vos précieux conseils et vos méticuleuses corrections.

Enfin, je remercie chacune des personnes qui a accepté de me recevoir : M. Gérard Del-Rio, M. Roger Cho, M. Mathias Chauchat, M. Jean-Yves Faberon, M. Etienne Cornut, M. Igovasa Levalua, le Pasteur Passa, Mme Julie Bleurois, M. Jean-Baptiste Manga, M. Ghislain Otis, M. Morin, M. Leclair, M. Jean-Louis Thydjepache. Vos conseils, réflexions, ressources ont été primordiaux dans l'élaboration et l'orientation de ce travail.

« *GÉRER LA DIVERSITÉ CULTURELLE EST L'UN DES DÉFIS LES PLUS IMPORTANTS DE NOTRE  
ÉPOQUE* »

PNUD, 2004, RAPPORT SUR LE DÉVELOPPEMENT HUMAIN.

## INTRODUCTION

Aujourd'hui, la place de l'État-nation et sa capacité à maintenir les attributs qui le caractérisent comme acteur central de la scène internationale sont questionnées. La mondialisation serait la cause de cette remise en question, ses implications seraient telles que l'acteur principal du monde depuis quatre siècles ne serait plus en mesure d'assurer et d'assumer son rôle et ses responsabilités. Les trois caractéristiques qui lui sont traditionnellement rattachées : le territoire, la population et la souveraineté seraient dépassés, leur composition en mutation et leur rapports dénaturés. La littérature abordant cette problématique semble abonder dans ce sens. Le processus d'internationalisation avec les flux de population, les réseaux multiples, l'interdépendance économique, la (re)valorisation culturelle qu'il engendre sont autant d'éléments qui viennent exercer une pression constante sur la structure étatique si caractéristique de l'ère moderne.

Les facteurs externes sont souvent blâmés : l'économie, le droit international, les nouvelles technologies de l'information et des communications, les mouvements transnationaux. Les voies par lesquelles ces éléments pénètrent la structure étatique et la transforment pour parfois, dans certains domaines, la remplacer sont nombreuses. L'Union européenne (UE) en est une illustration. Outre les influences extérieures auxquelles sont confrontés les États membres de l'UE, beaucoup doivent également faire face à des dynamiques internes qui affectent elles-aussi la structure et l'ordre national comme avec le Brexit. Pourtant, les retentissements de ces dynamiques internes semblent moins suivis dans la littérature, surtout lorsqu'il s'agit de revendications autochtones, rares sur le continent. Un pays de l'UE doit faire face à des revendications décentralisées de cette nature : la France. État-nation républicain par excellence, le fait que les autochtones outremer revendiquent leur droit à l'autodétermination depuis quatre décennies chamboule l'ordre établi de la métropole. Dans cette étude, c'est le cas particulier de la Nouvelle-Calédonie que nous observons en raison de son statut de collectivité unique et des

élaborations politiques juridiques et institutionnelles qui y ont vu le jour depuis les années 1980, ainsi que de l'utilisation paradoxale du droit qui y est faite.

Découverte par James Cook en 1778, la France en prend possession en 1853 pour y établir un bagne dès l'année suivante. La richesse des sols calédoniens en nickel, connue depuis 1864, permet au pays de connaître un boom économique tout au long du XIXe siècle et engendre la venue massive de main d'œuvre originaire de la zone océanique et asiatique. Simultanément, des réserves indigènes voient le jour à partir de 1868 et c'est après la première révolte autochtone menée par le grand Chef Ataï que le régime de l'indigénat entre en vigueur à partir de 1887. Ce régime impose aux membres de ce groupe le statut de sujet de l'État et par conséquent, un régime de droits particuliers. Il est employé pour un certain nombre d'infractions<sup>1</sup> commise par le peuple kanak<sup>2</sup>, peuple premier de Nouvelle-Calédonie. Lorsqu'il est aboli soixante ans plus tard en 1946 dans un contexte de récession économique, l'accès à l'éducation permet alors aux Kanak d'acquérir des outils qui participent à la prise de conscience et la défense de leurs droits. Dans les années 1970, alors que la décolonisation bat son plein à travers le monde et que des instruments juridiques internationaux commencent à circuler, les premières revendications identitaires puis politiques kanak débutent.

En 1975 se déroule le premier festival culturel kanak, *Melanesia 2000* (Terrier 2010, 34), qui marque le point de départ d'un élan d'affirmation de la culture kanak toujours actif. Au même moment, l'État met en place une politique démographique pour « *faire du blanc* » (Mokaddem 2009, 5) et amoindrir la représentativité politique du peuple premier. Une lettre envoyée en 1972 par le Premier ministre<sup>3</sup> confirme cette réalité souvent inavouée : « À long terme, la revendication

---

<sup>1</sup> Désobéissance à l'autorité coloniale, sortie hors des réserves sans autorisation, interdiction du port d'armes, des pratiques de la sorcellerie, de la consommation d'alcool, de la nudité chez les Européens, d'entrer chez les Européens sans autorisation (Del Rio, 1997, 10).

<sup>2</sup> Le mot kanak est invariable en genre et en nombre.

<sup>3</sup> Mr Pierre Messmer, lettre envoyée au secrétaire d'État chargé des départements et territoires d'outre-mer de l'époque.

nationaliste autochtone ne sera évitée que si les communautés non originaires du Pacifique représentent une masse démographique majoritaire » (LDH-Toulon 2003). Les esprits s'échauffent progressivement sur l'île et le gouvernement décide en 1983 d'organiser la table ronde de Nainville-les-Roches où toutes les sensibilités politiques sont représentées. La légitimité des premiers occupants, celle des non kanak qualifiés de « victimes de l'histoire », et le droit à l'autodétermination sont affirmés au travers du statut dit Lemoine qui découle de cette table ronde. Il introduit l'autonomie interne et institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie. Mais les partis politiques ne s'entendent pas sur ses modalités d'application et la volonté des indépendantistes de geler le corps électoral n'est pas respectée puisque les migrants français ayant un minimum de trois ans de résidence sur le territoire sont inclus dans l'électorat (Faberon 2012, 37 ; Mokaddem 2009, 6). Le Front de Libération Nationale Kanak et Socialiste (FLNKS) décide alors de boycotter les élections pour ce statut. Cette action sera fortement symbolisée par le localement célèbre bris de l'urne par Eloi Machoro à Canala<sup>4</sup> qui marque le début des Évènements, la guerre civile calédonienne qui ne porte pas son nom<sup>5</sup>. Cette période sombre qui intervient de 1984 à 1988 a donc pour motif d'insurrection principal la composition du corps électoral appelé à se prononcer au référendum d'autodétermination demandé par les indépendantistes. Son impact désastreux sur les communautés et les clivages ethniques qu'il a engendrés divisent encore le pays aujourd'hui. Ces événements ont entraîné la réinscription de la Nouvelle-Calédonie sur la liste des pays à décoloniser de l'Organisation des Nations Unies (ONU) en 1986 et ont aussi provoqué l'élaboration d'innovations remarquables bien qu'inachevées sur le plan institutionnel, juridique et politique.

En 1988, pour mettre fin à ce conflit, les Accords de Matignon-Oudinot sont signés en 1988. Ils ont pour objectif de restaurer la paix, repousser le référendum d'autodétermination de 10 ans et

---

<sup>4</sup> Annexe 1

<sup>5</sup> Une conférence de Olivier Houdan, historien calédonien, intitulée « Évènements ou Guerre » traitait justement de cette question de qualification (Houdan 2015)

mettre en place la provincialisation de la Nouvelle-Calédonie, soit la division du pays en trois provinces et la répartition du budget en fonction des besoins et non de la proportion de population. Ces accords introduisent également les mesures nécessaires pour entamer un processus de développement réparateur et compensateur connu sous le nom de « Rééquilibrage » à plusieurs niveaux : éducatif, économique, identitaire et social.

Dix ans plus tard, en 1998 est signé l'Accord de Nouméa. Celui-ci a valeur constitutionnelle et fait de la Nouvelle-Calédonie « la collectivité territoriale la plus originale de la République française » (Faberon 2012, 83) en introduisant le transfert progressif et irréversible de compétences de l'État vers la Nouvelle-Calédonie. Par ailleurs, la traduction juridique de cet accord, La Loi Organique du 19 mars 1999, vient déterminer « les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la Nouvelle-Calédonie et notamment les conditions dans lesquelles certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante pourront être soumises avant publication au contrôle du Conseil constitutionnel » (Article 7 Constitution). Il réaffirme l'importance du rééquilibrage nécessaire à l'éventuelle indépendance, et repousse de nouveau le referendum pour y accéder, de 20 ans cette fois.

L'exemple de la Nouvelle-Calédonie met en évidence un ensemble de questions relatives à l'État-Nation, la pertinence et la désirabilité actuelles de sa structure, interroge quant à la gestion de la diversité au sein d'un territoire donné, à la pertinence des outils mis en place à ces fins, à l'élaboration de modèles juridiques novateurs, à la réinterprétation de l'utilisation d'outils attribué traditionnellement à l'État, à l'établissement d'une cohésion sociale dans une configuration qui y semble peu propice. En particulier ce sont la reconnaissance du processus de décolonisation, les mesures de discrimination positive introduites par la politique de rééquilibrage, la définition limitée de la citoyenneté et la restriction du corps électoral, la provincialisation, la consécration partielle du système normatif coutumier kanak et le corpus normatif attribué à la Nouvelle-

Calédonie avec la Loi organique et le transfert des compétences qui expliquent l'intérêt pour ce cas d'étude et sa qualification de « laboratoire juridique » sans pareil.

Puisque le monde ne semble pas s'orienter vers l'institutionnalisation rigide des minorités nationales et des peuples autochtones, ni vers le dépassement complet de l'État-nation comme structure de référence, plusieurs alternatives à mi-chemin entre ces deux éventualités sont mises en œuvre et le processus d'autonomisation de la Nouvelle-Calédonie en est un exemple. L'évolution de la structure étatique atteste de sa capacité d'adaptation et de sa pertinence. En particulier, l'évolution des éléments piliers qui y sont rattachés au cours de l'ère moderne tels que la démocratie, la souveraineté et le positivisme normatif est un témoignage pertinent de cette capacité d'adaptation.

En effet, l'État, acteur nodal des relations internationales depuis la signature des traités de Westphalie en 1648 est central dans l'organisation, le maintien et la gestion des affaires mondiales. Dans la définition élaborée par Carré de Malberg en 1920, l'État peut être compris comme :

« [U]ne communauté d'[H]ommes, fixée sur un territoire propre et possédant une organisation d'où résulte pour le groupe envisagé dans ses rapports avec ses membres une puissance suprême d'action, de commandement et de coercition ». (7)

Présager la fin de l'hégémonie de l'État revient à prévoir une réorganisation drastique des dynamiques mondiales. Pourtant, malgré la prédiction de sa disparition depuis les années 1940<sup>6</sup>, l'État ne semble pas en passe d'être remplacé et montre même dans certaines circonstances, des signes d'adaptation et d'évolution surprenants. Quand bien même l'État resterait le protagoniste nodal de la scène internationale, ces signes sont manifestes de plusieurs éléments rattachés au postmodernisme. Notamment, les revendications identitaires puis politiques du peuple kanak, la mise en place de mécanismes de pluralisme juridique atténués ainsi que l'utilisation paradoxale

---

<sup>6</sup> Carl Schmitt dans *Der Begriff de Politischen* p.10 (Kervégan 2004, 3)

du droit sont autant d'indicateurs qui illustrent un processus de postmodernisation de l'État français en Nouvelle-Calédonie.

Le postmodernisme est un courant critique du libéralisme et des idées universalistes portées par les Lumières qui apparaît dans les années 1980. Il est utilisé, comme nom commun, pour parler d'une expérience nouvelle des sociétés provoquée par un rapport nouveau aux temps et espaces, la postmodernité, et, comme adjectif, pour qualifier ce qui se rapporte à cette expérience. Si le postmodernisme nous a semblé adapté à l'élaboration de cette étude c'est parce qu'il représente une façon nouvelle, plurielle et non prospective d'analyser les relations internationales. L'accent mis sur la diversité, la complexité et l'incertitude atteste des mutations du monde sans pour autant prévoir la venue d'un ordre anarchique, supranational ou outrancièrement nationaliste. En particulier, le postmodernisme, en se positionnant de façon très critique vis-à-vis de la nation rattachée à l'État moderne en imagine une version plus inclusive. En d'autres termes, la composante nationale rattachée à l'État au cours du XIXe siècle ne peut plus être si strictement définie. Le postmodernisme est de surcroît illustré par deux éléments principaux dans notre cas d'étude : le « droit outil » utilisé de manière paradoxale et singulière qui peut mener à la mise en œuvre d'un libéralisme culturel et les mécanismes de pluralisme juridique conçus en conséquence.

Ce que nous appelons « droit outil » regroupe les usages du droit comme épée ou bouclier analysés par Liora Israël (2009), ainsi que les étapes successives de mobilisation politique du droit théorisées par Pierre Noreau et Elisabeth Vallet (2005). Selon ces perspectives, le droit est riche de par son possible retournement, sa capacité de réversibilité, d'adaptation et d'interprétation. Ainsi, alors qu'il était l'outil privilégié de l'État au cours de l'Antiquité, il est devenu accessible au peuple au travers des valeurs individualistes, citoyennes et démocratiques de la modernité. Avec l'avènement de l'expérience postmoderne, il se pare d'une schizophrénie inédite et contestataire. Effectivement, outil traditionnellement attribué à l'État pour légaliser l'ordre établi, il passe

progressivement dans les mains des citoyens qui s'en servent pour questionner cet ordre. Le droit devient donc un outil privilégié de contestation et de revendication. Effectivement, les minorités nationales et peuples autochtones, alors qu'ils élaboraient leurs revendications en dehors de l'État car en opposition avec celui-ci au cours de la modernité sont contraintes désormais d'en utiliser les outils et le langage pour conférer crédibilité et légitimité à leurs demandes. Par conséquent, le débat qui opposait les libéraux aux communautariens est dépassé car les groupes minoritaires (numériquement ou culturellement) cherchent à présent à faire reconnaître leurs droits collectifs dans un cadre sociétal libéral et démocratique. C'est par exemple la position de Will Kymlicka (2002). En nous intéressant au processus de reconnaissance de certains droits du peuple kanak en Nouvelle-Calédonie, donc à la littérature traitant des droits des minorités nationales et des peuples autochtones, c'est la composition et la validité de la nation française que nous allons observer. La façon dont cette composition nationale est contestée et rivalisée à laquelle nous allons être particulièrement attentifs retiendra plus spécifiquement notre attention. Sur 268 767 habitant en 2014, 39,1% se considéraient comme Kanak, 27,1 % comme Européens, 8,6 % d'individus se sentaient appartenir à « plusieurs communautés », 8,2 % étaient Wallisiens et Futuniens, 7,4% Calédoniens, 2,1% Tahitiens, 1,4% Indonésiens, 1% Ni-vanuatu et 0,9% Vietnamiens (INSEE 2015). Au regard de ces statistiques, penser qu'une nation au sens moderne et européen existe semble invraisemblable. En attestent particulièrement les 7,4% de la population qui se déclarent et se reconnaissent comme « Calédoniens ». Les stratégies d'édification nationale répandues en Europe et utilisées par l'État français, le nationalisme qui en découle parfois ainsi que les revendications de certaines communautés sont autant de phénomènes qui s'entrechoquent sur ce territoire de seulement 18 000 km<sup>2</sup>. Une telle hétérogénéité communautaire, affirmée et parfois revendiquée, ne peut être négligée au risque d'entraîner une crise de légitimité des structures et de l'État lui-même. C'est d'ailleurs face à une crise de cet ordre que les décideurs politiques protagonistes des Évènements des années 1984-88 ont entamé un programme d'inclusion et de

respect de la diversité par le biais, entre autres, de l'institution de mécanismes de pluralisme juridique.

Dans sa forme néo-calédonienne, le pluralisme juridique est une illustration des États postmoderne du XXI<sup>e</sup> siècle puisqu'il induit une revalorisation de la diversité culturelle et consacre la différence. Cela est d'autant plus remarquable qu'il s'agit d'une consécration permise dans un ensemble républicain (ou un projet jacobin) français dont l'unité et l'indivisibilité sont constitutionnalisés et semblent, depuis la révolution, immuables :

« La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée ». (Constitution Article 1)

La littérature qui traite du dépassement de l'État-nation dans une ère postmoderne et qui l'explique au travers d'outils d'analyse se réclamant du postmodernisme a proliféré depuis le milieu du XX<sup>e</sup> siècle. Il en est de même des études dédiées à l'observation et l'analyse du pluralisme juridique sous ses multiples formes. Celles-ci sont souvent limitées par l'intérêt quasi exclusif porté au concept et à la terminologie du pluralisme juridique. Les études qui observent sa mise œuvre empirique manquent d'une dimension critique qui permettrait à cette consécration d'être perçue comme le début d'un processus plutôt que comme une fin en soi. De plus, en dépit de la multiplicité de sources qui traitent de la mise en place et du fonctionnement des institutions calédoniennes, peu s'engagent dans une analyse plus large de ce que symbolise ces innovations en tant qu'évolution de l'appareil étatique et aucune ne traite de l'émanation du postmodernisme que représentent les avancées institutionnelles et juridiques en Nouvelle-Calédonie. C'est pourquoi, cette étude cherche à répondre à la question suivante :

Dans quelle mesure la postmodernité incarnée par le pluralisme juridique et l'utilisation du droit en Nouvelle-Calédonie est-elle une émanation de la transformation de l'État-nation français ?

Dans le premier chapitre, nous observerons le développement de l'État-nation moderne afin de présenter son évolution postmoderne et analyser cette évolution au travers du prisme du postmodernisme. En revenant sur certains des éléments constitutifs de l'État (la nation, la souveraineté, les régimes démocratiques, le positivisme juridique, l'État de droit), nous allons démontrer que l'État dans sa version moderne a dû se réajuster afin de pouvoir conserver sa place et assurer son rôle d'acteur principal de l'arène internationale. À partir de l'observation de la littérature relative à la postmodernité, nous montrerons que cette lentille d'analyse permet de conserver la centralité de la structure étatique tout en questionnant la validité de certains de ses attributs. En particulier, c'est la littérature dédiée au pluralisme juridique, à l'utilisation du droit comme outil et aux droits des peuples autochtones qui nous intéressera. Effectivement, là où il y a un fait pluraliste, il y a hétérogénéité, et là où il y a consécration du pluralisme comme donnée explicative ou comme élément d'information dans l'ébauche de politiques publiques, il y a acceptation et légitimation (complète ou partielle) de ce pluralisme. C'est alors que se déploient des demandes de reconnaissance des droits des minorités et des peuples autochtones. Ceux-ci sont portés par de nouveaux mouvements sociaux, qui mettent en exergue des débats théoriques très polarisés mais qui laissent également place à des perspectives médianes et hybrides. L'utilisation du droit comme outil de mobilisation politique est une illustration de la théorie médiane du culturalisme libéral. Ce processus est, selon nous, une manifestation de la postmodernisation ou de la postmodernité de certains États du monde désormais.

Dans le second chapitre, nous mettrons en lien les éléments développés dans le premier chapitre et notre cas pour démontrer que la Nouvelle-Calédonie est, dans une certaine mesure, illustrative de la postmodernité de l'État français. Nous allons tenter de démontrer que les éléments observés

représentent une évolution plutôt qu'une régression des sociétés contemporaines. Effectivement, nous présenterons en détail dans un premier temps le modernisme de la structure étatique républicaine française, qui représente l'un des berceaux des idéaux de la modernité. Nous nous attarderons dans un premier temps sur les tentatives d'exportation des valeurs modernes et républicaines en Nouvelle-Calédonie. Nous analyserons également les limites significatives liées au rapport dichotomique qui oppose le républicanisme au multiculturalisme, les problèmes d'effectivité et de légitimité du droit ainsi que la décentralisation du cadre unitaire français possible pour répondre à ces problématiques. Nous expliquerons dans un second temps le paradoxe inhérent au droit en utilisant l'analyse de Liora Israel (2009) et les catégories élaborées par Pierre Noreau et Élisabeth Vallet (2012) ou en d'autres termes comment le droit est utilisé simultanément par l'État pour maintenir sa souveraineté et par le peuple kanak pour obtenir la sienne. Nous observerons attentivement l'exception républicaine qu'a été la Nouvelle-Calédonie au cours des XVIIIe et XIXe siècles en termes de traitement différentiel, les conséquences imprévues de ce traitement et comment ils symbolisent le début d'un jeu de pouvoir entre l'État et le peuple kanak. La façon dont le droit à l'autodétermination est interprété et l'inconstitutionnalité de la reconnaissance des droits collectifs seront ensuite observées pour expliquer les raisons pour lesquelles le droit a été mobilisé comme ressource à des fins d'exercice des droits acquis. Enfin, face à ces mouvements nous examinerons la riposte de l'État qui utilise le droit à son tour, mais comme ressort de résistance, pour conserver sa mainmise sur ce territoire.

C'est par le biais d'une recherche documentée que nous avons construit cette étude. Les documents sont des sources d'information accessibles au public et contiennent une quantité non négligeable de renseignements. Pour les recherches concernant la structure, les attributs et la forme moderne de l'État, ainsi que la littérature dédiée au postmodernisme, au concept de pluralisme juridique, et aux théories sur les droits des minorités nationales et des peuples

autochtones, les ressources documentaires ont été nos sources privilégiées. Concernant le cas néo-calédonien, la littérature qui l'aborde et l'analyse n'ont pas manqué, surtout traitant des mécanismes de pluralisme juridique et du processus d'autonomie politico-institutionnel. Nous avons tenté de lire toutes les sources documentaires académiques à notre portée au sujet de ces mécanismes de pluralisme juridique afin de les mettre en lien avec les critères du postmodernisme énumérés dans le chapitre 1. Le fait que notre sujet traite à la fois de ces mécanismes et du processus d'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie nous a permis de pouvoir consulter un grand nombre de contributions qui traitent de ces sujets de façon souvent isolée. La littérature sur la forme moderne de l'État et relative au postmodernisme était, quant à elle, empiriquement neutre mais riche en termes d'indicateurs. Par ailleurs, les indicateurs utilisés dans le chapitre 2 soit le « droit outil » et les catégories utilisées ont également été puisés dans une littérature relative aux droits des minorités et des peuples autochtones ainsi qu'en sociologie du droit.

## **CHAPITRE 1**

### **ETAT, POSTMODERNISME ET PLURALISME JURIDIQUE**

Dans l'étude des relations internationales, la crise de l'État-nation a été largement débattue ces dernières décennies. Par crise, nous entendons le dépassement de la structure étatique, qui en illustrerait l'obsolescence ou pousserait à sa réinvention. L'État-nation moderne, celui qui a prospéré en Occident, serait désormais pénétré par des forces auxquelles il n'était pas ou peu confronté par le passé et qui viennent en modifier les fondements. Il convient, pour comprendre si cette menace est réelle aujourd'hui, de connaître la raison de l'élévation de l'État-nation au rang d'acteur nodal des affaires mondiales, d'identifier les attributs qui l'ont caractérisé, les éléments fondamentaux qui le constituent et particulièrement ceux qui sont aujourd'hui mis au défi : le récit national qui l'a forgé, la souveraineté et la démocratie qui en sont des piliers fondamentaux, le principe d'individualisme et le positivisme juridique qui le caractérise en Europe. Nous nous intéresserons ici à la reconnaissance voire la consécration de la diversité au travers de la nation et son pouvoir démocratique ainsi que l'utilisation du droit et la production de normes. Le monde a connu des évolutions considérables depuis l'avènement de l'ordre dit westphalien, lorsque l'État est devenu le protagoniste principal des affaires internationales. Ces évolutions ont eu un impact significatif sur l'organisation du monde et la gestion de ses acteurs et de ses flux.

La modernité à laquelle nous nous référons dans cette étude débute aux temps modernes, qui, pour les historiens français intervient au XVI<sup>e</sup> siècle. En revanche, pour ces derniers, la révolution de 1789 marque la fin de cette ère et l'entrée dans l'ère impériale à laquelle succéderont le XIX<sup>e</sup> siècle et l'ère contemporaine (Menjot 1999). Nous ne nous inscrivons pas ici dans cette perspective, et nous concentrons davantage sur l'acteur qu'est l'État dans sa « version » moderne; c'est pourquoi la modernité dont nous discutons se déploie jusqu'au milieu du XX<sup>e</sup> siècle. Elle est

jumelée, de surcroît avec l'ère dite Westphalienne qui débute avec les Traités de 1648 que nous présentons dans la partie suivante. L'association de ces deux périodes nous permet d'analyser leur dépassement et le passage à une expérience nouvelle.

La lentille du postmodernisme nous permettra d'expliquer la crise à laquelle font face les valeurs et structures sociétales produites au cours de l'ère moderne par le biais de la perspective critique des relations internationales. Nous reviendrons sur les entités exogènes et endogènes qui alimentent le postmodernisme et affectent l'État-nation moderne. Particulièrement, c'est la place du droit comme constituante essentielle de l'État moderne que nous discuterons.

Nous nous intéresserons au paradigme du pluralisme juridique qui offre des outils d'analyse pertinents pour comprendre les raisons et la trajectoire de l'évolution de la sphère juridique et dont émane un débat entre les sciences sociales et la science du droit. Nous verrons que la science du droit a pour objet la cohérence interne des règles, de leurs systèmes et ce qui a valeur de droit au point de vue des idées (Dupret 2006, 117), alors que les sciences sociales s'intéressent davantage aux comportements qui sont vecteurs de normes et créent le droit. Cette dichotomie disciplinaire laisse place à des discussions sur les fondements du monisme juridique qui questionnent la pertinence et la résilience de l'État dans son rôle de producteur exclusif de normes. Le pluralisme juridique va également de pair avec des revendications jusque-là silencieuses, étroitement liées à cette reconnaissance normative - souvent partielle - de la pluralité. Nous reviendrons également sur le recours au droit comme outil d'émancipation pour les peuples autochtones au travers de mécanismes de pluralisme juridique et des stratégies de mobilisation du droit comme ressource politique.

Nous décrirons dans un premier temps les attributs de l'État à l'heure de la modernité (I), à savoir *la nation* qui en est un pilier historique assumé tardivement, *le pouvoir souverain* et *démocratique* qui lui est associé et le *positivisme normatif et l'État de droit* qui caractérisent l'État (A). Dans un second temps (II), c'est la théorie critique du postmodernisme (A) et l'ère

postmoderne (B) que nous exposerons. Elles permettent d'expliquer la transformation du contexte dans lequel l'État-nation évolue. Dans un dernier temps, nous observerons l'évolution postmoderne de l'État et du droit dont il est traditionnellement le gestionnaire exclusif (III), évolution dont le pluralisme juridique est une manifestation (A), donnant lieu à des usages nouveaux du droit ainsi que des façons inédites de le penser et de l'élaborer (B).

#### I) L'État à l'heure de la modernité

L'État, dans sa version moderne, apparaît au cours du XVI<sup>e</sup> siècle. C'est avec les traités de Westphalie de 1648 que la structure étatique se généralise et devient l'une des constituantes essentielles du tournant historique décisif qui voit le monde passer du Moyen-Âge à la Modernité. Outre la consécration de la structure étatique qui résulte de ces traités, le modèle étatique est désormais compris comme constitué de cinq éléments essentiels énumérés par Jacques Chevallier dans un ouvrage dédié à l'État (2003, 22) : la nation, l'État, sa responsabilité comme représentant de l'intérêt général, le monopole de la contrainte qu'il détient et son rôle dans l'organisation d'une bureaucratie fonctionnelle. L'ère dite westphalienne est ainsi marquée, en Europe tout particulièrement, par l'émergence d'états forts qui ne sont plus seulement porteurs d'autorité mais deviennent pourvoyeurs de sécurité pour leurs citoyens (Benyekhlef 2008, 968). La légitimation du pouvoir est construite autour de l'exercice de la souveraineté, de l'édification des nations et des régimes démocratiques (A). Ceux-ci sont d'autant plus renforcés par la défense de principes individualistes et d'autodétermination (B) ainsi que par la production exclusive de normes via l'État de droit qui caractérisent l'État au cours de l'ère moderne (C).

## A- Nation, souveraineté et démocratie

Nation, démocratie et souveraineté sont des concepts essentiels et étroitement imbriqués dans la structure étatique moderne (Chevallier 2011). Leur évolution est l'expression du passage des temps moyenâgeux à l'ère moderne. La souveraineté passe du monarque au peuple, renforçant sa légitimité de l'État. Pourtant, si la nation est historiquement constitutive de l'État, elle ne deviendra centrale que tardivement en Occident (1), à la différence des multiples échelles de souveraineté étatique (interne, internationale, populaire) et de la démocratie (2).

### 1. La nation

La nation, définie comme une « entité abstraite, collective et indivisible, distincte des individus qui la composent et titulaire de la souveraineté » (Larousse), n'a été rattachée à l'État qu'au cours du XIXe siècle. L'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) la décrit comme telle :

« Depuis les temps modernes, la nation est reconnue comme "la" communauté politique qui assure la légitimité d'un État sur son territoire, et qui transforme l'État en État de tous les citoyens. La notion d'État-nation insiste sur cette nouvelle alliance entre nation et État. La nationalité est censée lier le citoyen à l'État et aux avantages des politiques sociales de l'État. » (UNESCO)

La construction nationale soutenue par l'État est un processus historique. Au Moyen-Âge puis à l'époque de la paix de Westphalie, l'usage d'une langue unique ou un refus de l'hétéronomie sont déjà des mécanismes d'homogénéisation utilisés en Europe (Siroën 2006, 5 ; Chevallier 2011, 45). C'est avec les vagues de la modernité, allégorie développée par Taylor (1998) pour expliquer la prise de possession progressive de l'intégralité des éléments qui constituent les sociétés du monde, que la nation est devenue un élément essentiel des États dont la responsabilité de

protection s'est accrue. Au XIXe siècle, les symboles, les outils organisationnels, l'ordre juridique, culturel et économique des sociétés sont mobilisés pour parfaire la cohésion nationale (Gauchon et Huissoud 2010, 15). Le processus d'homogénéisation est primordial, porté par les principes d'ordre et de cohésion au sein de frontières déterminées devenues plus rigides que par le passé et contrôlées par le pouvoir centralisé de l'État. La création de la nation et son renforcement progressif traduisent la cohésion et l'identité nationale nécessaires à l'État.

Ces stratégies d'édification nationale, analysées au travers de la théorie de la construction nationale, font face à une hiérarchie des identités - locales et supranationales - qui défient l'unité nationale nécessaire à la fonctionnalité de l'appareil étatique. Norbert Kersting (2011) souligne l'importance du lien identitaire et politique entre la nation et l'État, lien qui représente la « validité » de la projection culturelle de la nation sur l'État et la solidité du contrat social établi. La fragilité de ce lien, perceptible dans les États multicommunautaires comme la Yougoslavie à la fin du XXe siècle ou dans les États postcoloniaux comme le Rwanda, peut entraîner des complications sur le plan de la légitimité et de l'effectivité des décisions étatiques. Il n'est donc pas surprenant que le nationalisme soit utilisé abondamment notamment en France au cours de la période que nous qualifions de « modernité ». Selon Charles Taylor (1998), il est « extrêmement lié à la modernité » (191, 207). Croisant l'analyse de Ernest Gellner et des éléments de la théorie de Benedict Anderson, Taylor montre que le secret des sociétés modernes se trouve dans l'union nationale permise par les stratégies d'homogénéisation, doublées de l'envie d'être engagé dans la vie de la nation en tant que citoyen (1998, 200). C'est donc la responsabilité des individus en tant que citoyens qui est une marque de modernité et permet au nationalisme de s'autoalimenter au travers du patriotisme exacerbé au cours des guerres notamment.

Cette évolution occidentale de l'État mène à sa définition classique comme personnification juridique de la nation et garant de l'identité collective (Michalon 2002, 227 ; Chevallier 2003, 11). La modernité est donc vectrice d'une nouvelle façon d'affirmer et de concrétiser la nation. Une

relation « de mutuelle congruence » entre l'État et la nation s'établit (Chevallier 2011, 19, 22), renforcée voire légitimée par la souveraineté populaire et le régime démocratique au travers duquel celle-ci s'exerce.

## *2- Les différents niveaux de souveraineté et les régimes démocratiques*

Trois niveaux de souveraineté sont emblématiques de la force de la structure étatique. Les deux premiers, l'exercice de la souveraineté étatique interne qui recouvre l'exclusivité de la compétence sur le territoire national, et son exercice externe, qui permet l'indépendance dans l'ordre international, sont indissociables : l'exercice à l'interne permet la reconnaissance à l'externe. L'exercice interne de la souveraineté induit traditionnellement la détention du monopole de la contrainte par l'État qui se traduit en un double pouvoir : celui de la contrainte juridique et celui du pouvoir de faire usage de la force matérielle (Chevalier 2003, 19; Weber 1919, 29). La légitimité de l'État à détenir ce monopole prend tout son sens au cours de l'ère moderne, lorsqu'il devient responsable de la protection de ses citoyens eux-mêmes détenteurs du troisième niveau de souveraineté : la souveraineté populaire, exercée par le biais d'un système démocratique.

### *i. L'exercice de la souveraineté étatique*

Kenneth Waltz définit la souveraineté comme la capacité de l'État de "decide for itself how it will cope with its internal and external problems" (Waltz 1979, 96). Cette définition avance les deux volets de l'exercice de la souveraineté octroyée à l'État à l'interne et à l'international (ou externe). La souveraineté externe concrétisée lors des traités de Westphalie permet l'application des traités de droit international, l'obligation d'émettre des déclarations de guerre en cas de conflit et l'application du principe d'équilibre des puissances. La mise en pratique de cette souveraineté

internationale serait, d'après Chevallier (2011), plus problématique que son application interne, puisqu'elle sous-tend théoriquement l'application d'un principe de non subordination selon lequel « l'État souverain ne reconnaît aucune autorité supérieure à la sienne » (77). Cette non subordination qui devrait permettre l'équilibre des puissances voulu par les traités de Westphalie est effectivement problématique à l'externe dans le sens où, dans les faits, le respect de ces principes se voit constamment altéré comme l'illustrent les multiples interventions des États-Unis à l'étranger pour des raisons variées ces dernières années, mais là n'est pas notre propos.

La souveraineté de l'État-nation est l'élément central du droit international classique qui en détermine les éléments constitutifs soit une population, un territoire et une organisation politique. En d'autres termes, afin d'être reconnu, l'État doit répondre aux critères du principe d'effectivité dont la souveraineté et ses attributs font partie (Chevallier 2011, 78). L'État est porteur d'une personnalité internationale qui donne tout son sens à son rôle en tant qu'acteur central des relations internationales en théorie et en pratique, au cours de l'ère moderne et avec le début de l'ère westphalienne en particulier (Chevallier 2011, 80).

À l'interne, la souveraineté est l'illustration du pouvoir politique. La modernité politique se traduit à partir du XVI<sup>e</sup> siècle au travers d'un État fort de trois caractéristiques : la centralité de la coercition, l'institutionnalisation et la spécialisation des acteurs (Montousse et Renouard 2009, 222). Puisque c'est l'État qui maîtrise la violence, il peut devenir un instrument d'oppression. Il devient donc nécessaire de le limiter au travers d'outils tels que l'État de droit et la citoyenneté.

ii. L'exercice de la souveraineté populaire ou nationale au travers de régimes démocratiques

Au cours de l'ère moderne, l'État devient le représentant du *démos* qui le constitue. À partir du XVIII<sup>e</sup> siècle en particulier, les révolutions populaires aux États-Unis et en France, la période des Lumières, les idées libérales et les théories du contrat social et démocratiques qui en émanent

aidées par l'expansion territoriale de l'Occident au travers des colonies engendrent un essor à grande échelle de l'État qui « devient un agent actif de redistribution pour asseoir la légitimité de son pouvoir » (Chevallier 2011, 45). Le peuple devient alors un agent politique et passe de l'état de nature à l'état civil. L'exercice de la souveraineté populaire aux États-Unis ou nationale en France<sup>7</sup> introduit une conception nouvelle des rapports entre la collectivité des citoyens et l'État : cette première devient la base de l'organisation sociale et politique, « la source de tout pouvoir, le fondement de toute autorité » (Chevallier, 2011, 44).

Avec la consécration de cette souveraineté populaire ou nationale vient l'établissement d'un système démocratique libéral qui permet de concrétiser le lien entre le politique et le social, notamment dans les démocraties représentatives comme la France. La démocratie est un outil supplémentaire de légitimation du pouvoir de l'État qui symbolise l'octroi d'une liberté et d'une indépendance politique au peuple au moment où « les valeurs de liberté et d'égalité irradiant la société (Guénaire 2013, 131, 141 ; Beya Malengu 2012, 196, 41 ; Chevallier 2011, 45). Par ailleurs, la Révolution française, contrairement à la Révolution Américaine, a fondé son fonctionnement démocratique sur l'unité plutôt que sur le pluralisme, « unité symbolisée par un corps politique un et indivisible » (Ortega 2005, 112), principes que l'on retrouve à l'article 1 de sa constitution : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale » (Constitution Article 1). L'harmonie, la cohésion, l'homogénéité et l'uniformité deviennent des socles démocratiques nodaux, prérequis et outils de légitimité de l'État-nation français (Gauchon et Huissoud 2010 16, Taylor 1998, 193 ; Verdier 1998, 54).

---

<sup>7</sup> Il est important de distinguer la souveraineté populaire mise en place aux États-Unis de la souveraineté nationale instituée en France. Cette première prend place au travers de la représentation populaire, le Congrès est le représentant de l'intérêt général. Il représente donc la somme des intérêts individuels. Pour parvenir au maintien des libertés individuelles il faut donc « limiter » l'État pour que celui-ci ne puisse pas les mettre en péril. La souveraineté nationale française, quant à elle, se distingue par l'octroi du pouvoir ultime à l'État qui y est lié. Qui dit souveraineté nationale dit État fort, unitaire. Le Parlement participe à l'intérêt général qui dépasse la somme des intérêts individuels.

Les régimes démocratiques et la citoyenneté modernes sont, de surcroît, le résultat d'une transformation des polices d'identités. Alors que la famille, la classe, le genre ou la religion étaient les référents identitaires initiaux des citoyens et que les sociétés étaient organisées en solidarités familiales (Michalon 2002, 233), la modernité a créé de nouvelles identités démocratiques et « pré politiques », délibérément dans le cas du républicanisme français (Taylor 1998, 201) afin de tenter d'assurer à la loi un caractère consensuel résultant de décisions collectives. Ces stratégies permettent la fonctionnalité des systèmes démocratiques appliqués à des sociétés désormais stratifiées en classes sociales puisque les mécanismes démocratiques sont « précisément conçus pour permettre l'expression pacifique des attentes antagonistes des différentes classes sociales » (Michalon 2002, 233). Pour Marx, la démocratie est « l'énigme résolue de toutes les constitutions » puisqu'elle démontre que « ce n'est pas la constitution qui crée le peuple mais le peuple qui crée la constitution » (1975, 901). Cependant, la démocratie laisse place à une forme d'aliénation de l'individu qui doit apprendre à fonctionner avec ses deux « êtres » : son être génétique et son être communautaire (Combemale 2010, 32). En d'autres termes, le passage à l'état civil et au statut de citoyen vient uniformiser les individus et les distancie de leurs identités traditionnelles afin d'assurer leur allégeance à l'État devenu le référent supérieur exclusif (Verdier 1998, 52). Les démocraties exigent alors un sentiment d'appartenance et un engagement relativement fort de leurs citoyens, engagement poussé par la responsabilité citoyenne et l'identité moderne devenus les piliers du modèle de légitimité démocratique (Taylor 1998, 200, 203). Weber explique ce processus d'un point de vue sociologique comme celui d'une domination légitime. L'État moderne a le monopole de la violence légitime grâce à la domination rationnelle de la bureaucratie (Gay 2004, 27) ou « légale-bureaucratique » (Dortier 2000, 41). Les changements drastiques des valeurs et des structures entraînent ce monopole caractérisé par la « domination légale » (Montousse et Renouard 2012, 36) basée sur des règles et des lois.

## **B- Individualisme, autodétermination et choix des peuples**

La modernité est porteuse de valeurs individualistes inscrites dans les principes d'autodétermination et de choix des peuples, c'est-à-dire « la libre expression par chaque peuple du choix de son statut politique » (Moreau Defargues 1993, 662). La volonté de prendre en main son destin et celui de sa collectivité est accentuée par les effluves émancipateurs qui touchent l'Europe, ses colonies et leur paradoxale « pacte colonial<sup>8</sup> » (Laurens 2011, 71) entre le XVII et le XIXe siècle, les Révolutions américaine ainsi que française et le pouvoir octroyé au peuple qui en résulte.

Ces principes modernes ont un retentissement bien particulier dans les colonies. Alors qu'il y existe des codes discriminants et des pratiques racistes à l'égard des peuples colonisés ( l'Indigénat, le code Noir et l'esclavagisme), l'avènement des idées des lumières puis la mise en avant de l'autodétermination mettent à disposition des populations une gamme d'outils émancipateurs jusque-là inaccessibles. Si la construction nationale a été centrale dans les métropoles, elle n'est qu'un détail dans ces zones décentralisées qui servent à l'exploitation et à la production de biens. Progressivement, à partir de la fin du XVIIIe avec l'abolition de l'esclavage et, au cours du XXème siècle, la suppression des différents textes de loi discriminatoires, les leitmotivs d'égalité et de liberté des révolutions française et étatsunienne ouvre la voie à l'autodétermination.

Plusieurs instruments viennent graduellement codifier les principes d'autodétermination et de choix des peuples : la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes appelé aussi Droit à l'autodétermination qu'elle contient à son Article 1, la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples colonisés (Résolution 1514)

---

<sup>8</sup> L'exclusivité des rapports économiques entre les puissances coloniales et leurs colonies implique une création des ressources dans les colonies qui permet une ébauche d'émancipation financière des colons et des populations colonisées (Laurens 2011, 71).

de 1960, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 et la Déclaration des droits des peuples autochtones de 2007. Les populations sont conçues comme des agents politiques décisionnels actifs. Plusieurs outils les aident à remplir ce nouveau rôle.

Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes comprend « le droit à l'autodétermination interne (le droit d'obtenir le statut de son choix à l'intérieur d'un pays) et le droit à l'autodétermination externe qui « reconnaît à une population la possibilité de se séparer d'un État, soit pour s'ériger en État indépendant, ce qui entraîne comme conséquence inévitable la sécession » » (Gingras 1997, 366). Ainsi il n'aura pas les mêmes implications s'il est appliqué à des revendications autonomistes anticolonialistes ou à des demandes d'autodétermination sans préalable colonial. En fait, le droit à l'autodétermination externe est réservé au domaine de la décolonisation, et une volonté d'autodétermination externe sans antécédents coloniaux est impossible sans le consentement de l'État (Gingras 1997, 367). L'ONU permet en effet d'administrer les processus de décolonisation ; l'État n'est donc plus le seul administrateur dans ces situations de décolonisation particulières et est assisté par l'ONU qui détient le rôle d'arbitre entre les colonisés et l'ancien empire colonial.

Le pouvoir d'action du peuple se développe graduellement au travers des mécanismes que nous venons de présenter. La souveraineté populaire instaurée après les révolutions du XVIII<sup>ème</sup> et la sécularisation des sociétés européennes donne au peuple le pouvoir d'influencer les décisions politiques au travers de régimes démocratiques libéraux. Par ailleurs, les instruments internationaux mis en place pour consacrer ce pouvoir populaire sont multiples et offrent la possibilité de s'autodéterminer. Le maintien du lien politique entre la nation et l'État nécessite, comme nous venons de le voir, une certaine homogénéité qui a été et qui continue d'être entretenue depuis plusieurs siècles. L'un des outils qui illustre la nécessaire unité nationale est le corpus normatif qui régit l'État-nation et particulièrement la culture du positivisme normatif que l'on trouve traditionnellement dans les États occidentaux modernes. La loi et le droit ont pour objectif d'exprimer la volonté générale et la voix du peuple désormais centrales.

### **C- Positivisme juridique et État de droit**

La sphère juridique qui comprend les sources, l'organisation et l'utilisation du droit est un instrument de maintien de la sécurité et un outil d'édification nationale. La responsabilité du maintien de la sécurité devient effectivement la « première mission » de l'État (Benyekhlef 2008, 968). Afin de pouvoir vivre dans une société paisible et fonctionnelle, la souveraineté et l'administration de la justice deviennent rapidement indissociables : « l'esprit juridique » devient « esprit d'État » et le contrôle des citoyens est attribué exclusivement à l'État (Benyekhlef 2008, 968 ; Belley 2011, 258) dont la légitimité repose sur la souveraineté populaire. Le positivisme juridique est l'organisation juridique des États moderne. Ils représentent les piliers juridiques de l'État moderne.

La sphère juridique porte et impose les principes de l'État en absorbant les formes de droit extra étatiques hétérogènes qu'il rencontre (Tamanaha 2008, 379-380). Le bon fonctionnement de l'ordre juridique est ainsi manifeste de la légitimité et de la crédibilité de l'État vis-à-vis de la nation. Le monde assiste donc au XVIIe siècle à l'avènement du droit étatique comme paradigme, d'un statocentrisme légal dont la position symbolique et institutionnelle inégalée est à l'image de l'avènement de l'État qui le porte (Tamanaha 2008, 396, 409) : « Le droit apparaît comme l'incarnation même de la raison » (Chevallier 2003, 90).

C'est ainsi que se développe une vision orthodoxe qui soutient la dimension centraliste, moniste et positiviste du droit, nourrie par « des préjugés étatistes et modernes » qui en conditionnent la connaissance scientifique (Belley 1997, 7). La théorie pure du droit de Hans Kelsen développée en 1962 est un pilier de cette tradition positiviste et vient asseoir l'idée de la hiérarchie des normes illustrée par une pyramide. Selon cette vision orthodoxe du droit, les normes issues de l'État sont les seules reconnues et appliquées en son sein, elles priment évidemment sur les autres formes de normativité (Eberhard 2012, 76). La « fascination nationale »

est exacerbée puisque hors de l'État il n'y a point de droit (Benyekhlef 2008, 964). Concrètement, ce positivisme normatif se déploie au travers de l'État de droit et du principe de primauté du droit qui permettent à l'État moderne de garantir l'ordre en ses frontières.

Apparu au XIXe siècle dans la doctrine juridique allemande, le concept d'État de droit implique la soumission de l'État à un régime de droit qu'il produit lui-même : son action est « entièrement encadrée et régie par le droit » (Chevallier 2003, 153). L'État de droit a donc pour base la hiérarchie des normes, l'égalité des sujets et l'indépendance de la justice. Il se fonde sur le principe de primauté du droit, lui-même renforcé par la théorie d'autolimitation élaborée par Jellinek selon laquelle la puissance de l'État est liée par le respect des droits de l'individu (Chevallier 2011, 38-39, 103). Ce principe peut donc être un outil mis à la disposition du peuple comme moyen contre hégémonique (Bates 2013, 33). À l'échelle internationale, l'État de droit s'impose également comme outil dans les institutions comme l'ONU, qui identifient ce concept et sa pratique comme un « principe de gouvernance » primordial dans le maintien et la réhabilitation de la paix et de la sécurité internationales (Nations Unies).

Le parcours de l'État à travers le temps montre sa résilience et son adaptabilité. L'entrée dans l'ère moderne a pour conséquence la réadaptation de la structure étatique aux valeurs de la modernité. Les révolutions populaires du XVIIIe véhiculent une subjectivisation du droit qui a un double effet : celui de mettre des droits à la disposition des citoyens et de rendre les outils pour les faire valoir plus accessibles. La première moitié de l'ère moderne, du XVIe au XVIIIe siècles, en affirmant le positivisme normatif primordial au bon fonctionnement de l'État laisse place à partir du XVIIIe à un pouvoir populaire sans précédent, sans pour autant remettre en question le positivisme juridique établi. Pourtant, nombre de facteurs menacent depuis plusieurs décennies la suprématie de la structure étatique. Le monde d'aujourd'hui est toujours en pleine mutation, secoué par des phénomènes internes alimentés pour certains par des mouvements

transnationaux – réseaux terroristes, réseaux sociaux, flux de populations, de biens et de capitaux  
- devenus imparables.

## II) Un monde à l'heure du postmodernisme ?

La perspective postmoderne révisé le paradigme de la modernité. Marquée par les révolutions française et américaine, par la période des Lumières, la postmodernité engendre un chamboulement de la structure d'État, de ses acteurs internes et des possibilités d'action de ceux-ci. Ces bouleversements sont de nouveau perceptibles : les structures, les valeurs et les acteurs de la scène internationale semblent se métamorphoser une fois de plus, d'où les discussions de certains concernant la postmodernité. Cette théorie, malgré sa fragilité et son manque de rigueur, englobe à la fois une période (la postmodernité) et une idée (le postmodernisme).

### **A- Postmodernité et postmodernisme**

A l'idée de postmodernisme (1) correspond la postmodernité (2), période au cours de laquelle les États-nation expérimentent des pressions et doivent relever certains défis posés par des groupes autochtones et des minorités nationales. L'homogénéisation cesse d'être un outil d'édification nationale. La postmodernité est portée par la mondialisation et l'internationalisation des flux humains, idéologiques, matériels et économiques.

### 1. *L'idée de postmodernisme*

L'idée de postmodernisme émerge dans les années 1980 et est introduite dans plusieurs disciplines dont celle des relations internationales, bien que sa place y soit encore marginale. Le postmodernisme est à l'origine un mouvement artistique expérimental devenu par la suite un outil d'analyse politique et social qui rejoindra les courants de pensée critique (Beardsworth 2011, 1). Les valeurs qu'il incarne se démarquent des idéaux jusque-là défendus par les sociétés modernes. Pourtant, comme l'explique Beardsworth (2011) le préfixe *post* de postmoderne « designates neither an « after » nor an « against » of the modern period, of modernization processes, or of the general descriptive « modernity ». It refers, rather, to a critical, ambiguous relation to the general tenets of the modern » (2). Le postmodernisme ne s'élabore pas, selon lui, comme rejet de la modernité qui reste perçue comme une période porteuse de liberté et d'émancipation des peuples. En fait, le postmodernisme repose sur une réalité « discontinue, fragmentée, modulaire » (Abdelhamid 2012, 139). L'État conserve ainsi sa place centrale puisque les tenants du postmodernisme ne cherchent pas à identifier un nouveau sujet politique pour se substituer à lui (Beardsworth 2011, 3). Le postmodernisme met en évidence la dimension plurielle et fragmentée des sociétés du monde d'aujourd'hui et s'oppose aux idées universalistes : « Its general aims is to test the limits and assumptions of our forms of knowledge of the political world and open up alternative ways of conceiving and practicing the political » (Beardsworth 2011, 1).

Le postmodernisme est donc un courant de pensée qui représente, comme l'a défini Jean-François Lyotard en 1984 - l'une des figures fondatrices de ce courant - la fin de la croyance dans les grands récits. Il se concentre particulièrement sur la question de la légitimation des savoir dans un environnement où les réseaux abondent. Ce mot désigne, explique-t-il, « l'état de la culture après les transformations qui ont affecté les règles des jeux de la science, de la littérature et des arts à partir de la fin du XIXe siècle » (1979, 7). Richard Devetak identifie trois caractéristiques

inhérentes à l'idée de postmodernisme (Heywood 2007, 62). Premièrement, le postmodernisme critique le modèle universel, incapable selon ce courant d'imposer l'ordre, la sécurité, la paix et la justice. Deuxièmement, aucun ordre ne peut être juste et promouvoir la paix s'il n'est pas en adéquation avec la relation de pouvoir qu'il promeut. Troisièmement, la période postmoderne est porteuse d'un défi significatif : les différences ne peuvent plus être vectrices de violence mais doivent au contraire être intégrées dans une vision du monde tolérante vis-à-vis de plusieurs sources morales et politiques (Bleiker 2011, 93-94). C'est une vision plus inclusive et ouverte à la diversité que promeut le postmodernisme. En remettant en question certains piliers moraux des sociétés modernes, il cherche à penser une nouvelle façon de concevoir les rapports de force.

## *2- L'ère dite postmoderne*

L'internationalisation et la mondialisation sont des éléments centraux de la postmodernité. Elles ont des implications considérables sur la structure et les attributs de l'État-nation. Par conséquent, ce sont souvent les flux divers provenant de l'extérieur qui sont observés, analysés et discutés. Pourtant, nous allons tenter de le démontrer, certaines revendications internes sont directement impliquées dans la transformation de l'État-nation. Et cela n'est pas sans conséquences au vu de la place prééminente accordée à cet acteur au cours des trois derniers siècles. La nation, la souveraineté, le fonctionnement démocratique et le droit sont bouleversés dans un contexte mondialisé hors de contrôle marqué par un système de surveillance exacerbé et une multiplication des menaces potentielles.

Une multiplicité d'acteurs gagne en rayonnement et en légitimité dans le contexte mondialisé actuel vient « concurrencer » la gouvernance étatique et donc la souveraineté. Pour Karim Benyekhlef (2008, 909) et Jacques Chevallier (2011, 97, 101), c'est la souveraineté étatique qui est directement touchée par l'ère postnationale qui se déploie avec la mondialisation et y exerce un

effet « dissolvant » et « corrosif ». La souveraineté interne est pénétrée par des flux externes qui viennent modifier la mainmise de l'État, ses actions et sa marge de manœuvre sur ses affaires économique et sociale tout particulièrement (Chevallier 2011, 102). Le modèle de l'État-nation semble progressivement dépérir puisque son identité, ses attributs et sa structure sont impactés, débordés et traversés par les flux de populations, de capitaux, de connaissance et de biens qu'engendre la mondialisation, dépassés par les réseaux transnationaux, les nouveaux acteurs et l'économie globalisée. Parfois même, les États-nation sont intégrés dans des ensembles régionaux tels que l'Union européenne (ci-après UE)<sup>9</sup> et transfèrent certains de leurs attributs de souverains à ces structures. Elles donnent alors naissance à des ensembles post-nationaux où les organisations qui représentent la coopération peuvent avoir autant de droits que les institutions nationales : La Cour Européenne des droits de l'homme par exemple. Effectivement, la « forme d'organisation politique originale » qu'est l'UE implique « l'effritement » de la notion de souveraineté en Europe ce qui affecte nécessairement l'identité étatique (Chevallier 2011, 97-100). Par conséquent, c'est le monopole « tant normatif que politique » de l'État plutôt que sa prééminence qui s'érode face au développement d'une « souveraineté polycentrique » (Benyekhlef 2008, 921).

Pour être plus précis, c'est surtout le fait que l'équilibre des puissances soit devenu un « mythe » en raison des inégalités entre les États-nations d'aujourd'hui qui réduit la dimension immuable attribuée à la souveraineté (Gauchon et Huissoud 2010, 17-18). En effet, le modèle étatique garde sa prééminence et reste une structure désirée, « une permanence, un horizon indépassable », symbolique de l'autonomie des peuples (Chevallier 2011, 915). La multiplication du nombre

---

<sup>9</sup> Les échanges commerciaux, alors qu'ils ont été privilégiés au cours du XXe et avec le néolibéralisme économique des années 1970 se voient aujourd'hui de plus en plus remis en question, en attestent le Brexit et la volonté de Donald Trump de revoir les accords commerciaux entre les États-Unis et le reste du monde. Également, les réseaux terroristes tels que Daesh qui utilisent les réseaux sociaux pour recruter et s'organiser se transnationalisent comme jamais auparavant, tout comme les mouvements de plaidoyer international comme Amnesty International qui élaborent des stratégies qui contournent la structure étatique pour faire valoir les droits fondamentaux de l'homme dans certains pays totalitaires.

d'États depuis 1919 en atteste puisque la Société des Nations à sa création en comptait 45, 51 étaient répertoriés à la création de l'ONU en 1945, 159 en 1990 et 193 aujourd'hui. Le problème se trouve dans le fait que c'est une multiplication de « micro États-nation faibles qui servent de base aux plus riches » qui se met en place. Ceci démontre que « la mondialisation contribue [...] à faire voler en éclat l'illusion d'une égalité des État-nation que présuppose les organisations internationales comme L'ONU. » (Gauchon et Huissoud 2010, 17-18).

Par ailleurs, la nature des conflits a changé : traditionnellement internationaux au XXème siècle, ils sont de plus en plus non internationaux au XXIème et se délocalisent pour devenir des « *proxi wars* » ou guerres par procuration (Siroën 2006, 9). La disparition des empires multinationaux austro-hongrois et ottoman laisse place à la création de nouveaux États sur les bases du principe d'autodétermination (Eller 2002, 67). Ce changement de nature des conflits, amplement étudié, est interprété soit comme la conséquence de la fragilisation progressive de l'État, soit comme la cause de cette fragilisation. Les termes de *weak*, *failed* ou *collapsed states* sont alors utilisés pour les qualifier. La plupart des États touchés par de telles crises sont souvent issus du démantèlement des empires au XXème siècle et donc victimes de la création d'entités « aussi artificielles que celles auxquelles ils venaient de se substituer » (Eller 2002, 67). L'État et ses outils perdent progressivement leur rayonnement et leur légitimité au vu de l'hétérogénéité des populations (Siroën 2006, 10) critère postmoderne d'édification étatique qui n'a pas su être géré durablement. Par conséquent, l'immutabilité de la structure étatique est ébranlée par un entremêlement de phénomènes internes et transnationaux. Par ailleurs, les conflits non internationaux, qu'ils soient la cause ou la conséquence d'un affaiblissement de l'État « marquent souvent l'échec du concept même d'État-nation et donc l'impossibilité de certaines régions du monde d'intégrer l'ordre westphalien » (Siroën 2006, 10). Une césure est ainsi perceptible, les limites d'adaptabilité de certains critères structurels de l'État moderne westphalien sont évidentes et peuvent mener à des antagonismes violents. Si la structure étatique est inadaptée et difficilement applicable, le droit

qu'elle produit le devient nécessairement.

Ainsi, pour restituer à l'État et son droit la légitimité dont ils manquent dans certaines circonstances, il convient de travailler sur leur effectivité et leur pertinence dans un contexte nouveau, postmoderne. Comme l'explique Rangeon (1989) l'effectivité du droit est « le caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement » ainsi que « le degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le Droit » (126). Il s'agit donc, lorsque l'on aborde l'effectivité du droit, de comprendre si les normes ont un effet concret sur les comportements sociaux. Ce degré d'effectivité va être déterminé différemment selon que l'on se place d'un point de vue juridique ou sociologique. La perspective juridique se concentre sur l'effectivité dans l'application du droit : « l'effectivité est conçue de manière normative » (126). La perspective sociologique se concentre sur l'effectivité en tant que relation entre le droit et la société : « l'effectivité résulte essentiellement de l'acceptation de la règle de droit par ses destinataires, par opposition à l'ineffectivité qui exprime un refus de la règle » (126). Ce sont ces deux conceptions de l'effectivité qui nous intéressent puisque la perspective sociologique nous permet d'observer le manque d'effectivité de l'exclusivité du droit français sur le peuple kanak en termes de droit pénal et la perspective juridique permet d'observer les lacunes encore existantes du droit calédonien et du processus de judiciarisation de la coutume.

L'équilibre interétatique et intra-étatique nécessaire à la paix et la sécurité internationales n'a jamais réussi à réellement se concrétiser. Le modèle de l'État-nation occidental qui a connu son essor au XVII<sup>e</sup> siècle est fragile. Si la structure s'est diffusée internationalement, ses attributs, eux, ne correspondent plus à ceux de l'ère westphalienne ou moderne. Le fondement national de l'État laisse la place à une base davantage multinationale, pluriethnique et multiculturelle qui nécessiterait une organisation politique différente, des systèmes démocratiques revisités de nature consociative ou des systèmes de partage du pouvoir (Verdier 1998, 54). C'est donc moins la structure de l'État-nation que ses capacités qui sont redéfinies et qui le poussent à une

réadaptation.

Il serait simpliste de percevoir la relation État-nation-mondialisation comme antagoniste. Les innovations supranationales dont la mondialisation est porteuse sont souvent perçues comme la cause première de l'affaiblissement, du dépassement ou de la disparition de l'État-nation. Elle permet pourtant à certains acteurs externes et internes, telle que la société civile, d'avoir une influence sans précédent sur des domaines de compétence réservés traditionnellement à l'appareil étatique (le plaidoyer international pour le respect des droits fondamentaux par exemple). Le lien démocratique qui liait les gouvernants aux citoyens est désormais pénétré par des acteurs qui se saisissent de leurs droits ; de nouveaux acteurs émergent, porteurs de nouvelles connaissances et d'une nouvelle manière d'utiliser le droit. La gouvernance octroyée aux États de façon unilatérale lors de la période moderne laisse place à une gouvernance de nature polycentrique et à des réseaux d'influence multiples dans la période postmoderne. Le postmodernisme permet ainsi d'analyser de nouveaux droits, ces nouveaux acteurs et ces nouveaux flux, et de penser les sociétés en dehors du prisme moderniste devenu obsolète sur plusieurs aspects.

### III) Émergence d'un État et d'un droit postmodernes ?

Le monde connaît des mutations inédites, inévitables, qui viennent se heurter aux édifices étatiques. Dans l'ère moderne, la cohésion prime sur la diversité et les États ont pour responsabilité de maintenir l'ordre en leur sein. Pourtant cette quête d'homogénéité est utopique et la gestion de la diversité ethnoculturelle est devenue un défi considérable à relever depuis le milieu du XIXe siècle. Certains attribuent les difficultés récentes auxquelles doit faire face l'État-nation à la confusion de ses domaines d'autorité comme le laisse percevoir la définition de l'UNESCO :

"L'État-nation est un domaine dans lequel les frontières culturelles se confondent aux frontières politiques. L'idéal de l'État-nation est que l'État incorpore les personnes d'un même socle ethnique et culturel. Cependant, la plupart des États sont polyethniques. Ainsi, l'État-nation "existerait si presque tous les membres d'une seule nation étaient organisés en un seul État, sans autres communautés nationales présentes. Bien que le terme soit souvent usité, de telles entités n'existent pas." (UNESCO)

La postmodernité convoque de nouvelles structures, de nouveaux acteurs et une nouvelle logique. La nation et la démocratie (A) se voient transformées voire menacées. Le droit quant à lui suit la trajectoire d'une postmodernisation (B) au travers de la reconnaissance souvent partielle du pluralisme juridique dans certains contextes et d'une utilisation nouvelle et bipolaire du droit. En fait, comme l'explique St Louis (2014), c'est désormais le paradigme libéral culturaliste qui « domine largement les propositions théoriques contemporaines cherchant à dépasser le cadre unitaire de l'État moderne » (90). Les attributs culturels sont donc de plus en plus vecteurs de revendications et de contestations du *statu quo*. La diversité historiquement constitutive des États-nations ne peut plus être minimisée à des fins d'homogénéité mais est davantage perçue comme une richesse à promouvoir et conserver. Comme le souligne Chevallier « envisager l'État comme une institution, c'est le considérer comme un produit social dont la configuration et l'évolution sont indissociables de celles de la société dans laquelle il s'enracine » (2011, 73). Si les demandes de reconnaissance ou de consécration ont désormais des caractères culturels, il est du devoir de l'État d'y répondre en s'adaptant et se réinventant.

### **A) État postmoderne : nation et démocratie en (r)évolution?**

L'évolution de ces deux entités est liée aux innovations internationales en termes de reconnaissance de la diversité, perceptibles à partir des années 1980. Ces innovations, qu'elles relèvent du droit international ou d'organisations internationales, soutiennent l'idée que l'homogénéité nationale voulue dans les États modernes atteint ses limites. Ce sont moins les flux

de population que l'institutionnalisation des droits de l'homme et les diverses déclarations propres au respect de l'individu qui ont nourri les demandes de reconnaissance du pluralisme. La diversité culturelle est élevée au rang de « patrimoine commun de l'humanité » dans la Déclaration universelle sur la diversité culturelle de 2001 (UNESCO 2001), son respect, sa promotion et sa conservation deviennent la responsabilité des États du monde.

Ce (re)gain d'intérêt contraste de façon radicale avec les idéaux jusque-là défendus par les discours d'édification nationale. La nation, nous l'avons vu, a été officiellement rattachée à l'État lorsqu'il devenait nécessaire d'avoir une entité de population unie et réceptive aux mêmes valeurs pour un bon fonctionnement politico-institutionnel. Pourtant, les flux humains qui se sont multipliés depuis le milieu du XXe siècle n'ont cessé de venir modifier la constitution de ces nations. De plus, les textes énumérés ci-dessus ont également contribué à affirmer la légitimité des peuples autochtones souvent oubliés. Les outils mis à leur disposition n'ont cessé d'évoluer, leur permettant de revendiquer des droits jusque-là inexistantes, encourageant les États à préserver et consacrer ces peuples et leurs cultures. Cet accroissement de l'intérêt pour la diversité culturelle laisse penser qu'il s'agit d'un phénomène nouveau. Pourtant, comme l'expliquent entre autres Tamanaha (2008) et Rouland (1988), la diversité culturelle est une partie intégrante de nos sociétés et les revendications autochtones en sont une illustration manifeste.

Cette diversité a permis la mise en place progressive de régimes démocratiques au début du XIXe en France. La postmodernité transforme la responsabilité démocratique de la nation. La légitimation de la diversité a pour conséquence une diversification des voix. Chevallier (2011) et Siroën (2006) s'accordent sur ce point en expliquant que la démocratie s'étend, évolue et se voit transformée puisque le lien juridique entre les individus et l'État-nation l'est lui-même (Gauchon et Huissoud 2010, 17-18). Ainsi, à la pluralité du démos correspond une évolution de la représentativité démocratique et donc de la constitution des gouvernements.

Enfin, le bouleversement du fonctionnement démocratique dévoile une autre évolution, celle du

rapport entre la politique et la justice qui devient « la nouvelle scène de la démocratie » (Chevallier 2011, 109). En devenant relativement accessible, la justice, grâce à son indépendance, permet au peuple de faire entendre sa voix lorsque les régimes démocratiques ne suffisent pas. Elle « incarne un espace public neutre au sein duquel les citoyens ont la possibilité de faire valoir leurs droits » (Chevallier 2011, 109). Le droit, source d'égalité, devient vecteur de liberté et de dignité.

Les évolutions en termes de nation, de démocratie et de rapport entre le politique et la justice démontrent que l'ère postmoderne pousse l'État à la transformation et au dépassement. Ces évolutions illustrent également une continuité dans les valeurs d'individualisme et de raison portées par la modernité, adaptées et transformées face aux demandes de reconnaissance de la diversité caractéristiques de l'ère postmoderne. Pour Jean-Marc Siroën (2006) ces évolutions montrent la nécessité pour l'État d'être plus « modeste » et de « déléguer à d'autres formes de gouvernances, locales ou globales, une partie de son domaine y compris certains de ses droits régaliens » (12). C'est donc l'intégralité des compétences de l'État qui sont remises en cause et qui semblent devoir s'adapter aux réalités contemporaines. Si les constituantes nationales et démocratiques sont en mutation, on peut considérer que l'État se postmodernise. « À l'émergence d'un État post-moderne correspond inévitablement l'avènement d'un droit post-moderne » (Chevallier 2003, 89).

## **B- Droit postmoderne : l'outil de gestion et d'émancipation**

Le processus de postmodernisation expose l'État à des changements irrémédiables. Les institutions du droit sont affectées par les transformations sociales et l'affirmation croissante du pluralisme. Un processus souvent hésitant mais logique de reconnaissance du pluralisme peut alors prendre place.

Le pluralisme est d'abord un fait. Lorsqu'il engendre des revendications, il peut devenir une

explication aux problèmes sociaux perceptibles. Sa reconnaissance peut alors soit mener au respect, à la reconnaissance ou à la consécration souvent partielles, de certains us et coutumes portés par la minorité revendicatrice, soit mener à une réinterprétation et une réutilisation de la part des groupes minoritaires de certains outils de la culture dominante à leurs propres fins. C'est surtout sur le plan juridique qu'un tel processus de reconnaissance est identifiable. Le droit se post-modernise donc lui aussi, notamment par le « nouveau paradigme juridique » qu'incarne le pluralisme juridique (1). Pour Jean-Guy Belley, c'est une « nouvelle orthodoxie du droit » qui voit le jour. Avec elle se manifeste un « droit outil », utilisé par des acteurs nouveaux et de nouvelles façons de penser la société et ses structures émergent (2).

### *1. Le pluralisme juridique*

Le terme de pluralisme juridique apparaît dans les années 1970, dans un contexte de plus grande considération grandissante pour les normativités infra étatiques jusqu'alors administrées par les pouvoirs coloniaux. Les études socio juridiques (Sally Engle Merry<sup>10</sup>, Boaventura de Sousa Santo<sup>11</sup>) intègrent par conséquent ce concept dans les années 1980 au moment où les politiques de gestion de la diversité culturelle émergent dans les anciennes colonies britanniques et où la nature multinationale de certains États comme, entre autres, la Yougoslavie, mène à de graves antagonistes (Tamanaha 2008, 390).

Le pluralisme juridique peut être perçu comme s'inscrivant dans l'idéologie postmoderne car il « adopte le parti de la complexité [...], se fonde sur une réalité discontinue, fragmentée et modulaire » (Dupret 2006, 49 ; Abdelhamid 2012, 136, 139). Le droit est alors compris, d'un point de vue pluraliste, comme hybride, mouvant [et] pluriel (Bellina 2012, 45). Le pluralisme juridique

---

<sup>10</sup> Sally Engle Merry. 1988. « Legal Pluralism ». *Law and Society* 22(5): 869-96.

<sup>11</sup> Boaventura de Sousa Santo. 1987. « Law: A map of misreading. Toward a postmodern conception of law. *Journal of law and Society* 14:

traduit l'obsolescence de la vision uniforme et monopolistique du droit (Tamanaha 2008, 409). En soutenant la théorie évolutionniste du droit ancrée dans l'héritage wébérien (Dupret 2006, 122), il s'oppose à la vision stricte et stato-centrée du droit et remet en cause le paradigme de l'État de droit (Otis 2012, 10, 19 ; Macdonald 2002, 135). Effectivement, selon Griffiths (1986), le premier juriste à avoir réfléchi et défini le pluralisme juridique, le centralisme juridique est un mythe (c'est le contrôle social) alors que le pluralisme juridique est un fait (c'est l'organisation sociale de la société) (Dupret 2006, 46). De même, comme le soutient la théorie du droit vivant de Ehrlich<sup>12</sup>, le droit doit être à l'image de la pluralité qui le compose puisqu'il est l'institution du pluralisme social et une pratique folklorique : il est ce que les individus et groupes sociaux identifient comme étant *le droit* (Dupret 2006, 44 ; Bellina 2012, 32 ; Napoleon 2013, 234; Tamanaha 2008, 396)<sup>13</sup>.

Le pluralisme est ainsi un outil d'analyse, de formulation de politiques publiques et s'est inscrit graduellement dans les réflexions de la philosophie politique libérale et de la gouvernance démocratique (Otis 2012, 17, 19) car il incarne la mouvance et l'évolution du droit. Il met en évidence les limites d'une vision moniste et moderniste du droit qui sont associées à une autorité imposée et non choisie, allant de ce fait à l'encontre des valeurs démocratiques pourtant revendiquées par cette même modernité. La distanciation qui s'établit entre le droit étatique et les sujets de droit vient transformer la dynamique pourtant encouragée par les révolutions de pensée du XVIIIe et XIXe siècles. Sa consécration représente, de fait, un défi majeur pour le contrôle normatif exclusivement attribué à l'État au cours de l'ère moderne puisque la souveraineté de celui-ci sur ses citoyens et le lien sacralisé qui les unissait est remis en cause.

Le débat conceptuel qui traite de la notion de pluralisme juridique est à l'image de son

---

<sup>12</sup> *Théorie du droit vivant* : « en premier lieu, elle suppose la présence dans toute société d'un pluralisme des sources, en second lieu, elle contient l'idée de la multiplicité des aspects et des variantes du droit lui-même », « le « droit vivant » existe en tant que processus social spontané, indépendant du droit formel en vigueur, et qui se forme grâce au consensus des volontés individuelles et collectives » (Lomakina 2005)

<sup>13</sup> D'ailleurs, « les lois doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites que c'est un grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre » affirmait Montesquieu (Rouland 1998, 38)

émergence : long, complexe et diversifié. Effectivement, on y retrouve des versions critiques comme celle de Roderick MacDonald, la notion de multijuridisme de Etienne Le Roy, celle d'infradroit de Jean-Guy Belley, ou d'interlégalité de Boaventura de Sousa Santo... les variantes ne manquent pas. Mais ce débat conceptuel dépasse le cadre de ce travail. bien que la notion de pluralisme juridique y soit centrale. C'est pourquoi nous nous cantonnons à l'observation des définitions du pluralisme juridique dans les champs d'étude qui nous intéressent (sociologique, juridique et anthropologique) (i) et à l'importance des sources du droit omises au cours de l'ère moderne qui se réaffirme progressivement (ii).

#### i. Définitions

Il y a autant de définitions du pluralisme juridique qu'il y a de chercheurs sur le sujet expliquent certains auteurs (Vanderlinden 2013, 13 ; Abdelhamid 2012, 155). Deux écoles principales sont impliquées dans le débat théorique relatif au pluralisme juridique. Celle de la science du droit - moderniste et orthodoxe - et celles des sciences sociales (anthropologie, sociologie) - évolutive et postmoderne. Dans la première, le pluralisme est défini par Jean-Guy Belley comme :

« a) l'existence simultanée, au sein d'un même ordre juridique, de règles de droit différentes s'appliquant à des situations identiques [intraétatique] ; b) la coexistence d'une pluralité d'ordres juridiques distincts qui établissent ou non entre eux des rapports de droit [extraétatiques]» (Abdelhamid 2012, 149).

Visiblement, la science du droit a pour objet d'étude la cohérence interne des règles et leurs systèmes et ce qui a valeur de droit au point de vue des idées (Dupret 2006, 117). L'influence des individus et des dynamiques socio-culturelles est négligée dans cette perspective, alors qu'elle est centrale dans celle des sciences sociales. Les pères du pluralisme en anthropologie, Llewelyn et Hoebel, affirment par exemple dans leur ouvrage d'anthologie *The Cheyenne Way* que « le droit

officiel global, s'il existe, ne peut régler que les situations conflictuelles existant entre des groupes distincts, tandis que les droits internes aux sous-groupes de la société ont pour fonction d'assurer la cohérence et la reproduction de ces sous-groupes » (Manga 2013, 303). Le droit est ainsi perçu comme un outil de conservation culturelle.

En anthropologie, Norbert Rouland, anthropologue et juriste définit le pluralisme juridique comme :

« [U]n courant doctrinal insistant sur le fait que *toute société*, à des degrés d'intensité variable, possède une multiplicité hiérarchisée d'ordonnements juridiques, que le Droit officiel reconnaît, tolère ou nie » (Rouland 1990, 28)

Enfin, la proposition sociologique, puisqu'elle a pour objet « l'agir humain rapporté aux règles juridiques et aux représentations que les hommes peuvent s'en faire » (Dupret 2006, 117), rejoint la définition anthropologique et comprend le pluralisme juridique comme :

« [La] coexistence d'une pluralité de cadres ou systèmes de droit au sein d'une unité d'analyse sociologique donnée (société locale, nationale, mondiale) ». [Par conséquent] « la notion du pluralisme juridique confine souvent à l'affirmation du caractère pluraliste du droit étatique. Elle suppose alors un postulat dogmatique qui fait présumer l'unicité ou l'uniformité des solutions juridiques prévues et appliquées par l'État pour régir l'activité des justiciables » (Abdelhamid 2012, 149).

Les sociologues et anthropologues qui s'intéressent au pluralisme juridique se demandent quelles sont les manifestations concrètes du droit dans les sociétés, contrairement aux juristes qui tentent de comprendre ce qui a valeur de droit du point de vue des idées (Dupret 2006, 119). Cette distinction entre ce qui est droit d'un point de vue conceptuel et ce qui est compris comme droit d'un point de vue empirique est centrale, paradoxale mais pas nécessairement incompatible. L'identification des sources du droit est donc d'une grande importance puisqu'elle permet d'expliquer l'occurrence du pluralisme juridique et l'importance que revêt la sphère normative dans les sociétés du monde.

## ii. Les sources du droit

L'État-nation édicte le droit au cours de l'ère moderne. Sa souveraineté, qui lui assure traditionnellement le monopole normatif, fait face à des injonctions multiples qui engendrent « une diffusion progressive des capacités de dire la norme, [...] un pluralisme de plus en plus affirmé » (Benyekhlef 2008, 909). Puisque le droit a vocation à réguler et administrer la société, s'assurer de son effectivité et de sa légitimité est primordial. Pour ce faire, il convient qu'il soit adapté et formulé par la société qu'il régit. Si celle-ci est plurielle, cette dimension doit impérativement être considérée (Tamanaha 2008, 375 ; Otis 2012, 18). C'est face à cette problématique que l'importance de la prise en compte des sources du droit a été sérieusement envisagée.

Après avoir étouffé l'hétéronomie propre aux sociétés par le biais de stratégies d'homogénéisation nationale mises en place par l'appareil étatique, les valeurs d'uniformité et d'indivisibilité sont devenues centrales dans la majorité des sociétés modernes. L'article 1 de la Constitution de la Ve République en atteste. Sur le court terme, de telles stratégies ont permis une évolution rapide des sociétés vers la cohésion et une création efficace bien qu'éphémère et souvent illusoire des nations. Mais la réaffirmation des particularités qui vient fragiliser l'État à l'interne depuis plusieurs décennies touche nécessairement à la source du pouvoir étatique : le droit et sa provenance.

Les conflits qui ont secoué le monde à partir du milieu du XXe siècle sont d'une nature bien particulière puisqu'ils deviennent de plus en plus intraétatiques. De plus, les mouvements de décolonisation sont l'occasion de réaffirmer la place de systèmes normatifs jusque-là oubliés. Un besoin de réinterprétation et de renforcement de la légitimité du droit étatique, primordial pour assurer une gouvernance effective et appropriée se fait alors ressentir (Napoléon 2013, 232). Il devient primordial dans ces circonstances de considérer les autres formes de droit et de

normativité existantes surtout lors de la création de nouveaux États. L'exclusivité de la production de normes octroyée à l'État, « loin d'être le régulateur sociétal le plus important » (Bellina 2012, 34) est questionnée. Il s'agit de revoir les fondements des normes pour leur restituer leur importance car « toutes les normativités [sont] des ordres juridiques » (Macdonald 2002 : 139). Dans ce processus de reconnaissance, le droit devient un outil, il est mobilisé à des fins émancipatrices pour les minorités et les peuples autochtones.

## *2. Le droit comme outil d'émancipation et de mobilisation politique des peuples autochtones*

Après la Seconde guerre mondiale, le développement d'un nouveau droit pénal lors des procès de Nuremberg et de Tokyo ouvre une « nouvelle ère » (Israël 2009, 106) qui laisse place à une « multiplication des modalités judiciaires de sortie de crise » (2009, 109). La vision étriquée du droit comme un ensemble de normes visant à encadrer les comportements est revue : le droit peut aussi être un outil de gestion et de régulation des rapports sociaux, de promotion du changement social (Israël 2009, 123 ; Rangeon 1989 127). Comme l'expliquent Noreau et Vallet (2005), « (...) Le recours au droit qui sert d'abord d'expression de l'identité et de la revendication minoritaire devient un outil fonctionnel du pouvoir politique minoritaire consacré institutionnellement » (22).

La littérature nous permet de poursuivre notre réflexion sur le droit postmoderne. L'existence de plusieurs ordres normatifs dans un État et la reconnaissance de ce pluralisme sont une émanation du postmodernisme. La reconnaissance de ce pluralisme peut laisser place à une mobilisation du droit à des fins émancipatrices qui prend aujourd'hui une dimension nouvelle sans pour autant faire consensus et dévoile des débats théoriques très polarisés (i). Des positions médianes ont heureusement émergé avec le temps (ii) et des typologies de mobilisation du droit ont été développées afin de pouvoir concrètement utiliser le droit comme outil d'émancipation (iii).

### i. Les nouveaux mouvements sociaux

Le passage à l'ère moderne a permis au droit de se populariser en n'étant plus un outil exclusivement à disposition des autorités politiques. Le peuple peut lui aussi recourir à cet outil pour faire valoir ses – nouveaux - droits. Cette transformation des « producteurs » de droit puis des acteurs bénéficiaires du droit va se métamorphoser davantage avec l'avènement de l'ère postmoderne puisqu'une les rapports sociaux vont être de plus en plus régis par le droit. Au cours du XIXe siècle en particulier, ce sont les minorités nationales ainsi que les peuples autochtones et leurs revendications d'indépendance, de droit à la différence et à l'autodétermination qui s'en saisissent (Verdier 1998, 53). Ces « nouveaux mouvements sociaux » ont un rapport au droit à la fois méfiant et confiant. Selon Spanou (1989), les demandes d'État sont devenues de plus en plus communes avec l'avènement des revendications des minorités nationales. Le droit devient « pièce maitresse des sociétés actuelles [...] promeut la protection ou ouvre le chemin à l'action à l'intérieur des institutions existantes » (Spanou 1989, 40).

L'État-nation reste cependant une structure stable dans les affaires internationales. Jean Baptiste Manga (2013) aborde cet élément dans sa thèse de doctorat où il rappelle que la mondialisation et l'État-nation ont une relation dialectique : ils se restreignent moins qu'ils ne se renforcent mutuellement. Les flux, réseaux et structures supranationales qui affectent la portée de la gouvernance de l'État sur la nation favorisent l'émergence d'une assise pour l'expression des droits des citoyens, notamment le droit à l'autodétermination des peuples. L'État « postmoderne », explique Manga, apparaît de plus en plus « encadré, concurrencé, englobé dans un monde où le pouvoir est « multi-centré » et largement déterritorialisé ». L'histoire de la souveraineté étant liée à celle de l'État, la souveraineté tend à n'être plus qu'un principe d'ordre, un principe « parmi d'autres » et n'est plus aussi sacralisée qu'elle a pu l'être par le passé (22).

Selon Anne-Marie Le Pourhiet (2002), cette tendance postmoderne à faire « fi de la réflexion » et à transformer « n'importe quelle revendication » en droit est critiquable (251) puisque les

revendications, qu'elles réclament l'égalité ou le droit à la différence, poussent à la victimisation et à l'instrumentalisation de l'identité culturelle (259) et engendrent une division sociale, un certain communautarisme et un déficit citoyen. Cette critique libérale s'oppose à la perspective des communautariens.

ii. Le débat qui oppose les libéraux aux communautariens

Le débat théorique particulièrement actif durant les années 1970-1980 qui oppose les libéraux aux communautariens est intéressant à observer pour notre propos. Les premiers défendent la primauté de la justice sur le bien, ainsi que celle des droits individuels sur les droits collectifs « qui ne comptent que dans la mesure où [ils contribuent] au bien-être de [leurs] membres » (Kymlicka 2002, 93). Ils sont donc contre les politiques de discrimination positive, susceptibles selon eux d'affaiblir la solidarité civique et dénoncent l'instrumentalisation de l'identité ou la politisation de l'ethnicité qui peuvent en découler (Landes 2008, 147 ; Kymlicka 2002, 112)

Les seconds sont favorables à la priorisation du bien sur la justice et soutiennent donc l'importance de la reconnaissance culturelle et des droits collectifs, ils « conçoivent l'individu comme le produit de pratiques sociales » (Kymlicka 2002, 94). Le fait d'ignorer les identités et les spécificités est une menace et l'octroi d'une autonomie aux minorités nationales et aux peuples autochtones renforce et n'érode pas, selon cette école, l'unité sociale et consolide même la stabilité puisque « early generous devolution is far more likely to avert than to abert ethnic separatism » (Kymlicka 2002, 113). Au niveau de la gestion de la diversité culturelle, deux écoles peuvent également être affiliées à ces théories : d'un côté le multiculturalisme cosmopolite, de l'autre le multiculturalisme pluraliste (Ouattara et Tranchant 2006, 111). Cette première forme, la « bonne forme », se situerait dans la tradition des droits individuels et offrirait une vision ouverte de

l'identité collective alors que cette seconde, la « mauvaise forme » se réduirait à l'ethnicité et au communautarisme, freins à la cohésion nationale (Ouattara et Tranchant 2006, 107).

### iii. Le libéralisme culturel de Kymlicka

Comme l'affirment Noreau et Vallet (2005), « il est évident que le traitement des revendications minoritaires et territoriales passe par la reconnaissance du caractère multiculturel des États » (9) et donc par l'équilibre entre ces deux visions. Will Kymlicka propose ainsi une alternative (la vision libérale culturelle) à cette dichotomie théorique. Dans la vision libérale culturelle, les minorités ne sont plus en rejet total des valeurs libérales mais tendent désormais à les adopter pour construire et justifier leurs causes et les mobilisations qui peuvent les publiciser. Cette forme de reconnaissance n'est pas censée se « substituer à la liberté individuelle mais doit plutôt lui servir d'appui et de condition préalable » (Kymlicka 2002, 98). Ainsi, au travers du prisme libéral culturel, « les revendications des identités culturelles dans l'espace public deviennent compatibles avec un État de droit qui garantit les droits des individus » (Ortega 2005, 112). Les minorités lancent leurs propres processus de construction nationale, utilisent les outils employés par la majorité à leurs fins et essaient d'avoir un contrôle sur la langue utilisée dans le secteur public, sur les conditions d'immigration et la délimitation des frontières intérieures (Kymlicka 2002, 106).

Effectivement, il revient d'abord sur l'amalgame fait communément entre les droits des minorités et le communautarisme : souvent, les revendications minoritaires sont perçues comme communautaire, caractérisée par une volonté de marginalisation, et comme régressives ou « prémodernes » en atteste l'argumentation de Le Pourhiet. Pourtant, les revendications des minorités sont de plus en plus empreintes d'idéaux libéraux. Elles « aspirent [aujourd'hui] à participer de plein droit et sur un pied d'égalité » aux forces de la modernité et, lors de revendications sécessionnistes, à « fonder leur propre société libérale et démocratique »

(Kymlicka 2002, 96).

iv. Le droit outil et les différents types de mobilisation du droit de Noreau et Vallet

Ce que nous appelons « droit outil » s'illustre au travers de l'utilisations démocratisée, organisée et orientée du droit. Le droit, compris comme un « ensemble des règles de conduites socialement édictées et sanctionnées qui s'imposent aux membres d'une société » (Israël 2009, 9) revêt, depuis l'accroissement de son accessibilité permis par la modernité, un caractère de plus en plus bipolaire. En effet il peut à la fois être une arme offensive (épée) comme défensive (bouclier) et peut également être mobilisé politiquement par le biais de plusieurs méthodes et par une multitude d'acteurs.

Le droit peut donc être une « arme », souvent manipulée par l'État, du côté de l'ordre, ou un bouclier pour la plupart du temps utilisé le peuple, comme l'a développé Richard Abel (Israël 2009, 13). L'évolution du droit est progressive et organisée: outil offensif de l'État au cours de l'Antiquité, il se popularise au cours de la modernité en devenant un outil défensif pour les citoyens, et atteint une nouvelle étape au cours de la postmodernité ou il devient une arme offensive pour certains groupes minoritaires et défensive pour l'État, nous le démontrerons dans le troisième chapitre. Avec les évolutions sociétales du XXe siècle, le droit a donc été mis progressivement à disposition des groupes minoritaire jusque-là marginalisés de ces sphères d'actions. Ainsi, les usages politiques du droit se sont développés et avec eux plusieurs réflexions, taxonomie et catégories.

Noreau et Vallet (2005) identifient six types de mobilisation du droit : la dénonciation juridique majoritaire, la revendication de droits politiques spécifiques, la mobilisation législative de droits acquis à titre de juridiction exclusive, la négociation et l'exercice de juridictions partagées, la négociation de l'exercice de pouvoir délégué et la demande de garantie judiciaire de droit reconnu. Elles s'organisent en trois catégories : la revendication de droits collectifs nouveaux,

celle de l'exercice de droits acquis, la confirmation judiciaire de droits déjà reconnus. Cette catégorisation et les types de mobilisation du droit qu'elles comportent sont une émanation d'une façon différente et nouvelle d'utiliser le droit et forcent l'État à revoir certains de ses principes et ses modes d'action

Le pluralisme juridique et la reconnaissance des droits des minorités nationales et des groupes autochtones sont, comme nous venons de le voir, une illustration du passage à l'ère postmoderne, d'une évolution sociétale portée vers la reconnaissance de la diversité. Effectivement, l'existence voire l'affirmation dans certains cas des sources normatives non étatiques semblent parfois entraîner un dépassement des normes étatiques, une remise en question des sources du droit voire de la validité de celui-ci. Les sciences sociales perçoivent donc le droit au travers du prisme pluraliste comme un élément émanant de la société ; l'individu et ses attributs culturels remplacent l'État comme vecteur central de normes pour permettre à celles-ci d'être à leur image. On peut dire qu'il s'agit d'une vision ascendante des normes. La science du droit, quant à elle, le perçoit de façon plus contraignante, imposées par les institutions : elle soutient une vision descendante du droit. Les recherches traitant des droits des autochtones et des minorités nationales et de leur reconnaissance semblent se positionner à mi-chemin entre l'ignorance de la reconnaissance caractéristique de la modernité et du positivisme normatif et la reconnaissance complète typique de certaines tendances des sciences sociales et des premiers processus de décolonisation mal maîtrisés ayant pris place dans les années 1950. Ce qui est clair à ce stade de notre étude, c'est que le sujet traité est traversé de plusieurs dichotomies théoriques.

## Conclusion du chapitre 1

Les éléments piliers de l'État moderne (souveraineté populaire, régimes démocratiques et positivisme juridique) sont à la modernité ce que leur chamboulement et leur remise en question sont à la postmodernité. En d'autres termes, les dynamiques mondiales sont aujourd'hui bien différentes de ce qu'elles étaient à l'époque westphalienne. La postmodernité et le postmodernisme permettent d'observer ces changements sociétaux sans chercher à remplacer l'acteur nodal du monde qu'est l'État. Les éléments critiques contenus dans l'idée de postmodernisme vont structurer l'analyse de notre cas empirique car ils illustrent pertinemment l'avènement d'une nouvelle réalité, d'une période où des outils nouveaux sont mis à disposition des minorités pour faire valoir leurs droits et leur légitimité.

Comme nous venons de le démontrer, la littérature traitant de l'État et de la crise qu'il traverse est très riche, tout comme celle qui a trait au pluralisme juridique, à ses émanations empiriques et la façon dont il est concrétisé au travers de la reconnaissance des droits de certaines minorités nationales à différents endroits et dans différentes circonstances. Les études empiriques du postmodernisme sont plus rares, sans doute en raison du peu d'importance consacrée à ce courant et de ses lacunes en termes de critères et d'indicateurs. Pourtant, il est clair que le dépassement de certaines valeurs, comme celles afférant au républicanisme français, peut être identifié comme un signe de postmodernisme. Plus concrètement, nous utilisons comme indicateurs du postmodernisme la façon inédite dont le droit est utilisé par les acteurs qui nous intéressent, l'État et le peuple kanak de Nouvelle-Calédonie. Tout particulièrement, les types et méthodes de mobilisation du droit identifiés par Pierre Noreau et Élisabeth Vallet (2005) ainsi que l'utilisation du droit comme épée ou comme bouclier discutée par Israël (2009) permettront l'analyse de notre étude de cas. Nous allons donc démontrer que la façon dont le peuple kanak utilise le droit comme épée (offensivement) pour s'assurer du respect de la parole donnée lors des Accords historiques, puis la manière dont l'État se réapproprie le droit comme bouclier (défensivement) face à ces

demandes illustrent un chamboulement des principes et valeurs jacobins français, signes de postmodernisme.

## **CHAPITRE 2**

### **LA NOUVELLE-CALÉDONIE : PLURALISME JURIDIQUE ET UTILISATION PARADOXALE DU DROIT, ILLUSTRATION DE LA POSTMODERNITÉ DE L'ÉTAT FRANÇAIS**

En nous basant sur l'exemple de la gestion de la Nouvelle-Calédonie par l'État français, nous souhaitons exposer et analyser les modifications décentralisées expérimentés par cet État. Nous verrons qu'en dépit des valeurs républicaines revendiquées, les faits empiriques ont historiquement démontré que leur application s'avère impossible, même dans les actions directes des autorités et les politiques étatiques. Cette illusion d'une application des principes républicains en NC se manifeste dans l'affaiblissement de la légitimité de ces principes et dans une réappropriation et réinterprétation de certaines des stratégies d'édification nationale de l'État. Les outils traditionnellement à disposition de l'État se popularisent, permettant le développement de nouvelles stratégies de gestion de la diversité, tout en illustrant l'adaptabilité et la désirabilité de l'État sur la scène mondiale contemporaine. Dans ce chapitre, l'analyse du cas empirique de la Nouvelle-Calédonie nous permettra de démontrer que les principes modernes et républicains sont constamment sujets à transformation depuis leur tentative d'application en dehors de la Métropole. L'instauration de mécanismes de pluralisme juridique et d'une utilisation singulière du droit comme outil des peuples autochtones traduisent l'occurrence d'un processus postmoderne qui touche l'État et ses constituantes dans leur version moderne.

Nous présenterons dans un premier temps la tentative échouée d'exportation des valeurs républicaines en Nouvelle-Calédonie (I). Dans un second temps, nous nous intéresserons à l'utilisation parallèle et paradoxale du droit qui y est faite (II), au travers dans u premier temps, de l'exception républicaine que ce territoire représente (A). Ensuite, c'est la limitation du droit à l'autodétermination que nous observerons comme illustration de l'interprétation restreinte de

droits voulus émancipateurs (B). Face à ces restrictions, nous verrons que le droit est mobilisé à des fins d'exercice de droits acquis et devient une arme offensive (C). Enfin, nous analyserons la façon dont l'État utilise le droit comme bouclier pour contrer cette forme de mobilisation du droit par les Kanak (D).

I) La tentative échouée d'exportation des valeurs modernes et républicaines en Nouvelle-Calédonie

La France reste aujourd'hui l'État républicain par excellence. Sa gestion de la diversité s'apparente historiquement à une stratégie d'assimilation. Le républicanisme entretient donc avec le multiculturalisme un rapport antagoniste (A). Les difficultés relatives à la gestion de la diversité issue de l'immigration ne manquent d'ailleurs pas d'affluer dans les médias ces dernières années, tout comme la gestion de la diversité calédonienne afflue dans les médias locaux. En fait, de par son statut d'ancien empire, la France connaît une crise de légitimité dans plusieurs de ses colonies (B), crise qui atteint son paroxysme en Algérie durant la guerre d'indépendance et engendre la fin de la IV<sup>ème</sup> République. C'est avec l'avènement de la Ve République que les solutions à ce problème seront envisagées au travers de processus de décentralisation (C).

**A- Le rapport du républicanisme au multiculturalisme : illusion et obsolescence**

La préservation de l'unité nationale, l'autonomie des individus et la laïcité sont des principes fondateurs de la tradition républicaine. Consacrer la différence, octroyer un traitement différentiel sur des bases culturelles ou accepter le pluralisme devient antirépublicain car susceptible d'engendrer le resurgissement des « corps sociaux intermédiaires » abolis en 1789 (Ortega 2005, 110). La distinction entre espace public et privé, « marqueur de la modernité politique » (Ortega

2005, 111) française, est particulièrement stricte. Cet ordre est assuré par l'État qui en est le garant. Il doit ainsi assurer la non domination de quiconque sur autrui (Savidan 2009, 66 ; Guérard de Latour 2009, 44) et cela se manifeste au travers de sa politique de gestion de la diversité culturelle, ou l'inexistence de celle-ci. La conception républicaine du vivre ensemble se démarque donc drastiquement de son *alter ego* anglo-saxon, le multiculturalisme comme politique publique, dans le sens où cette première vise à transcender les particularismes en soutenant une vision universaliste de la société alors que cette seconde prône une vision plus pluraliste et culturaliste. Les démocraties libérales ouvertes à la diversité ont effectivement davantage tendance à reconnaître les minorités nationales, les peuples et nations autochtones et leurs droits collectifs et sont soutenues par plusieurs théoriciens des sciences sociales tels que Kymlicka, Walzer ou Habermas qui perçoivent positivement les « corps sociaux intermédiaires » et encouragent leur participation dans l'espace public (Ortega 2005, 112). D'aucuns parlent du multiculturalisme comme une remise en question des principes républicains (Savidan 2009), d'autres louent son apport à cette tradition et l'évolution démocratique que représente la reconnaissance des minorités (Guérard de Latour 2009, 47). D'ailleurs, selon Debray, « une société consensuelle est une société morte » (Wieviorka 1998, 135). Cette perspective remet en question les fondements philosophiques de nos sociétés, dont le contrat social, qui permet de cohabiter au sein de la cité, mais qui tend à figer l'ordre établi, et par cela à limiter les capacités d'évolution de l'État-Nation. Pourtant, les politiques multiculturelles mises en place au Canada ou en Australie sont constamment rejetées par les pays européens (Taylor 2012, 414 ; Guérard de Latour 2009, 44) qui ont tendance, et la France tout particulièrement, à adopter une vision davantage cosmopolite - et donc anti-culturaliste<sup>14</sup> (Landes 2008, 138, 141) - du multiculturalisme. Effectivement, céder aux aspirations multiculturalistes « reviendrait à accepter un espace public fractionné ainsi que la

---

<sup>14</sup> (Puisque le multiculturalisme pluraliste est également désigné comme culturalisme libéral). De plus, ceci rappelle le rejet historique des français du culturalisme dans le domaine des sciences sociales (Cuhe 2010)

disparition de tout projet commun » (Wieviorka 1998, 141) et risquerait d'engendrer des injustices.

Pourtant, bien que cet objectif soit louable et ait été une façon adaptée de faire face aux défis de l'époque, cette recherche d'unicité républicaine a engendré un déni de reconnaissance qui a eu pour conséquence de passer sous silence « les minorités ethniques, culturelles, voire morales, [ou de les ignorer] dans le cas emblématique du républicanisme français » qui nous intéresse (Landes 2008, 135-137). Face à une telle rigidité de principes, certains aménagements nécessaires sont difficiles à mettre en place. L'unité du peuple et le principe d'égalité s'opposent à la logique des minorités et entravent la reconnaissance de certains droits. De plus, force est de constater que les phénomènes de ghettoïsation et de balkanisation (Kymlicka 2001, 152) redoutés par les républicains et par nombre de pays européens sont désormais une réalité en France tout comme en Nouvelle-Calédonie. Les cités des banlieues parisiennes tout comme les « squats » Calédoniens<sup>15</sup> ne sont rien d'autres que des formes de replis communautaires doublé d'un regroupement par classe sociale. La sur régulation des rapports culturels dans le domaine public ainsi que l'occurrence d'une *reconnaissance inadéquate* (Savidan 2009, 38) ont également eu des conséquences indésirables, en atteste les 95% de détenus du Camp Est, la seule prison calédonienne, appartenant à la communauté kanak (Bensa et Wittershiem 2014).

La crainte de la fragmentation sociale est une limite majeure du républicanisme à l'heure de la mondialisation – et depuis les premières décolonisations – puisqu'elle paralyse l'État qui cherche à maintenir aveuglement une cohésion sociale fragilisée et dépassée et fini par créer cette fragmentation. Dans certains cas comme celui de la Nouvelle-Calédonie, cette cohésion n'a jamais été ni actée ni désirée. D'abord car, bien que l'État ait joué son rôle d'arbitre lors des deux accords présentés en introduction, c'est l'affirmation de la diversité qui en est ressortie. L'existence

---

<sup>15</sup> Logements construits avec des matériaux récupérés, souvent placés sur des terrains publics, ou il n'y a ni eau courant ni électricité parfois, occupés par une large majorité de Kanak. Sorte de favelas locales.

d'institutions internationales garantes du respect de certains droits montre aussi l'aspect erroné d'une pensée telle que le républicanisme de nos jours. Bien que celui-ci se soit longtemps astreint à n'octroyer aucun traitement préférentiel, la quête de paix et de sécurité internationale ainsi que la déclaration universelle sur la diversité culturelle de l'UNESCO de 2001, en affirmant l'importance de la diversité culturelle à son article 1, et la déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones de 2007 l'ont forcé à agir - bien qu'il y ait apposé plusieurs limites, nous y revenons plus bas - et démontrent son obsolescence, le fait qu'il soit « tourné vers le passé » (Wieviorka 1998, 251). L'importance de ces deux textes est cruciale puisqu'ils octroient à la diversité culturelle, aux coutumes autochtones et aux savoirs ancestraux une reconnaissance sans précédent et érigent les bases juridiques pour leur permettre d'être conservés et parfois consacrés. Par ailleurs, le fossé se creuse entre l'idéal des principes républicains et la réalité empirique à laquelle ils sont appliqués. Les conséquences sur la légitimité et l'effectivité de l'État et de son droit en Nouvelle-Calédonie, où la diversité n'est ni malléable ni manipulable, deviennent rapidement évidentes.

## **B- Problème de légitimité et d'effectivité du droit**

Le rayonnement des États comme référents structurels et culturels laisse place peu à peu à un système de réseaux et d'acteurs nouveaux. Le droit, ses sources, ses fins et son accessibilité sont, tout comme la structure qui les porte, impactés également par ces bouleversements.

En Nouvelle-Calédonie, jusqu'à la fin des années 1980, on peut affirmer que le processus de modernisation politique n'était pas entamé puisque la norme étatique manquait de légitimité sur la sphère sociale, ou était foncièrement remise en question. La légalité émise et portée par l'État français n'avait donc aucune légitimité, excluant la Nouvelle-Calédonie du système politique moderne et donc de l'ordre westphalien. Le conflit civil qui a pris place en Nouvelle-Calédonie

entre 1984 et 1988 illustre l'illégitimité de l'État et le manque d'effectivité de la norme qui en découle. En effet, les Kanak se sentaient exclus du processus électoral soutenu par l'État, ce qui est venu ébranler la légitimité de celui-ci sur le territoire calédonien. Le manque de reconnaissance et de légitimité de la norme sur la sphère sociale a causé le conflit. Cette illégitimité et ce manque d'effectivité ont été engendrés par un traitement différentiel institutionnalisé. Ils ont eu pour conséquence des revendications prônant la modernité politique et la restitution de sa légitimité et de son effectivité au droit ; non pas en maintenant celui de l'État issu de l'ordre westphalien, mais en adaptant ce droit à un système différent. Ce processus a été permis grâce au phénomène de décentralisation.

### **C- Unitarisme et décentralisation**

La structure unitaire de l'État français lui permet d'asseoir les principes républicains puisque, comme l'explique Chevalier (2011), un État a pour caractéristique « l'unicité de sa puissance d'État, de ses règles juridiques au travers de la Constitution, des modalités d'application et de l'appareil chargé de mettre en œuvre ce texte » (53). Il est donc administré par un « centre unique d'impulsion » (53) qui soutient les critères d'unicité et d'indivisibilité qui caractérisent l'État français et ont été constitutionnalisés pour mettre fin aux disparités sociales de la France du XVII<sup>e</sup> siècle. Cette recherche intransigeante d'égalité est telle que les catégories ethniques sont interdites dans le recensement en France. En effet, parce que ce genre de données iraient à l'encontre de l'article 1 de la Constitution qui institue le principe de non-discrimination devant la loi, d'autres pratiques sont utilisées (recueil de nationalité, utilisation des prénoms comme indicateur d'origine, *testing*, etc...) (Simon 2014). Pourtant, celles-ci restent limitées et comme l'indique Simon (2014), l'impératif d'égalité « n'implique pas nécessairement que la société soit sans distinction, mais que celles-ci ne justifient pas l'inégalité devant la loi » (304). Par conséquent,

recourir à certaines pratiques permettant de recueillir des données ethniques peut être un outil de taille et « d'intérêt public » (Ris 2013, 61).

C'est pourquoi le recensement ethnique est toléré en Nouvelle-Calédonie depuis la Seconde guerre mondiale (Ris 2013, 61). L'octroi de ce particularisme est manifeste de l'inadéquation des réponses de l'État aux questions relatives aux inégalités sociales, car ce sont souvent des individus appartenant à des groupes ethniques minoritaires qui sont marginalisés. En effet, cette dérogation permet depuis lors de connaître la proportion de population appartenant aux diverses communautés et la localisation de celles-ci sur le territoire, mais également d'avoir des indications sur leurs taux croissance, de mortalité, de longévité et d'éducation entre autres. Les cinq derniers recensements (1989, 1996, 2004, 2009, 2016) de population indiquent par exemple une progression globale du niveau d'éducation, mais une accentuation « aux extrêmes » des inégalités ethniques à l'école (Hadj et al 2012, 101). Ces chiffres, recueillis grâce à cette dérogation, sont manifestes des inégalités qui se creusent entre les communautés et notamment entre les Kanak et les non Kanak en Nouvelle-Calédonie et ne sont pas restés sans conséquence. En effet, en découle l'instauration de la politique de rééquilibrage établie avec l'Accord de Nouméa en 1998.

Cet interdit qui conduisait à « nier la complexité des situations et à perdre toute prise sur la réalité » (Ris 2013, 61) a été rectifié par la France qui a, dans son élan, mis en place un processus de décentralisation en Nouvelle-Calédonie. Car, face à de telles problématiques, la Constitution de la Ve République de 1958 fait de la France la première puissance « blanche » à permettre l'autonomie de ses territoires, bien avant ses homologues anglo-saxons (Leca 2014, 26) en leur proposant trois alternatives : maintenir le statut de Territoire d'Outre-Mer (TOM), accéder à une plus grande autonomie ou être davantage intégré à la France (Faberon 2012, 30). Bien que l'option facilitant un accès à l'autonomie ait été choisie en Nouvelle-Calédonie avec la loi Defferre de 1956, « on sait qu'elle mène à tout sauf à l'indépendance » (Leca 2014, 26) en raison de l'exercice de la souveraineté unitaire de l'État français ainsi que du changement de terme opéré qui a eu pour

résultat de rendre l'accession à l'indépendance *de jure* impossible. Effectivement, comme le synthétise Stéphanie Graff : « À « indépendance » et « décolonisation » revendiquées par les indépendantistes kanak, la France a opposé « autodétermination » et « autochtonie » » (2012, 82). Ce changement de rhétorique s'est concrétisé par la révision constitutionnelle du 23 mars 2003 suite à laquelle la France devient officiellement une République dont l'organisation est décentralisée, ce qui permet l'autonomisation sans entraver les principes constitutionnels. Clairement, la rigidité de « l'État unitaire et mono-culturel ne constitue plus un modèle universalisable. Le multiculturalisme s'impose par la force des faits sociaux » (Ortega 2015, 111). Ainsi, en acceptant de concéder son indivisibilité à la décentralisation, la France ouvre, progressivement, la voie à la reconnaissance de la diversité, s'inscrivant dans un processus postmoderne.

Le rejet du fait multiculturel semble donc faire partie de la tradition républicaine française, ce qui a pour conséquence l'obsolescence de ses principes dans des contextes où la cohésion nationale ne peut être atteinte par le biais des mécanismes traditionnellement utilisés en Europe. Face à ces limites, la légitimité de l'État se voit graduellement questionnée, son droit manque d'effectivité et ses constituantes sociales revendiquent leur hétérogénéité : le monisme de l'État français en Nouvelle-Calédonie atteint ses limites. Son unicité questionnée, l'évolution vers un modèle davantage décentralisé qui déroge à certains principes et engendre d'important défis devient évidente. Mais cette révolution de territorialité de l'État français ne se fait pas sans heurts, et la dualité du droit comme outil est rapidement perceptible au travers des utilisations qui en est faite, d'un côté par l'État et de l'autre par le peuple kanak.

## II) Le paradoxe inhérent au droit

La gestion du peuple autochtone en Nouvelle-Calédonie est particulièrement intéressante à analyser pour comprendre l'évolution de l'État français, la dimension illusoire de certains de ses principes et l'utilisation paradoxale du droit qui émane de l'incohérence entre certains principes et leur mise en œuvre. Le rapport des peuples autochtones au droit est souvent ambivalente et même parfois contradictoire. Outil élaboré et mis à la disposition du groupe majoritaire pour asseoir son autorité, il est un des piliers de la domination. Le droit est devenu un outil de protection et de mobilisation politique pour les groupes autochtones. Avec la « déterritorialisation et l'autonomisation [dont il est l'objet] au travers de la mise en place de mécanismes de pluralisme juridique » le droit est transformé et devient une ressource politique (Noreau et Vallet 2005, 2). Mais pour cela les groupes autochtones doivent apprendre à manier le droit et l'utiliser à leurs fins. La tâche est ardue puisque, comme le souligne Ortega, ces communautés doivent :

« Affirmer leurs différences culturelles en refusant de s'identifier à la société majoritaire et [...] se soumettre passivement aux autorités et aux lois des États, [tout en adressant] leurs revendications à l'État, qui agit à travers ses autorités, ses lois et ses juges. Ce qui prouverait que les peuples autochtones les acceptent. » (Ortega 2005, 13)

Une analyse libérale culturelle soutiendrait qu'en faisant appel aux autorités et lois de l'État, les peuples autochtones ne les acceptent pas mais s'en servent à des fins qui leurs sont bénéfiques. Si l'on appose à cette idée la théorie de Richard Abel (Israël 2009, 31) concernant l'utilisation du droit comme bouclier protecteur contre des atteintes à certaines libertés, il est évident que le peuple kanak a bénéficié de cet outil à plusieurs reprises.

Les conditions de détention des détenus du Camp Est (dont 95% sont kanak nous le rappelons) ont engendré des plaintes de trente d'entre eux contre l'État (Marianne 2012). La Ligue des Droits de l'Homme de Nouvelle-Calédonie (LDHNC) a également intenté des recours pour protéger

certaines de ses membres contre des atteintes à leurs libertés, notamment concernant l'accès discriminatoire à certaines boîtes de nuit (Chatel 2012). Mais la mobilisation du droit dans le contexte calédonien ne s'arrête pas là.

Nous examinerons dans un premier temps la Nouvelle-Calédonie comme exception républicaine (A) : comment un traitement différentiel imposé par le Code de l'Indigénat et ses soixante années d'application (1) a-t-il eu des conséquences inattendues et favorables sur le peuple kanak (2) ? Nous nous intéresserons ensuite aux limites relatives à l'autodétermination possible en Nouvelle-Calédonie (B), aux normes qui l'encadrent (1) et à l'inconstitutionnalité de la consécration des droits collectifs (2). En troisième lieu, nous nous arrêterons sur la mobilisation du droit à des fins d'exercice des droits acquis (C), soit au réaménagement des droits politiques de la majorité en faveur de la minorité (1), à l'octroi d'un pouvoir sur la définition de la normativité juridique (2), et à la réinstauration de l'effectivité du droit (3). Enfin, nous observerons la façon dont l'État utilise le droit comme bouclier pour conserver sa mainmise (D), au travers de la décentralisation mise en place en Nouvelle-Calédonie (1), puis des limites auxquelles les concessions faites à des fins d'exercice des droits acquis sont confrontées (2).

### **A- L'exception républicaine**

Au vu de la rigueur des principes présentés ci-dessus, l'État semble intransigeant concernant les questions qui ont trait à l'unicité et à l'égalité de ses citoyens. Pourtant, pendant soixante ans les peuples autochtones ont été régis par un régime juridique différentiel, outil juridique de l'État colonial (1). Ce régime aboli, le peuple kanak a su se réapproprier certains outils initialement établis à leur détriment pour en faire des armes de renforcement et d'unification (2).

### *1. Le traitement différentiel imposé...*

L'État français est, dans le droit, aveugle aux particularismes. Mais cela ne vaut pas pour le statut des peuples autochtones lors de la prise de possession des territoires outremer au XVIII<sup>e</sup> siècle. En Nouvelle-Calédonie, les Kanak sont régis par le Code de l'Indigénat, pilier de l'ordre colonial introduit par le décret du 18 juillet 1887, qui institutionnalise un traitement différentiel (Del Rio 1997, 10-1). L'Indigénat est, au départ, un système élaboré et appliqué en Algérie depuis 1881, qui devient un décret pris par la France, et qui permet aux autorités de mettre en place des dispositifs punitifs adaptés aux situations locales (Del Rio 1997, 19). En Nouvelle-Calédonie, au moment où il est adopté, l'administration a pour idée de relancer la colonisation et veut développer la colonie, ce qui nécessite de la main d'œuvre.

Le Code (tout comme d'autres régimes discriminants comme l'esclavage) distingue les citoyens des sujets de l'État presque un siècle jour pour jour après la Révolution qui rejette cette différenciation. Système d'apartheid à la française, il permet le contrôle punitif ou « commandement de sauvagerie » et modifie de manière irréversible l'organisation tribale. Par ce texte, la France renforce les structures tribales, collectivise les terres kanak pour ses propres intérêts et décide d'accentuer l'autorité des chefs sur leurs populations en contrepartie de leur soumission (Leca 2014, 45-6). L'application de ce système en Nouvelle-Calédonie est plus ségrégative qu'ailleurs. En effet, ce Code a été aboli en 1946 dans toutes les colonies : les premiers bacheliers sénégalais et cambodgiens sont respectivement diplômés en 1880 et 1920. Or, ce n'est qu'en 1962 que le premier Kanak obtient son baccalauréat (Gay 2012, 186). Une institutionnalisation inégalitaire de la différence est donc perceptible à travers ce statut qui a chamboulé les structures sociétales traditionnelles kanak et officiellement hiérarchisé la société calédonienne jusqu'en 1946. Les bases juridiques d'une différenciation de statuts sont posées en 1928 avec la mise en place du service aux affaires indigènes et l'interdiction qui en découle pour

les Kanak d'accéder aux juridictions françaises (Leca 2014, 47). Bien que ce code discriminatoire soit le prédécesseur du statut civil coutumier d'aujourd'hui, qui consacre le droit civil coutumier et profite donc au peuple premier (Frezet 2012, 81) - nous allons revenir en détail plus bas -, il a eu pour conséquence la production d'inégalités sociales durables.

En effet, dans un cadre sociétal où les structures sont nourries par une culture qui promeut un système d'éducation et de travail occidental ainsi qu'un système de sociabilisation individualiste, il est évident que la différenciation minutieusement maintenue de façon légale jusqu'à l'abolition du code de l'indigénat a des répercussions sur la société calédonienne aujourd'hui encore. Socialement, les inégalités y sont plus importantes que dans l'ensemble des pays européens, du Brésil, de l'Inde de l'Afrique du Sud ou de la Scandinavie. L'indice de Gini<sup>16</sup> local est de 0,43 et les écarts de richesse entre les Provinces ne cessent de croître (Garde 2012, 197). Par ailleurs, 22 600 ménages vivent sous le seuil de pauvreté en 2012, soit 33% [...] ce qui démontre que le taux de pauvreté ne se réduit plus depuis 2004, mais, au contraire, que la tendance générale est celle d'un accroissement des inégalités (Blaise 2012, 318). À l'échelle des Provinces, 9% des ménages de la Province Sud sont pauvres, 35% en province Nord et 52% en Province des Iles, ces deux dernières étant à population dominante kanak (Faberon-Tourette 2012, 408). En 2016, des universitaires publient un article intitulé « Discriminations ethniques dans l'accès au logement : une expérimentation en Nouvelle-Calédonie » dans lequel ils trouvent une « forte discrimination dans l'accès au parc locatif privé à l'encontre des candidats kanak » (Brunel, Gorohouna, L'Horty, Petit et Ris 2016, 1). Les inégalités ancrées sont encore aujourd'hui extrêmement criantes, en dépit des efforts fournis en termes de politiques publiques de rééquilibrage mises en œuvre pour y remédier

---

<sup>16</sup> « L'indice (ou coefficient) de Gini est un indicateur synthétique d'inégalités de salaires (de revenus, de niveaux de vie...). Il varie entre 0 et 1. Il est égal à 0 dans une situation d'égalité parfaite où tous les salaires, les revenus, les niveaux de vie... seraient égaux. À l'autre extrême, il est égal à 1 dans une situation la plus inégalitaire possible, celle où tous les salaires (les revenus, les niveaux de vie...) sauf un seraient nuls. Entre 0 et 1, l'inégalité est d'autant plus forte que l'indice de Gini est élevé. » (INSEE)

tels que les projets « cadre avenir » et « 400 cadres » qui avaient pour objectif de former de jeunes locaux à occuper des postes à responsabilité. La distinction juridique doublée des inégalités sociales a engendré la création d'espaces d'autonomie (Ortega 2005, 12) et renforcé les corps sociaux intermédiaires.

## *2. ... et ses conséquences inattendues*

La colonisation et les événements de 1984 à 1988 ont permis l'édification d'une nation kanak, mais pas d'une nation « française décentralisée » permettant la consolidation et la légitimation de l'État en Nouvelle-Calédonie. Effectivement, la Nouvelle-Calédonie compte 32 dialectes kanak lors de la prise de possession par la France. L'instauration du français comme langue officielle et l'altérité identitaire alimentée par la venue de plusieurs groupes ethniques – avec le boom du nickel et pour le développement institutionnel du pays - enclenchent un fort sentiment nationaliste kanak. La cohésion identitaire progressive qui a émergé au cours de la colonisation s'est renforcée lorsque le Code de l'indigénat a été aboli en permettant aux kanak de devenir citoyens et d'avoir accès aux droits relatifs à cette citoyenneté. L'édification nationale kanak, comprise comme « a process of building a social community within a nation state » (Kersting 2011, 1) se construit progressivement. Weber explique que la différenciation sociale peut engendrer l'ethnicité, et pas toujours en être le résultat, et c'est le cas en Nouvelle-Calédonie (Eller 2002, 54). La différenciation a créé un sentiment d'appartenance national ainsi qu'une construction ethnique et autochtone permettant la légitimation de cette édification nationale. Ce processus illustre l'argument de Taylor selon lequel « la nation apparaît [...] comme plus authentique que l'État et spécialement l'État multinational. La nation ne précède toutefois pas nécessairement le nationalisme (1998, 203). Effectivement, il est difficile de savoir si la nation kanak précède ou procède d'un sentiment nationaliste. Il semble que ces deux processus aient vu le jour simultanément. Ce qui est clair, c'est

qu'aujourd'hui des stratégies d'édification nationale concurrentes prennent place et se manifestent dans la polarité politique calédonienne : d'un côté les loyalistes (non indépendantistes) et de l'autre les indépendantistes. Cette rivalité est vectrice de sentiments nationalistes. Elle est le « produit d'une situation de rivalité qui est typiquement moderne dans sa structure et sa nature » (Taylor 1998 203).

Eller identifie quatre critères pour décrire les intentions des revendications nationalistes :

« Transformer un groupe ethnique passif en une communauté ethno politique active pour en faire un sujet de l'histoire ; organiser la culture de la communauté en créant notamment une culture d'élite standardisée officielle là ou une telle culture fait encore défaut ; constituer la communauté en une nation culturellement homogène et organique ; obtenir pour cette nation une base territoriale ou même un État » (2002, 60)

Selon cette typologie, les revendications kanak sont nationalistes. C'est d'abord avec les revendications identitaires et les discours politiques kanak des années 1960-70 que la communauté est devenue un groupe ethno-politique actif, qu'une culture d'élite standardisée a vu le jour dans les années 1980, que l'homogénéité et l'organicité ont été affirmées via les discours politiques kanak de l'époque. On peut également considérer que l'obtention partielle d'un territoire s'est faite avec la provincialisation. Ces critères se rapprochent de la première modalité de mobilisation du droit identifiée par Noreau et Vallet (2005, 11) soit « la revendication collective de droits » : ce processus d'édification nationale marque donc la première étape d'une série d'utilisation du droit à des fins politiques. Ainsi, dans le discours politiques de Jean-Marie Tjibaou, leader kanak et Président du gouvernement provisoire de la République de Kanaky érigé en 1985, la volonté de construire un pays uni et un peuple kanak multiethnique illustre une profonde volonté de modernisation nous a expliqué M. Chauchat lors de notre entretien. Pourtant, bien que l'évolution des revendications kanak réponde aux critères de Eller et illustre une volonté de modernisation, l'idée de la communauté imaginée de Anderson - changements de référents et de structures hiérarchiques et nouveau rapport au temps - et celle de Gellner - instauration d'une

langue officielle pour permettre la fonctionnalité de l'économie moderne -, laissent percevoir que les processus identifiés par ces deux théoriciens dans les sociétés industrialisées n'existent peu ou pas dans la construction du nationalisme kanak. Ceci laisse donc penser que la mobilisation autochtone nationaliste laisse place à une forme différente d'édification nationale, qui ne suit pas les critères de la modernité occidentale issue des traités de Westphalie. Le peuple kanak se transforme progressivement en nation en suivant un processus bien singulier de décolonisation et de modernisation.

Selon le droit international, le peuple kanak est à la fois autochtone et colonisé (Graff 2012, 65).

La définition de Jose Martinez-Cobo de 1986 explique que les communautés autochtones sont

« [...] liées par une continuité historique avec les sociétés antérieures à l'invasion et avec les sociétés précoloniales qui se sont développées sur leurs territoires, se jugent distinctes des autres éléments des sociétés qui dominent à présent sur leurs territoires et parties de ces territoires. Ce sont à présent des éléments non dominants de la société et elles sont déterminées à conserver, développer et transmettre aux générations futures les territoires de leurs ancêtres et leur identité ethnique qui constituent la base de la continuité de leur existence en tant que peuple, conformément à leurs propres modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes juridiques. » (Bellier 2012, 17)

Cette définition met de l'avant cinq éléments qui permettent de distinguer les peuples autochtones des autres minorités nationales : l'antériorité sur un territoire ; l'expérience coloniale ; la marginalisation vis-à-vis de la société dominante et le souhait de maintenir une identité autochtone (Graff 2012, 67). Un problème subsiste néanmoins : la France ne reconnaît ni « peuple » - à l'exception du peuple français - ni « autochtone » sur son territoire (Lavorel 2007, 162), comme en attestent le fait qu'elle n'a jamais ratifié les Convention 169<sup>17</sup> de l'Organisation Internationale du Travail (Libération, 2008), et le refus de son Conseil constitutionnel de reconnaître le peuple Corse (décision *Statut de la Corse* du 9 mai 1991) (Calvès 2004, 62). Ainsi,

---

<sup>17</sup> Qui est la révision de la Convention 107 de 1957 dénoncée pour sa logique assimilationniste dans les années 1970 (Fondation Danielle Mitterrand 2009).

dans les textes qui ont trait à ces questions, ce seront des désignations telles que « peuple premier » (sans appartenance ethnique précise) ou « d'origine » qui sont observables (Madinier 2011, 82). Ce refus illustre le fait que la Constitution française ne reconnaît que des droits individuels à ses sujets et donc que la qualification de peuple autochtone et la reconnaissance des droits collectifs qui en découle est effectivement inappropriée. Bien qu'elle soutienne officiellement la Déclaration des Nations Unies sur les Droits des peuples Autochtones (DNUDPA), elle est dans l'incapacité de l'appliquer en raison de ce principe constitutionnel.

Alors que la mondialisation contribue à une internationalisation de l'autochtonie (Manga 2013, 209), l'application des normes par les États reste la seule garantie de leur respect. Comme le soutient Manga, bien que la souveraineté des États soit aujourd'hui pénétrée par des flux externes nouveaux, le concept de souveraineté *per se*, sa force et sa légitimité sont renforcés puisque l'État reste, dans ce contexte globalisé, une aspiration des groupes internes à l'État et en dépit de la décentralisation de leur territoire, le centralisme de leur souveraineté est maintenu. L'État conserve ainsi son importance symbolique mais il doit démontrer sa capacité de renouvellement et d'évolution, d'où le « processus d'autonomie inédit » (Lavorel 2007, 162) qu'il met en place en Nouvelle-Calédonie.

La gestion de ses territoires outremer par la France est bien singulière. Sa gestion de la Nouvelle-Calédonie et de ses rapports avec son peuple autochtone l'est tout autant. Les principes républicains, face à une telle diversité de contextes, se sont parfois contredits et ont engendré des situations contre lesquelles ils s'élevaient en Métropole. Par conséquent, non seulement les kanak avec leur édification nationale se sont-ils appropriés des outils utilisés par les États moderne issus de Westphalie pour s'unifier, en les adaptant à leur diversité, mais en plus ils ont su tirer parti d'un régime de droit dérogatoire, extrêmement discriminatoire à leur encontre pour en faire un outil d'émancipation. Par ailleurs, ils ont également su s'emparer des instruments du droit international

pour donner du crédit et fonder leurs revendications sur des normes juridiques. Ils ne sont cependant pas les seuls à avoir su utiliser le droit en leur faveur.

## **B- L'autodétermination limitée**

Aborder l'autodétermination en Nouvelle-Calédonie revêt une complexité singulière et illustre l'utilisation du droit par l'ancien empire colonial français à des fins de maintien de sa souveraineté sur la Nouvelle-Calédonie, tout d'abord en raison des principes traditionnels d'indivisibilité récemment modifiés de la Constitution française, ensuite, en raison du chevauchement de normes internationales et nationales qui attirent à l'autodétermination et qui s'annulent parfois (1). Enfin, compte tenu de la dichotomie qui oppose les droits individuels aux droits collectifs, qui se profile et laisse place à un débat théorique considérable (2).

### *1. La hiérarchie des autonomies*

Les revendications kanak étaient, dans un premier temps, des revendications autonomistes. Les points de vue divergent quant à la raison du changement de finalité de ces réclamations, devenue indépendantistes. Certains expliquent que les vagues d'indépendance mondiales des années 1960 et 1970 des pays voisins (Graff 2012, 64) en furent la cause, d'autres que c'est en raison du manque de considération de la part des politiques français pour la cause et après avoir essuyé de nombreux refus que le « Comité de Coordination pour la Cause Kanak » s'est déclaré ouvertement tenant de l'indépendance en 1975 (Trépied 2010, 62). Ce dernier point de vue vient illustrer l'idée de Noreau et Vallet selon laquelle les revendications identitaires deviennent souvent séparatistes « en désespoir de cause » (2005, 8). Ce qui est clair, c'est que la Nouvelle-

Calédonie est réinscrite, à la demande des indépendantistes, sur la liste des pays à décoloniser de l'ONU en 1986. Le droit inaliénable du peuple de Nouvelle-Calédonie à l'autodétermination et à l'indépendance est donc acté par la résolution 41/41A et est en raison du processus de décolonisation reconnu administré conjointement par l'ONU et l'État français.

Ce droit à l'autodétermination des peuples autochtones dans un contexte postcolonial est octroyé à travers plusieurs outils qui relèvent à la fois du droit international et du droit national. À l'échelle internationale, la Charte des Nations Unies, la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples colonisés ou Résolution 1514, la Résolution sur les principes doivent guider les États membres pour déterminer si l'obligation de communiquer des renseignements prévue à l'alinéa de l'article 73 de la Charte leur est applicable ou non ou Résolution 1541 et la DNUDPA de 2007 qui le réglementent. La Résolution 1514 ne propose que l'autodétermination du territoire, et l'article 3 du DA est limité par l'article 46 de la DNUDPA. Celle-ci par ailleurs ne parle que d'autonomie interne puisqu'elle s'auto-contraint également au travers de son article 46 qui explicite l'impossibilité d'utiliser les articles qui le précèdent à l'encontre de l'intégrité d'un État.

Comme l'explique Manga :

« [Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes] reconnaît le droit à l'autodétermination à la Nouvelle-Calédonie toute entière parce qu'elle a été réinscrite sur la liste des territoires autonomes en 1986, mais par la Déclaration sur les droits des peuples autochtones de 2007, l'ONU ne reconnaît le droit à l'autodétermination qu'au peuple autochtone, en même temps que le Comité spécial de décolonisation soutient le processus en cours de l'Accord de Nouméa. Par ailleurs, cette Déclaration reconnaît le droit à l'autodétermination en même temps qu'elle interdit toute remise en cause de l'intégrité et de la souveraineté des États. » (2013, 25)

Cependant en dépit des limites exposées et de la clause de sauvegarde que représente l'article 46 de la DNUDPA, la Nouvelle-Calédonie, en tant que territoire non autonome qui détient un statut « séparé et distinct » de la France, conserve son droit à l'autodétermination en vertu de la Déclaration sur les relations amicales ou Résolution 2625 qui stipule que :

« Le territoire d'une colonie ou d'un autre *territoire non autonome* possède, en vertu de la Charte, un statut séparé et distinct de celui du territoire de l'État qui l'administre ; ce statut séparé et distinct en vertu de la Charte existe aussi longtemps que le peuple de la colonie ou du territoire non autonome n'exerce pas son droit à disposer de lui-même conformément à la Charte et, plus particulièrement, à ses buts et principes. » (UNGA)

À l'échelle nationale, ce sont l'article 53 de la Constitution française et la Déclaration de Nainville-les-Roches de 1983 qui régissent l'autodétermination des Kanak dans la France. Cette première définit les contours d'une éventuelle procédure d'autodétermination et plus exactement de sécession pour les TOM qui se développe en deux phases : la première est une consultation populaire qui, si elle aboutit à un résultat positif, laisse place au vote d'une loi par le parlement qui, en prononçant la sécession, engage le processus de transfert de compétences (Ortega 2005, 125). Ce procédé français n'est, explique Ortega, pas exactement un droit à l'autodétermination mais « un droit à se prononcer pour l'autodétermination, soumis à des procédures et à une compétence d'initiative restreinte » (2005, 125) car la compétence pour convoquer la consultation revient exclusivement au gouvernement : l'élément de droit international est transposé en droit français, ce qui le conditionne (2005, 125). La Déclaration de Nainville-les-Roches quant à elle abolit le fait colonial en reconnaissant l'égalité des civilisations présentes en Nouvelle-Calédonie (Graff 2012, 69). L'Accord de Nouméa suit cette même logique puisqu'il permet aux populations intéressées et non pas au seul peuple kanak d'accéder à la souveraineté. Après la signature des Accords de Matignon-Oudinot en 1988, le mot « indépendance » disparaît pour laisser place à celui « d'autodétermination » dans la Résolution 41/41A (Graff 2012, 74). Le droit national permet ainsi l'autodétermination éventuelle du territoire mais d'aucun peuple ou d'aucune communauté de façon isolée, une hiérarchie des autonomies est alors perceptible. Il se cantonne ainsi à une autonomie interne pour l'heure. La Charte du Peuple Kanak (Nouvelle-Calédonie 2014) vient quant à elle réaffirmer cette autonomie limitée puisqu'elle indique au point 4 de son chapitre 3 que « l'exercice du droit à l'autodétermination [s'exerce] au niveau interne » et au point 5 que cet

exercice se fait de manière conjointe sans porter atteinte à l'intégrité de l'État (24). Ce procédé est, selon Lavorel un « palliatif à l'autonomisation des communautés humaines minoritaires [...] une fiction juridique » (2007, 164).

Clairement, les droits liés à l'autodétermination, malgré leur validité internationale sont minutieusement réinterprétés afin de ne permettre aucune sécession et imposent une hiérarchie entre l'autonomie territoriale et celle du peuple kanak. Comme le soutient Manga (2013) dans sa thèse, l'autodétermination est vectrice de restriction de la souveraineté mais également protectrice, bénéficiaire et tributaire de celle-ci (99). Elle est ainsi porteuse d'une dualité évidente puisque le terme est à la fois « conservateur et révolutionnaire, attrayant et répulsif » selon Antonio Cassese (Manga 2013 17), c'est à dire à disposition du pouvoir en place comme du peuple qui le conteste, bien que les deux entités n'aient pas le même accès aux outils pour le manipuler. Alors que le principe d'autodétermination est moderne par essence, la reconnaissance physique de la diversité mais le maintien d'un contrôle centralisé de la souveraineté affirmé par l'impossible reconnaissance des droits collectifs marquent le passage à l'ère postmoderne. C'est l'interprétation et la limitation de ces droits modernes qui sont empreints de postmodernismes car la réalité postmoderne montre la difficile application de certains idéaux.

## *2. L'inconstitutionnalité de la consécration des droits collectifs*

Les mouvements revendicatifs autochtones ont historiquement été rattachés aux droits de l'homme, les réduisant à des revendications de droits individuels plutôt que de droits des peuples (Graff 2012, 69). Cette emphase sur les droits individuels est extrêmement paradoxale, puisqu'elle permet aux individus de s'émanciper d'un système hiérarchique injuste, mais ne permet pas à des groupes minoritaires de s'émanciper de structures administrées par des groupes majoritaires dominants et privilégiés. La mise en place de mesures de discrimination positives, foncièrement

opposées au droit à « l'égalité de traitement conçu comme un droit individuel » (Calvès 2004, 18) et moderne dans son essence, pourraient être un outil vecteur d'émancipation des minorités vis-à-vis des majorités. En effet, comme nous venons de le voir, la modernité est porteuse de valeurs émancipatrices qui irradiant les sociétés et laissent place à des revendications d'autodétermination à travers le monde et notamment dans les anciennes colonies. Pourtant, les « droits collectifs », dont le déploiement résulte de cette reconnaissance, viennent rapidement se heurter à des normes internationales ou nationales qui ne permettent ni leur libre expression ni leur pleine application (Israël 2009, 96) comme le démontrent la non reconnaissance des autochtones, l'application du DA, de la Résolution 1514 ou de la DNUDPA en France.

Ainsi, la consécration des droits collectifs n'est que difficilement réalisable en France en raison du principe d'unité et d'indivisibilité de la Constitution française. Il convient néanmoins de dire qu'en Nouvelle-Calédonie, avec la reconnaissance à partir de 1985 d'une personnalité juridique aux Groupements de Droit Particulier Local (GDPL), qui sont régis par le Droit coutumier et en 2011 avec la reconnaissance de la personnalité morale aux clans, une avancée considérable a été effectuée. La politique de rééquilibrage, par ailleurs, en s'inscrivant dans le registre de la discrimination positive - et fondée sur le groupe - marque également une reconnaissance implicite des droits collectifs (Calvès 2004, 9). Cependant, ni cette politique ni la reconnaissance de la personnalité juridique aux GDPL ou de la personnalité morale aux clans n'a d'impact sur l'interprétation et l'application du droit à l'autodétermination. L'article 1 de la Constitution, en assurant la « non distinction d'origine, de race ou de religion » sur le territoire de la République est l'obstacle principal à une consécration réelle de la reconnaissance des droits collectifs dans le cadre du droit à l'autodétermination qui ne peut s'effectuer que dans le cadre permis par la Constitution c'est à dire à l'interne, sur la base de droits individuels (Graff 2012, 72). La théorie libérale culturelle de Kymlicka représente une alternative médiane entre la reconnaissance exclusive des libertés individuelles ou collectives. Les kanak se sont clairement servis des outils

proposés par l'État : la construction nationale que nous venons de voir, la délimitation des frontières au travers de la provincialisation présentée en introduction mais également le contrôle sur l'immigration que nous allons analyser dans la partie suivante. Les Kanak utilisent donc des outils d'origine libérale qui crédibilisent et légitiment leurs revendications.

Certains principes républicains ont été « allégés » face à certaines réalités telles que la décentralisation de l'État par exemple ; il n'en est cependant pas de même pour la reconnaissance de la diversité culturelle. L'État est parvenu à orienter en sa faveur des outils pourtant initialement mis en place pour l'émancipation des peuples autochtones et colonisés. Face à ces limites le peuple kanak s'est organisé et à réinterprété certains outils étatiques pour faire entendre sa légitimité et faire respecter sa particularité et ses aspirations politiques, notamment à l'appui du droit.

### **C- La mobilisation du droit à des fins d'exercice des droits acquis**

Nous avons déjà observé la revendication de droits collectifs nouveaux (Noreau et Vallet 2005, 11) au travers de l'édification nationale kanak et des revendications autonomistes qui en découlent. Maintenant, c'est la catégorie subséquente, celle de la mobilisation du droit à des fins d'exercice des droits acquis (Noreau et Vallet 2005, 12) que nous allons appliquer à notre cas d'étude pour illustrer une utilisation offensive du droit dans le but d'obtenir plus de droits. L'application calédonienne de cette mobilisation est une illustration pertinente du culturalisme libéral prôné par Kymlicka et particulièrement la catégorie de mobilisation du droit à des fins d'exercice des droits acquis qui suppose dans un premier temps un réaménagement antérieur des droits politiques de la majorité en faveur de la minorité, comme en atteste la définition de la citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie et les politiques de discrimination positive relatives à l'emploi local (1). Celle-ci implique l'exercice d'un véritable pouvoir sur la définition de la

normativité juridique : en l'occurrence, c'est la normativité juridique qui lui est appliquée que le peuple kanak a défini au travers de la rédaction de la charte du peuple kanak et avec la rédaction des Actes coutumiers entrepris par les Officiers Publics Coutumiers (OPC) (2) ; ce qui permet à la minorité d'exercer un droit partiel de dire le droit au travers de juridictions partagées et permet de répondre aux limites relatives à l'effectivité du droit (3). Pourtant, comme le soulignent les auteurs, il s'agit de « la forme la plus fragile que peut emprunter la reconnaissance politique ne serait-ce que parce qu'elle peut être à tout moment remise en question par la majorité » (2005, 13). Et effectivement, le droit reste au service de l'État français et peut être redirigé ou instrumentalisé, nous le discuterons dans la partie suivante.

### *1. Réaménagement des droits politiques de la majorité en faveur de la minorité*

C'est pour pallier les limites évidentes d'un modèle standardisé appliqué à un contexte extrêmement hétéroclite que certains aménagements ont vu le jour. Ces aménagements sont de véritables mesures de discrimination positives, des « instrument[s] clé[s] d'une politique de rattrapage » (Calvès 2004, 7) connues sous le nom de « rééquilibrage » et conséquences des Accords de 1988 et 1998 que nous avons présenté en introduction.

Le gel du corps électoral, mis en place par la Loi Organique 99-209 du 19 mars 1999 définit les contours du gel des listes électorales pour les élections du Congrès de la Nouvelle-Calédonie, celles des Provinces et lors du referendum d'autodétermination qui sera organisé avant 2018. Ce gel empêche les personnes arrivées en Nouvelle-Calédonie après 1998 de prendre part à l'une ou plusieurs de ces élections. Evidemment, retirer à certaines personnes leurs droits citoyens et leur refuser par ce biais la citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie peut sembler relever d'un déni de démocratie ou d'une violation des droits des personnes concernées. Pourtant, comme l'explique Kymlicka, « a minority that seeks to sustain a distinct societal culture must [...] have some control

over immigration policies » (2001, 158). Elle doit donc avoir une certaine maîtrise sur la définition de la citoyenneté, ce qui est le cas en Nouvelle-Calédonie où cette politique d'encadrement de la citoyenneté est de surcroît une expression empirique du libéralisme culturel.

Les politiques de l'emploi local résultent de la loi du pays du 27 juillet 2010 et représentent un cadre légal de discrimination positive pour permettre, elles aussi, le rééquilibrage (Martin 2012, 427). Elles suivent cette même logique de discrimination positive puisqu'elles exigent que « les emplois du secteur privé ainsi que les emplois occupés par des agents contractuels de droit privé du secteur public, [soient] occupés par des citoyens de la Nouvelle-Calédonie et, à défaut, par des personnes justifiant d'une durée de résidence suffisante » (DTENC). Tout citoyen calédonien aura donc la priorité sur l'accès à l'emploi.

L'élaboration de ces deux politiques de discrimination positive illustrent l'utilisation du droit comme épée (Israël 2008, 31). Ce sont en effet les revendications kanak des années 1980, les négociations et accords qui en ont résulté, qui ont mené à ces aménagements, outils d'instauration de la paix et de la stabilité en Nouvelle-Calédonie. C'est grâce à la reconnaissance de leur statut d'autochtone en droit international et au processus de décolonisation dans lequel le pays se trouve qu'ils ont pu faire entendre leurs doléances et que leurs réclamations ont été légitimées. Par ailleurs, ces aménagements pourraient représenter une interprétation nouvelle et ciblée de la démocratie dans des contextes non européens. Effectivement, comme le soutient Michalon, certaines parties du monde sont restées en dehors de l'ordre westphalien dont les modèles démocratiques et citoyens sont la base. Ces parties du monde n'ont jamais été adaptées aux régimes politiques modernes qui leur ont été transposés et à la démocratie qui ne reconnaît par principe « que des sujets individuels face à l'État » et exclut « toute possibilité de distinction fondée sur des critères ethniques » (Verdier 1998, 54). Kymlicka et Faberon rejoignent cet argument en ajoutant pour l'un que les démocraties occidentales n'ont jamais su surmonter les tensions liées à la

diversité ethnoculturelle (2002, 92) et pour l'autre que certaines crises comme les « Évènements » sont une illustration des limites de ces régimes démocratiques et surtout de la démocratie majoritaire qui dans certaines circonstances n'assure pas la représentativité nécessaire (2012, 35).

Le réaménagement des droits politiques de la majorité en faveur de la minorité est lisible dans le gel du corps électoral et des politiques relatives à l'emploi local. Le pouvoir attribué aux Kanak sur la définition de la normativité juridique au travers de l'élaboration d'un droit coutumier, du statut civil qui lui est rattaché, de la charte du peuple kanak et du travail des Officiers Publics Coutumiers représente, quant à lui, un aménagement bien plus ardu, nous allons comprendre pourquoi.

## *2. Octroi d'un pouvoir sur la définition de la normativité juridique*

L'institutionnalisation du droit coutumier et du Sénat coutumier ainsi que du statut civil coutumier sont des actions complexes et novatrices qui illustrent l'utilisation du droit comme arme offensive des Kanak pour l'obtention d'un pouvoir sur la définition du droit.

C'est seulement au travers du Titre 1 de la LO que le droit coutumier est devenu une compétence de la Nouvelle-Calédonie avec la mise en place du Sénat Coutumier, deuxième chambre du territoire, dont les attributions sont définies de l'article 141 à l'article 145 de ce même texte. Le Sénat coutumier est l' « institution politique de représentation du monde kanak et coutumier » (Chauchat 2011, 88) et n'est compétent que pour les lois du pays relatives à sa composition et à la composition des conseils coutumiers, aux signes identitaires, au statut civil coutumier, au régime des terres coutumières et aux limites des aires coutumières (Chauchat 2011, 90). Par conséquent, la distinction est clairement établie entre le Sénat coutumier et son alter-égo métropolitain. Alors que ce dernier a pour mission de contrôler le gouvernement et de voter des lois, peu importe leur

objet, ce premier est considérablement limité à ce sujet puisque sa compétence est restreinte aux affaires relatives à la coutume. La coutume - mode de vie traditionnel, qui n'est pas judiciaire dans son intégralité - est, par ailleurs, la base du cadre normatif que représente le droit coutumier. Effectivement, seul ce que Régis Lafargue appelle la *coutume judiciaire* a valeur normative : certains éléments de la coutume sont judiciairisés puisqu'ils se rapprochent du domaine du droit civil français, mais ils en sont distinctifs car conservent leur identité de corpus jurisprudentiel à part (Frezet 2012, 85). Quant à Antoine Leca, il qualifie ce corpus normatif particulier de « *droit civil coutumier kanak* » et le définit comme « un droit civil qui n'est pas le droit civil français [...] mais qui s'applique dans une partie du territoire de la France et qui est sanctionné par des officiers publics et tribunaux qui ne sont pas les acteurs habituels de la scène juridique française » (2014, 25).

Le régime juridique et la portée générale du statut civil coutumier sont, pour leur part, définis aux articles 7, 8 et 9 de la Loi Organique (Lafargue 2010, 81). Cette avancée juridique est centrale en termes de reconnaissance et d'évolution normative car, bien que le droit coutumier ne soit invoqué qu'à trois reprises dans l'Accord de Nouméa, c'est tout de même 120 000 individus sur 270 000 qui y répondent en Nouvelle-Calédonie (Leca 2014, 31). Aussi, le droit civil qui régit le statut civil coutumier est donc le résultat d'une hybridation entre la coutume et le droit français, puisque cette première en est la racine, le fondement, et ce second lui donne valeur juridique au travers de sa reconnaissance constitutionnelle via l'Accord de Nouméa. L'affirmation du droit coutumier est ainsi perçue comme le moyen de garder la maîtrise de son destin, l'importance de la conservation des traditions juridiques kanak est donc centrale dans la préservation de la culture kanak (Lafargue 2010, 48). Clairement, la consécration d'un tel droit et l'élaboration d'un statut civil lui étant rattaché permettent aux Kanak d'avoir un pouvoir sans précédent bien que non exclusif et encore perfectible sur la définition de leur normativité juridique.

Ce droit est le résultat de la jurisprudence élaborée au sein des juridictions biculturelles ainsi que du corpus normatif mis en place avec l'aide de Ghislain Otis en 2013, la Charte du Peuple Kanak (Nouvelle-Calédonie 2014). Ces éléments permettent la réinstauration progressive de l'effectivité d'un droit de tradition orale.

### 3. Réinstauration de l'effectivité du droit

Dans le contexte calédonien, il a été nécessaire, selon une expression kanak, de « remettre le droit à l'endroit ». Pour ce faire, il a fallu mettre en place des structures et des acteurs juridiques adaptés et légitimes sur la scène locale (Lafargue 2010, 329). Ceci a engendré l'inclusion d'assesseurs coutumiers dans et ainsi de juridictions biculturelles et la mise en place d'Officiers Publics Coutumiers (OPC) pour transcrire la Coutume. Ces éléments traduisent une évolution sans précédent du système juridique français.

L'ordonnance du 15 octobre 1982 institue les assesseurs coutumiers bien que ce ne soit qu'après l'adoption de la loi no 89-378 du 1 juin 1989 qu'ils sont nommés et qu'en 1990 qu'ils entrent effectivement en activité (Lafargue 2010, 70 ; Wamytan 2012, 141 ; Leca 2014, 50). De plus, avec l'institution des assesseurs civils<sup>18</sup> par la loi du 13 juin 1989, la sensibilité de la société calédonienne est exprimée dans les audiences et l'on assiste, de fait, à une avancée vers la territorialisation du droit (Lafargue 2010, 175) et simultanément à la reconnaissance des différentes normes qui constituent la société néocalédonienne : droit français, droit calédonien et droit coutumier (Cornut 2010, 2). En outre, cette loi du 13 juin 1989 en plus de permettre l'inclusion d'individus locaux dans le processus de transcription et d'édiction du droit, vient instituer les OPC. Ceux-ci ont pour mission de donner corps normatif à la Coutume au travers de

---

<sup>18</sup> À distinguer des assesseurs *coutumiers* : les assesseurs *civils* sont leur équivalent pour le droit calédonien.

la rédaction des actes coutumiers, décisions coutumière rédigées à l'issue d'une discussion organisée selon les us et usages de la coutume kanak (Sénat Coutumier). Ces actes deviennent ensuite la source normative lors des décisions prises dans le cadre du droit civil coutumier (conclusion ou dissolution de mariages, accords inter-claniques, etc.) et représentent par conséquent des avancées concrètes en termes de réinstauration de l'effectivité du droit.

Des juridictions biculturelles, *sui generis* et de proximité à l'image du pays dans lequel elles opèrent émergent alors (Lafargue 2010, 79 ; Wamytan 2012, 141). La loi du 13 juin 1989 dote également le tribunal de Première instance de Nouméa, la capitale du pays située en Province Sud, de deux sections détachées : l'une à Koné en Province Nord, l'autre à Lifou en Province des îles. Pour la première fois la justice de la République est rendue accessible aux populations mélanésiennes (Lafargue 2010, 76 ; Wamytan 2012, 141-2). L'impact de ces réformes est énorme car même en n'étant pas nécessairement conformes aux principes généraux du droit français, elles donnent « tribune officielle à la coutume » (Lafargue 2010, 330). On se trouve, par ailleurs, dans un processus d'élaboration d'un droit réflexif, ou autorégulateur, illustration d'une évolution significative de la société (Lafargue 2010, 192) et de la mise en œuvre d'un contrat social respectueux de ses composantes plurielles (Lafargue 2010, 192, 333). Concrètement, donc, une évolution juridique assez remarquable a été entamée en Nouvelle-Calédonie à partir des années 1980.

Par ailleurs, cette évolution est vectrice de légitimité et d'hybridation. Effectivement, Régis Lafargue explique que la présence des assesseurs coutumiers est un gage de légitimité pour ces institutions et les décisions rendues, mais que c'est le juge qui devient « la bouche » de la coutume (2010, 78). On assiste à une sorte de « mutation » ou une « hybridation » vers un modèle anglo-saxon qui ne touche pas seulement le « porteur » ou sachant de droit avec les assesseurs coutumiers mais aussi l'institution du droit au travers des sections détachées. Pourquoi ces éléments se rapprochent-ils d'un système à la *common law* plutôt que de notre système de droit

écrit ? Car une construction jurisprudentielle coutumière prend place en Nouvelle-Calédonie au sein de ces juridictions détachées (Lafargue 2010, 25, 317 ; Leca 2014, 41).

La jurisprudence n'est pas une tradition juridique française et a même parfois contredit les termes de la constitution, notamment concernant la légitimation et l'adoption des enfants nés hors mariage (Lafargue 2010, 101). Pourtant, elle est indispensable et centrale dans le paysage juridique calédonien aujourd'hui, et le juge de la juridiction de Koné, Mr Rodriguez qui proposait la mise en place d'un recueil de jurisprudence coutumière kanak en 2012 (63) a vu son idée se concrétiser avec le travail d'une équipe de recherche dirigée par M. Cornut, le recueil devrait être accessible dès l'an prochain. Une reconnaissance partielle et implicite de ce que Lafargue qualifie de « fait » coutumier, appelé fait normatif par Gurvitch et non droit par le Doyen Carbonnier est alors perceptible (2010, 171).

Pourtant, malgré ces avancées, ces juridictions sont confrontées à plusieurs défis : d'abord celui relatif aux règles coutumières applicables, qui sont l'expression des valeurs culturelles kanak, définies dans le domaine du civil par les actes coutumiers recueillis par les OPC ainsi que dans la Charte du peuple kanak, mais dont la dimension pénale est complètement passée sous silence. De même, il a été remarqué que le système de nomination des assesseurs coutumiers ne suit pas la procédure de désignation coutumière (Lafargue 2012, 79), ce qui vient entacher leur crédibilité. Ensuite la question concernant la capacité de la juridiction biculturelle de prendre les décisions adaptées et donc d'atteindre une légitimité qui reste lacunaire se pose (Rodriguez 2012, 69). Effectivement, bien que la justice coutumière avec assesseurs coutumiers et la justice autochtone des instances claniques et inter claniques se complètent mutuellement pour donner lieu à une nouvelle forme de justice, celle-ci est sujette à contestations en raison de sa nature novatrice. La difficulté engendrée par la confrontation des logiques individualistes européennes et collectivistes kanak est le troisième défi des juridictions biculturelles, car même si elles sont un espace de reconnaissance de la coutume et qu'elles mettent en œuvre le droit autochtone, celui-ci doit rester

conforme aux principes d'ordre public de la République, ce qui est un défi de taille à relever (Lafargue 2010, 170). Face à ces difficultés, défiance et replis identitaire sont monnaie courante et le travail entamé n'est que le début d'un long processus.

Il est évident que les mécanismes de pluralisme juridique sont atténués en Nouvelle-Calédonie, puisque les corpus normatifs ne sont pas égaux. Le Sénat Coutumier, dans la Charte du peuple kanak, parle même d'un pluralisme juridique pour le moment « hégémonique » qu'il faudrait transformer en un système « coopératif » (Nouvelle-Calédonie, 2013). Pourtant, ces mécanismes de pluralisme juridique sont la façon dont les Kanak se sont servis du droit offensivement afin de faire reconnaître leur normativité en imposant certaines restrictions et en édictant certaines règles. Les trois critères élaborés par Noreau et Vallet soit : le réaménagement des droits politiques de la majorité en faveur de la minorité, le pouvoir sur la définition de la normativité juridique et la réinstauration de l'effectivité du droit sont tous observables. Le réaménagement des droits politique illustre également la mise en œuvre concrète d'un libéralisme culturel. Cependant, le fait d'utiliser le droit comme ressource n'est pas l'assurance d'une reconnaissance complète et irrévocable. Car le droit peut être utilisé comme arme offensive de reconnaissance des particularités mais peut simultanément être un outil défensif de maintien de la souveraineté de l'État sur un territoire.

#### **D- Le droit comme bouclier de l'État contre la perte complète de son contrôle**

Les modalités d'exercice des rapports de force majorité-minorité varient selon que le centre politique recourt à une conception instrumentale ou symbolique du droit expliquent Noreau et Vallet (2005). Dans notre étude de cas, il s'agit d'une perspective instrumentale où l'État français alimente une dépendance financière de l'administration territoriale et particulièrement du Sénat

coutumier à son égard. Il entretient par ce biais la « dépendance normative de la minorité par rapport à la majorité » (Noreau et Vallet 2005, 21). Cette instrumentalisation est en effet vectrice d'une hiérarchie induite par la décentralisation du pouvoir mis en place par l'État français en Nouvelle-Calédonie (1). Par ailleurs, comme le soutient Abel, « l'usage du droit à des fins politiques est plus pertinent quand il s'agit de se protéger contre des atteintes aux libertés que lorsque l'objectif est d'en conquérir de nouvelles » (Israël 2009, 31), et cette affirmation est clairement perceptible lorsque l'on observe les limites imposées à l'exercice des droits acquis par la minorité (2) que nous venons de discuter.

### 1. *Décentralisation à la française*

En dépit de la structure centralisée unitaire présentée en première partie, des phénomènes de déconcentration et de décentralisation prennent place dans les États unitaires, et c'est ce qu'illustre l'exemple de l'autonomie accordée aux TOM en 1958. La décentralisation se concrétise par le transfert de compétences de l'État français à la Nouvelle-Calédonie qui intervient depuis une vingtaine d'années et révèle une manière pour l'État d'utiliser le droit comme bouclier afin de maintenir son lien avec cette collectivité *sui generis*. Comme le clamait le député Michel Bulliard, l'autonomie est, selon lui, une « variante de la décentralisation » (Joyau 2004, 83). L'autonomie interne accordée à la Nouvelle-Calédonie par le statut Lemoine, étincelle ayant provoqué les Évènements, est donc typique de cette décentralisation républicaine et ne présage pas nécessairement l'autonomie interne et externe jusqu'à l'indépendance du territoire. Notamment, les compétences et responsabilités des institutions développées localement dans le cadre des Accords de paix et d'autonomie présentés en introduction sont une illustration pertinente du lien maintenu par l'État. Effectivement, ce sont le Congrès et le Gouvernement bien plus que le Sénat coutumier et les Provinces qui sont touchés en premier lieu par ce transfert de compétences.

C'est la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République du 28 mars 2003 qui concrétise la « volonté du législateur de préserver les spécificités présente un caractère unique et particulier puisque, comme l'indique le préambule de l'Accord de Nouméa : « les compétences transférées ne pourront revenir à l'État, ce qui traduira le principe d'irréversibilité de cette organisation » (Accord de Nouméa). En effet, en raison de la « valse des statuts »<sup>19</sup> expérimentée pendant les Évènements de 1984 à 1988, cette constitutionnalisation du principe d'irréversibilité permet à la Nouvelle-Calédonie de ne plus être sujette aux changements politiques métropolitain et de pouvoir s'autonomiser dans un processus institutionnel temporel bien singulier. Par ailleurs, le chapitre II du Titre III (articles 99-107) de la LO relatif aux les « Lois du Pays » représente une innovation sans précédent pour la République car, explique Lavorel « l'État ne cherche plus à homogénéiser les différences entre les territoires, mais leur accorde un véritable droit de cité, valorisé par une législation *ad hoc* autonome dont le champ se restreint à l'archipel » (2007, 263). Ces éléments convergent et fondent ce que l'auteur qualifie pertinemment de « droit constitutionnel local » (2007, 270), bien que celui-ci prenne tout son sens, sa légalité et légitimité dans la Constitution française.

Au premier abord, donc, le transfert de compétence doublé du principe d'irréversibilité semble être un outil d'émancipation exemplaire pour permettre l'autonomie du territoire. Comme nous l'avons expliqué précédemment, le droit international et français ne permettent pas l'autonomisation externe d'un groupe au sein d'un ensemble étatique et définissent strictement les possibilités exclusives d'une autonomie interne. Par ailleurs, la LO est ambiguë dans ses attributions car, bien qu'elle institue une compétence de principe<sup>20</sup> au bénéfice des provinces, celui-ci se transforme en principe d'exception dans les faits (Faberon 2012, 171) car concrètement, aucune compétence n'est exclusivement attribuée aux provinces. Par conséquent, l'État conserve

---

<sup>19</sup> Application de plusieurs statuts consécutifs se renforçant ou s'annihilant les uns les autres.

<sup>20</sup> Compétence applicable lorsqu'aucune disposition explicite ne bénéficie à une autre institution.

les compétences régaliennes, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie est compétent en matière de fiscalité, dans le secteur social et de la santé, les services publics, le secteur coutumier, le commerce, l'économie, les communications et la réglementation des ressources et domaines ; les provinces sont compétentes en matière d'enseignement - adaptation des programmes aux contextes - et participent à la compétence étatique des relations extérieures (Faberon 2012, 183-184). Le transfert de compétence est donc un outil d'assise de sa souveraineté pour l'État. Un transfert de compétence plus important vers les Provinces aurait pu voir se profiler une autonomie plus importante pour la population qui la revendique puisque comme nous l'avons expliqué en introduction, les regroupements communautaires sont perceptibles via les Provinces. Octroyer davantage de pouvoir à celles-ci aurait été un pas en plus vers la prise en compte des particularismes. Mais le Congrès est la seule institution à ce jour à avoir un pouvoir législatif.

## *2. Limites aux concessions faites*

La décentralisation, prévue à des fins d'autonomisation territoriale, permet à l'État de garder le contrôle en s'assurant, en plus du droit international et national, de la difficulté pour une communauté distinctive d'accéder à l'indépendance. De plus, comme l'affirment Noreau et Vallet, la mobilisation du droit pour permettre l'exercice de droits acquis est la forme de reconnaissance politique la plus fragile en raison des remises en question par la majorité dont elle est l'objet (2005, 13), nous allons le démontrer.

### *i. La dimension anti démocratique et discriminatoire des réaménagements des droits politiques*

Plusieurs problèmes de légitimité subsistent aujourd'hui quant au réaménagement des droits

politiques de la majorité en faveur de la minorité. Effectivement, ce genre de mesures qui ont d'habitude un caractère plus incitatif que contraignant (Calvès 2004, 16) sont singuliers en raison de la contrainte dont ils sont porteurs mais également en raison du cadre normatif au travers duquel ils existent. Qu'il s'agisse des politiques de l'emploi local qui peinent à acquérir une certaine effectivité, ou de la loi relative au gel du corps électoral, les remise en question sont de mise et ne cessent de mettre en exergue la discrimination inconstitutionnelle qu'elles engendrent bien que, comme l'explique Calvès « la discrimination positive consiste bien à créer juridiquement une inégalité pour promouvoir, dans les faits, l'égalité » (2004, 32). Selon Le Pourhiet de telles stratégies – elle cite expressément le titre XIII de la Constitution qui consacre le droit du sang en Nouvelle-Calédonie et donc concerne la composition du corps électoral et l'accès à l'emploi (256) - qu'elles soient élaborées à des fins égalitaires, pour avoir autant de droits, ou différentialistes, pour permettre un traitement différentiel permettent un « *self service* normatif » qui mène à une subjectivisation excessive du droit (2002, 260). Pourtant, le cadre juridique qui détermine les conditions qui forment les bases du régime de discrimination positive est plutôt clair : « la préférence ne doit pas être permanente, ni excessive, elle doit être flexible et ne doit pas être exclusive » (Calvès 2004, 34-37). Il est cependant extrêmement difficile dans les faits de suivre ces bases et surtout de voir où se posent leurs limites.

## ii. Limites en termes de définition de la normativité juridique

La définition de la normativité juridique, dépeinte comme exemplaire par de nombreux auteurs, rencontre plusieurs limites notamment en termes de droit pénal pour le corpus normatif coutumier, de pouvoir décisionnel et d'autonomie pour le Sénat coutumier.

Le Droit Coutumier et le Statut Civil Coutumier sont confrontés à une limite normative majeure : ils ne traitent que du droit civil. On assiste ainsi à l'émergence d'un non-droit pénal problématique

quant à l'octroi d'un pouvoir sur la définition de la normativité juridique. Comme l'explique clairement Lafargue, on se trouve en Nouvelle-Calédonie en présence d'un droit « « particulier » sur le plan civil et « universaliste » sur le plan pénal » (2010, 21). Effectivement, malgré le processus de reconnaissance de l'identité kanak et donc de la coutume engagé il y a plus de 30 ans, les autorités coutumières sont limitées dans leur exercice par le principe d'unité du droit pénal, ce qui engendre un conflit de légitimité plutôt que de norme. Évidemment, ce déficit a des implications sur la capacité de ces autorités (auxquelles on nie toute autorité) à réguler la société et répondre à la délinquance juvénile (Lafargue 2010, 180). On se trouve selon Leca et le Sénat Coutumier en présence d'un pluralisme juridique hégémonique - perceptible à l'article 75 de la Constitution - puisque les normes pénales coutumières sont abaissées « au rang de sous-catégorie » (2014, 34). Deux avis de la Cour de cassation viennent appuyer cette idée. D'abord celui du 10 octobre 2000 selon lequel :

« Aucun texte ne reconnaît aux autorités coutumières une quelconque compétence pour prononcer des sanctions à caractère de punition, même aux personnes relevant du statut coutumier. L'État reste à ce jour compétent en matière de justice, d'ordre public et de garanties des libertés publiques. » (Avis du 10/10/00)

Ensuite, celui du 15 avril 2007 qui vient compléter ce premier et qui conclut que « la juridiction pénale [est] incompétente pour statuer sur les intérêts civils lorsque toutes les parties sont de statut civil coutumier kanak ». Heureusement, la modification de la LO datant du 15 novembre 2013 vient partiellement répondre à ce problème puisqu'en cas de réparations civiles dans le cadre d'un procès pénal, lorsque les deux parties sont de statut civil coutumier, c'est le droit coutumier qui est désormais appliqué. Malgré le fait que cette dernière décision consacre le pluralisme juridique de la part de la cour de cassation dans le sens où le Code civil n'est plus la norme applicable et vient en parallèle de la coutume - qui n'est plus considérée comme de l'infra droit mais comme une source de droit à part entière -, l'autorité des soi-disant « autorités

coutumières » reste négligée ; la position de l'État français comme seul garant de l'ordre public est donc réaffirmée. Pour Leca, il s'agit d'un « vestige de l'époque coloniale » puisqu'il est illogique de dissocier « le corps des règles des sanctions qui les assortissent lorsqu'elles sont violées » (2014, 33). Quand à Lafargue, il argumente qu'il s'agit d'un statut personnel paradoxal « car la spécificité juridique est reconnue et approfondie sur le plan civil, mais fragilisée par le principe d'unité du droit pénal », puis, de surcroît, que cette reconnaissance partielle déroge au principe de spécificité législative et contredit les fondements du droits autochtones (2010, 36, 145). Le fait que l'autorité soit purement et simplement déniée aux autorités coutumières vient drastiquement remettre en question la reconnaissance *de jure* enclenchée avec la LO. D'ailleurs, est-il, dans ces circonstances, pertinent de qualifier ces représentants d' « autorités » coutumières ?

Le pouvoir octroyé pour la définition de la normativité juridique est également limité au vu du peu de pouvoir et d'autonomie accordé au Sénat coutumier. Ses compétences, énumérées plus haut, traitent strictement des signes identitaires de la Nouvelle-Calédonie et des affaires coutumières. Le pouvoir de définition de la norme est donc cantonné aux affaires en lien direct avec les questions identitaires. Par ailleurs, les seules lois proposées par le Sénat coutumier au Congrès n'ont jamais été adoptées. Cette institution souffre donc de restrictions considérables au niveau de son pouvoir décisionnel et de ses capacités d'actions, sa marche de manœuvre est critiquable car purement consultative et ses compétences limitées (Leca 2014, 63 ; Blaise 2012, 310). Il existe ainsi une « double faille juridique » selon François Feral puisque le Congrès détient le pouvoir législatif et décisionnel ultime, et le Sénat coutumier a « vocation à être co-auteur de la législation civile coutumière » mais cette vocation n'est actuellement pas permise par son mandat (Leca 2014, 63) puisque celui-ci ne lui donne que la possibilité de délibérer et donner son avis sur les lois du pays intéressant l'identité kanak exclusivement. Ainsi, on remarque à travers cette institution, qui pourtant devrait être vectrice d'un plus grand contrôle du peuple kanak sur son destin, des problématiques qui entachent grandement sa place et son rôle en tant que

représentante et défenseuse de la coutume. Au vu de ces limites en termes de définition de la norme, il semble évident que d'autres problématiques se posent en aval, concernant l'effectivité du droit

iii. Réinstauration illusoire de l'effectivité et de la légitimité du droit

Les limites présentées ci-dessus concernant le réaménagement des droits et le pouvoir sur la définition du droit concourent à la fragilisation de l'effectivité du droit réinstauré récemment. D'abord, l'inexistence d'un droit pénal coutumier est une limite conséquente à l'effectivité du droit, et l'inégalité des statuts civils montre l'illusion portée par cette soi-disant réinstauration de l'effectivité du droit. D'autres éléments viennent en plus s'ajouter à ceux-ci, notamment les problèmes de légitimité auxquels fait face le Sénat Coutumier et la Charte du Peuple Kanak.

Si le droit pénal veut conserver sa place et « survivre » en Nouvelle-Calédonie, il devra nécessairement s'assouplir (Lafargue 2010, 182). Mais la coutume véhicule une vision diamétralement opposée des droits et devoirs dans la société kanak. Se pose alors le problème de l'illégitimité et du manque de crédibilité et donc d'effectivité des sanctions et procès pénaux aux yeux de certains Kanak. Le cas d'espèce de l'affaire d'adultère de Neami en 1996 montre bien cela puisque les coutumiers de l'un des clans décidèrent d'infliger des sanctions corporelles coutumières à la personne reconnue « coupable », et la temporalité du processus de pardon kanak fut particulièrement mis en exergue dans le compte rendu du législateur (Lafargue 2010, 169-170).

Les écrits d'Eric Rau, premier ethnologue de la culture kanak, abordaient déjà la distinction entre justice punitive et justice restaurative en 1944. Effectivement, le droit punitif - dire et appliquer le droit - occidental et la conception du devoir et de la gestion des conflits à des fins de rétablissement de la paix dans la société kanak sont extrêmement distinctives l'une de l'autre

(Lafargue 2010, 192, 207). Evidemment, cette divergence de perception implique nécessairement une divergence dans la façon de faire justice. Concrètement, c'est le rôle du juge qui matérialise cela : on passe d'un juge « figure d'autorité », - ou du paradigme de l'État juge - dans la conception occidentale à un juge « faiseur de paix » dans la conception traditionnelle (Lafargue 2010, 320-1). Le juge faiseur de paix est donc porteur d'une justice dite « restauratrice » qui a pour but d'accentuer le pardon plutôt que la punition. Elle se manifeste par la coutume du pardon dans la société kanak, réparation dont l'objectif est de maintenir ou de rétablir les relations sociales coutumières rompues par un acte commis en violation des obligations coutumières (Frezet 2012, 84). Un tel procédé est essentiel dans une société du lien et du respect et ne peut intervenir qu'à l'issue d'un long processus (Rodriguez 2012, 76). Il s'agit donc d'une réparation symbolique : le conflit n'est pas confisqué par l'État mais est géré par la communauté. Négliger cette distinction revient à prendre le risque de troubler l'ordre public comme l'illustrent l'exemple des pays africains qui ont fait table rase de leur droit coutumier et ont de ce fait créé un fossé entre la population et la justice (Lafargue 2010, 319, 343, 200). Un « glissement de conception » vers une justice restauratrice plus adaptée « à la conception océanienne de traitements des litiges » a déjà été perceptible avec l'établissement des assesseurs coutumiers et des juridictions biculturelles mais reste clairement insuffisante (Lafargue 2010, 183, 315).

De plus, la transcription de la coutume qui s'est faite à travers l'élaboration de la Charte du Peuple Kanak et de la jurisprudence fait couler beaucoup d'encre. D'abord parce que comme l'expliquent Antoine Leca et Régis Lafargue en prenant l'exemple de l'Afrique du Sud, « rédiger la coutume c'est [prendre le risque de] la dénaturer [...] la discréditer » (2014, 55-6 ; 2010, 24,47). Effectivement, bien que l'objectif initial de transcription de la coutume soit louable, celle-ci pourrait la desservir puisque « ce sera le législateur local qui écrira le droit et la coutume judiciaire perdra la position privilégiée qu'elle détient aujourd'hui dans le processus de création juridique et les juridictions pourront se passer des assesseurs coutumiers » (Lafargue 2010, 28).

Le risque se trouve alors dans l'élaboration d'un droit qui ne corresponde plus aux réalités qui l'ont fait exister, en d'autres termes : « si la coutume judiciaire s'éloigne trop du droit traditionnel elle s'expose à trahir ses sources et à devenir un droit coupé de la société qu'il est censé servir » (Lafargue 2010, 30). Comme le soutient Lafargue, le but de cette coutume judiciaire n'est pas de figer le droit traditionnel mais plutôt de participer d'une meilleure connaissance de ce droit et de l'interroger (2012, 209). Le juge Rodriguez, juge de la juridiction de Koné en Province Nord, soutient que la reconnaissance octroyée à la coutume n'a pas pour objectif de la civiliser (2012, 770). Ainsi, un travail ardu attend les législateurs calédoniens qui devront faire preuve d'une écoute attentive et d'un « décentrement » culturel important. Le Senat Coutumier est la matérialisation institutionnelle d'une hybridation juridique. Sa position médiane entre deux visions différentes du monde et de la société rappelle l'importance de considérer la coutume dans son intégralité et donc également au niveau pénal.

En outre, avec les efforts fournis pour normaliser le droit civil coutumier et le statut civil qui lui est rattaché, on comprend que la dualité statutaire est une réalité incontestable sur la scène juridique calédonienne, pourtant plusieurs limites sont encore perceptibles par rapport à l'égalité de ces statuts civils. Fondamentalement, l'article 75 du titre XIII de la Constitution, consacré par la réforme constitutionnelle du 20 juillet 1998, rappelle l'existence d'une dualité juridique en Nouvelle-Calédonie. Pourtant, cet article comporte une « orientation assimilationniste sous-jacente » en assumant que les personnes de statut coutumier finiront par y « renoncer » (Lafargue 2010, 90-1). La LO et son article 7 sont donc venus atténuer cela en soulignant qu'en cas de conflit de normes la primauté du droit commun n'est plus systématique, tout comme la décision de la cour de cassation no 08-20843 de 2010 qui affirme qu'« il ne peut y avoir aucune sorte de primauté du statut commun sur les statuts particuliers » (Lafargue 2010, 89, 297 ; Leca 2014, 42). Or, les faits viennent contredire ces textes puisque dans les cas où deux individus répondent à un statut

différent, c'est le droit français qui est appliqué sur la base de l'article 9<sup>21</sup> de la Loi Organique (Leca 2014, 42). De plus, l'intégration d'un citoyen de droit commun dans une communauté ou famille de droit coutumier reste aujourd'hui impossible, rappelant la fonction assimilationniste univoque des textes de droit au profit du droit commun. Similairement, les avis de la cour de cassation du 16 décembre 2005<sup>22</sup> et du 15 janvier 2007<sup>23</sup> illustrent l'obstination du droit commun à vouloir réguler les rapports entre les personnes de statut coutumier en se substituant à leur système normatif coutumier (Lafargue 2010, 101, 52-3).

Enfin, le Sénat coutumier étant une émanation de l'article 22 de la LO est le fruit du « droit français, pas de la coutume » (Leca 2014, 60-1). Il n'est pas rare d'entendre cette critique qui a été formulée par le grand chef Nidoish Naisseline, le père Apikaoua ou le porte-parole du Congrès Populaire Coutumier Kanak, Roger Cho. Pourtant, selon Antoine Leca, « un tel souci de pureté coutumière ne pourrait conduire qu'à remettre en cause le meilleur de ce qui a été construit dans ce pays depuis des tragiques Évènements des années 1980 » (2014, 61). Peut-être le souci n'est-il pas la recherche d'une « pureté coutumière » à proprement dite, mais plutôt la volonté d'actions plus appropriées, accessibles et concrètes ? Car nombreuses sont les critiques concernant le manque de lien entre les chefferies et leurs clans et les divergences de fonctionnement et d'organisation « qui paraissent empêcher une véritable expression pluraliste de ces autorités » (Wamytan 2012, 141). De même, parce que les modes de désignation des autorités coutumières ainsi que les porteurs du droit dans la tradition kanak n'ont rien à voir avec l'organisation

---

<sup>21</sup> "Dans les rapports juridiques entre parties dont l'une est de statut civil de droit commun et l'autre de statut civil coutumier, le droit commun s'applique.

Dans les rapports juridiques entre parties qui ne sont pas de statut civil de droit commun mais relèvent de statuts personnels différents, le droit commun s'applique sauf si les parties en disposent autrement par une clause expresse contraire."

<sup>22</sup> "En conséquence, en application de l'article 19 de la loi, lorsqu'elle statue en matière d'assistance éducative à l'égard de parents et d'enfants de statut civil coutumier kanak, la juridiction civile de droit commun est complétée par des assesseurs coutumiers. » (Avis no 005 0011 du 16 décembre 2005)

<sup>23</sup> "En conséquence, la juridiction pénale, à laquelle ne sont pas applicables les articles 2 et suivants de l'ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982, dont le sens et la portée n'ont pas été modifiés par l'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 portant refonte à droit constant du code de l'organisation judiciaire, est incompétente pour statuer sur les intérêts civils lorsque toutes les parties sont de statut civil coutumier kanak." (Avis no 0070001P du 15 janvier 2007)

occidentale, on se trouve dans une situation délicate où la reconnaissance des autorités est fragilisée à l'interne comme à l'externe, dans une situation de double déficit de légitimité et de crédibilité pour les corps censés représenter l'autorité : étatiques et coutumiers (Leca 2012, 58-9).

Le droit, du côté de l'ordre ou du peuple, comme bouclier ou comme épée, quel que soit la façon dont son utilisation comme épée est élaborée est un outil dont la schizophrénie est surprenante (Israël 2009). Parce que la République a mis en place un régime particulier, antirépublicain, en Nouvelle-Calédonie et qu'elle a par la suite manipulé le droit à l'autodétermination à tel point que ce dernier a perdu une grande partie de sa substance, le peuple kanak a dû trouver un moyen de faire valoir les droits qui lui restent en poussant l'État à l'élaboration. C'est au travers de ces évolutions que le « droit outil » est perceptible, tantôt mobilisé politiquement par les Kanak à des fins d'exercice des droits acquis, dont certains sont une expression du libéralisme culturel de Kymlicka, tantôt récupéré par l'État pour conserver sa souveraineté sur ce territoire. Le paradoxe inhérent au droit est ainsi clairement perceptible au travers de cette analyse de cas et est une manifestation évidente, selon nous, de l'ère postmoderne et d'un certain postmodernisme de l'État français.

## Conclusion du chapitre 2

La forme westphalienne et républicaine de l'État-nation s'exporte mal en outremer français. Le républicanisme et ses aspirations nationales (unité, homogénéité) sont, dans le contexte mondial contemporain, obsolètes. Pourtant, en dépit de cette réalité, le républicanisme français, connu pour sa rigueur parfois contradictoire au vu de l'autonomie précoce qu'il a accordé à ses TOM, s'est engouffré seul dans une crise d'effectivité et de légitimité du droit porté par l'État ; résultat logique

de sa position intransigeante vis-à-vis de la réalité hétérogène qu'il administrait. Heureusement, l'unitarisme de sa structure permet la décentralisation de l'appareil étatique et laisse progressivement place à une gestion exceptionnelle de la diversité en Nouvelle-Calédonie. Cette gestion sans précédent de la part de la république est manifeste d'une utilisation du droit par des protagonistes dont les intérêts sont opposés : le peuple autochtone kanak et l'État français.

Alors que le traitement différentiel, antirépublicain par nature, est en fait une réalité pendant soixante ans sur le Caillou, la différenciation qu'il creuse à des répercussions difficilement rectifiables sur le plan économique, politique, social et identitaire. Progressivement, une construction nationale autochtone voit le jour et se dirige vers des revendications autonomistes et de reconnaissance de la diversité qui mettent à mal les principes de la Métropole. Cependant, les normes qui encadrent l'autodétermination possible en Nouvelle-Calédonie complexifient son accession, en raison notamment de l'inconstitutionnalité d'une reconnaissance des droits collectifs. Les positions médianes qui ont émergées de ce débat et constituent aujourd'hui des solutions concrètes aux problématiques de gestion de la diversité culturelle et à la reconnaissance des minorités permettent néanmoins de remédier à ces limites et de faire avancer ces problématiques. En Nouvelle-Calédonie, c'est l'utilisation paradoxale du droit comme ressource qui marque particulièrement les rapports entre majorité et minorité et permet certaines avancées en dépit des limites présentées. D'une part, celui-ci est une arme offensive à disposition des Kanak pour une reconnaissance progressive et assurée de leur autonomie au travers des réaménagements des droits de la majorité en leur faveur, du pouvoir qui leur est accordé en termes de définition de la normativité juridique et de la réinstauration de l'effectivité du droit entamée par le biais de plusieurs innovations. Pourtant, d'autre part, le droit est également un bouclier au service de l'État pour conserver son contrôle. Celui-ci s'en sert au travers de la façon dont il décentralise son appareil en Nouvelle-Calédonie mais également via certaines limites qu'il

parvient à imposer aux concessions faites aux droits acquis grâce à son utilisation instrumentale du droit.

Ce sont donc l'utilisation paradoxale du droit, la nature d'un des groupes impliqués, son maniement comme bouclier de la part de son utilisateur privilégié, ce qu'il permet au niveau structurel étatique et son illustration, dans une certaine mesure, d'un culturalisme libéral qui sont manifestes d'une période qui ne s'inscrit clairement pas dans un contexte moderne et ne répond pas aux critères de la modernité. Le postmodernisme de la situation étudiée est évident à plusieurs égards et représente sans doute une piste de solutions aux problématiques de notre temps.

## CONCLUSION

L'ère moderne, marquée par les Traités de Westphalie, a changé les dynamiques mondiales en 1648. Elle a érigé l'État comme acteur central de l'arène internationale qui s'est vu progressivement attribuer des caractéristiques qui, en 2017, conservent leur importance. La nation s'est progressivement enracinée dans la structure étatique pour en devenir un attribut indissociable. Pour parvenir aux systèmes démocratiques qui permettent le transfert de la souveraineté à l'État au travers de la volonté populaire, les régimes politiques des États occidentaux se sont adaptés. La mise en place de la souveraineté populaire et l'individualisation des rapports sociaux ont ainsi progressivement laissé place aux principes d'autodétermination et de choix des peuples consacrés en droit international. Les attributs constitutifs de l'État moderne ont par ailleurs été confirmés et légitimés grâce à la tradition juridique positiviste et à l'État de droit qui y est rattaché. Ces deux éléments ont su s'imposer mondialement et sont désormais des constituants incontournables de la structure étatique. Ils sont caractéristiques de la modernité, pensés pour permettre une plus grande liberté et ouvrir la voie à l'émancipation, et ont parallèlement mis en place certains outils pour questionner et réformer ces bases. En effet, liberté et émancipation ont laissé place à la remise en question de certains standards et ont engendré des mouvements revendicateurs et contestataires, portés par un contexte mondial qui y est propice ; résulte de ces bouleversement pluridimensionnels l'expérience postmoderne.

Cette expérience postmoderne est pensée comme celle où l'État garde sa prééminence mais où certaines de ses caractéristiques sont questionnées : sa souveraineté devient polycentrique, le pluralisme de sa nation ne peut plus être manipulé comme il l'était au cours de la modernité. Ces bouleversements ont des conséquences sur l'édiction des normes et leur utilisation. Concrètement donc, les émanations de cette nouvelle phase se retrouvent dans certaines caractéristiques de l'État. Dans sa version postmoderne, l'État voit sa nation et sa démocratie évoluer drastiquement,

parfois en contradiction avec certains principes modernes, parfois allant dans la continuité de ceux-ci. Le droit postmoderne quant à lui est caractérisé par le pluralisme juridique qui le constitue et la reconnaissance de certaines minorités. L'émergence de nouveaux mouvements sociaux, le débat entre libéraux et communautariens, le libéralisme culturel et le « droit outil » puis les méthodes de mobilisation politique du droit sont autant d'éléments qui permettent la reconnaissance ou la consécration des droits des minorités, qui à la fois s'opposent à certains principes modernes tout en utilisant des outils d'édification et de légitimation qui en sont distincts. Se profilent alors des situations typiquement postmodernes.

Pour mettre en application ce cadre théorique, nous avons choisi d'utiliser une méthode qualitative, à travers l'organisation d'entretiens, et quantitative, au travers de recherches documentaires. Cependant, les données qualitatives recueillies n'ont pas pu être utilisées en raison de lacunes méthodologique et de la modification de problématique survenue après leur déroulement. Malgré cela, les orientations et réflexions des répondants nous ont permises d'avoir une idée précise et transversale des problématiques sociétales que nous avons abordées. Les recherches documentées ont donc constitué nos sources principales d'informations et de données. Ainsi, nous sommes parvenus à identifier une évolution certaine de l'État français au travers de son organisation décentralisée en Nouvelle-Calédonie ainsi qu'un postmodernisme latent en raison de la place prépondérante que conserve sa structure et de l'évolution simultanée que connaît certains de ses attributs, notamment juridiques.

En Nouvelle-Calédonie, nous avons observé une tentative d'exportation échouée des valeurs républicaines, d'abord en raison du rapport d'antagonisme entre le républicanisme et le multiculturalisme, donnée de fait sur ce territoire. Cette dichotomie entre les principes et la réalité a soulevé plusieurs problèmes d'effectivité et de légitimité du droit issu de l'État. La structure étatique unitaire française s'est décentralisée progressivement et a laissé place à une utilisation nouvelle et paradoxale du droit. L'État a imposé un traitement différentiel à la population

autochtone pendant près de 60 ans, traitement antirépublicain dont les conséquences inattendues ont été vectrices d'unification et de revendications pour ce peuple. Par ailleurs, la façon dont le droit à l'autodétermination a été manipulé, les normes qui l'encadrent et l'inconstitutionnalité de la consécration des droits collectifs montrent une utilisation du droit par l'État français à des fins de maintien de sa souveraineté.

Face à ces limites en termes de reconnaissance, et aux limites imposées aux instruments censés leur être bénéfiques, le peuple kanak a mobilisé le droit à des fins d'exercice des droits acquis, comme nous a permis de le démontrer cette catégorie élaborée par Pierre Noreau et Élisabeth Vallet. Le réaménagement des droits politiques de la majorité en faveur de la minorité ont été mis en place au travers de trois outils identifiés : l'élaboration de politiques de discrimination positive sur l'emploi et la participation à certaines élections ; l'octroi d'un pouvoir sur la définition de la normativité juridique avec l'élaboration du droit coutumier, du Sénat coutumier et du statut civil coutumier ; et des stratégies de réinstauration de l'effectivité du droit avec l'élaboration de juridictions biculturelles grâce à la présence d'assesseurs coutumiers et l'institution des OPC . L'analyse de ces outils nous a permis d'illustrer cette forme de mobilisation du droit, extrêmement postmoderne dans son essence puisqu'elle questionne les fondements de l'État, réforme certains de ses éléments structurels, sans complètement la remplacer ou la dépasser. Enfin, c'est l'utilisation par l'État du droit comme bouclier dans le but de conserver sa mainmise sur le territoire que nous avons analysée, au travers de la décentralisation particulière mise en place en Nouvelle-Calédonie et des obstacles érigés à l'encontre de la mobilisation du droit à des fins d'exercice des droits acquis.

Le postmodernisme se manifeste donc au travers d'une utilisation novatrice du droit, de la consécration plus ou moins aboutie du pluralisme juridique ainsi que par le biais de la mobilisation politique du droit à des fins de reconnaissance partielle de certains droits collectifs. On y voit une réinterprétation d'outils usuellement consacrés à l'État : la production de normes et les outils

d'édification nationale, ainsi qu'une remise en question de certains outils attribués aux individus tels que la reconnaissance exclusive des libertés individuelles ou le droit de vote.

Aborder ces questions et problématiques a été un défi de taille en raison, dans un premier temps, de la pluridisciplinarité du sujet traité. À mi-chemin entre la science du droit et la sociologie du droit, cette étude a tenté d'isoler certains indicateurs de sciences sociales pour déterminer la pertinence d'outils juridiques mis en œuvre à des fins que rééquilibrage politique social et économique. Le fait que cette étude se base sur un cas particulier et isolé a posé certaines limites quant à sa généralisation. C'est pourquoi la problématique a été modifiée en cours de route afin de pouvoir ajouter une dimension plus large à cette étude. Ayant conscience du fait qu'un cas unique est restreint, surtout lorsqu'il est si méconnu, il nous est vite apparu que le fait de l'utiliser comme illustration d'un phénomène global pouvait avoir un plus grand intérêt. À l'évidence, les dynamiques et défis auxquels est confronté l'État français sur ce territoire n'ont rien d'unique puisqu'il s'agit de parvenir à une gestion respectueuse et inclusive de la diversité qu'elle soit autochtone ou issue de l'immigration. De manière générale, les questions relatives au dépassement de la « modernité » des États, à la centralité conférée aux nations, aux aspirations séparatistes de certains groupes et à la création d'identités communes au sein de certains ensembles étatiques sont centrales sur la scène internationale contemporaine.

Bien que la Nouvelle-Calédonie soit une émanation du postmodernisme naissant de l'État français, elle ne doit être vue ni comme un aboutissement, ni comme un exemple standardisé à suivre. Dans une mesure conséquente, les indicateurs choisis illustrent l'idée que le Caillou est une émanation du postmodernisme de l'État français avec : l'ajout du titre XIII dans la Constitution, une redéfinition de la démocratie suite à ces revendications minoritaires, la mise en place de mesures de discrimination positive dans l'ensemble républicain, l'utilisation improbable et paradoxale du droit comme épée par une minorité et comme bouclier par l'État, la perte du contrôle de l'édification nationale de l'État et sa réappropriation par un peuple autochtone.

Pourtant, c'est dans une mesure limitée que les mécanismes de pluralisme juridique qui y sont mis en place permettent une consécration du multiculturalisme. En effet, l'État conserve sa souveraineté au travers de son utilisation défensive du droit qui aboutit à une interprétation limitée du droit à l'autodétermination et à une légitimation institutionnelle fragile et partielle du monde coutumier kanak.

A l'heure où nous écrivons ces conclusions, des altercations violentes sont encore à déplorer entre les forces de l'ordre et des groupes de jeunes d'une tribu connue pour engendrer des perturbations. Les critiques à l'encontre du manque de réactivité des responsables coutumiers pleuvent, les questionnements de fond relatifs à une restitution effective de leur autorité, aux solutions concrètes et conjointes pour répondre à ces problématiques enracinées commencent à se faire entendre mais restent isolés et hésitants. La paix en Nouvelle-Calédonie, malgré le postmodernisme qui voit le jour parviendra-t-elle à être maintenue en dépit des multiples limites soulevées dans cette étude et de toute celles que nous n'avons pu aborder ? Le temps nous le dira.

## BIBLIOGRAPHIE

- Abdelhamid, Hassan. 2012. « Les paradigmes postmodernes et la démarche pluraliste dans la recherche juridique ». Dans Ghislain Otis, dir., *Méthodologie du Pluralisme juridique*. Paris : Éditions Karthala, 135-84.
- Bates, Karine. 2013. « La mouvance des droits humains ». Dans Saillant Francine et Karoline Truchon, dir., *Droits et Cultures en Mouvements*. Canada : Presses de l'Université Laval, 27-39.
- Belley, Jean-Guy. 1997. « Le droit comme *terra incognita* : conquérir et construire le pluralisme juridique ». *Canadian journal of law and society* 12 (n° 2) : 1-15.
- Belley, Jean-Guy. 2011. « Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit ». *Canadian Journal of Law and Society* 26 (n° 2) : 257-76.
- Bellier, Irène. 2012. « Les peuples autochtones aux Nations-unies : un nouvel acteur dans la fabrique des normes internationales ». *Critique Internationale* 54 (n° 1) : 61-80.
- Bellina, Séverine. 2012. « L'analyse plurale du droit : enjeux épistémologiques et responsabilité du jeune chercheur ». Dans Ghislain Otis, dir., *Méthodologie du Pluralisme juridique*. Paris : Éditions Karthala, 25-52.
- Bensa, Alban et Eric Wittersheim. 2014. « En Nouvelle-Calédonie, société en ébullition, décolonisation en suspens ». *Le Monde diplomatique* (juillet) : 18-9.
- Benyekhlef Karim. 2008. « Vers un droit postnational ? Un court essai sur le droit cosmopolitique comme modèle de gouvernance globale ». Dans Louise Rolland et Pierre Noreau, dir., *Mélanges Andrée Lajoie*, Montréal : les Éditions Thémis : 907-76.
- Blaise, Severine. 2012. « Quel équilibre des installations d'exploitation minière ? : entreprise citoyenne, la SLN participe activement au rééquilibrage ». Dans Jean-Yves Faberon et Thierry Mennesson, dir., *Peuple premier et cohésion sociale en Nouvelle-Calédonie, Identités et Rééquilibrages* (actes du colloque tenu à Nouméa les 30 et 31 aout 2012). Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 309-38.
- Bleiker, Roland. 2011. « Postmodernism ». Dans Richard Devetak, Anthony Burle et Jim George, dir., *An Introduction to International Relations*. Cambridge : Cambridge University Press : 86-94.
- Beardsworth, J. Richard. 2011. « Postmodernism in International Relations ». Dans Bertrand Badie, Dirk Berg-Schlosser et Leonardo Morlino, dir., *International Encyclopedia of Political Science*. Thousand Oaks : SAGE Publications, 1-5.
- Beya Malengu, Bertin. 2012. *L'État nation à l'épreuve de la mondialisation*. Louvain-la-neuve : Academia l'Harmattan.
- Brunel Mathieu, Gorohouna Samuel, L'Horty Yannick, Petit Pascale et Catherine Ris. 2016. « Discriminations ethniques dans l'accès au logement : une expérimentation en Nouvelle-Calédonie ». *Cahiers du LARJE* (2016-2) : 3-34.

- Calvès, Gwénaëlle. 2004. *La discrimination positive*. Paris : Presses Universitaires de France.
- Carré de Malberg. 1920. *Contribution à la théorie générale de l'État*. Paris : Éditions du CNRS.
- Chatel, Luc. 2012. « Discrimination reconnue ». *Les Nouvelles Calédoniennes* (8 décembre). En ligne. [http://www.ldhnc.nc/IMG/pdf/discrimination\\_reconnue\\_-\\_Inc\\_081212](http://www.ldhnc.nc/IMG/pdf/discrimination_reconnue_-_Inc_081212) (page consultée le 20 janvier 2016).
- Chauchat, Mathias. 2011. *Les Institutions en Nouvelle-Calédonie*. Nouméa : Centre de Presse de Nouvelle-Calédonie.
- Chevallier, Jacques. 2003. *L'État postmoderne*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Chevallier, Jacques. 2011. *L'État*. Paris : Dalloz.
- Cornut, Étienne. 2010. « La juridicité de la coutume kanak ». *Droit et Cultures* 60 : 1-18.
- Combemale, Pascal. 2010. *Introduction à Marx*. Paris : La Découverte.
- Cuche, Denys. 2010. *La notion de culture dans les sciences sociales*. Paris : La Découverte - Repères.
- Del Rio, Gérard. 1997. « L'indigénat ». *Mwa vée* 15 (janvier) : 6-36.
- Dortier, Jean-François. 2000. « Max Weber sociologue de la modernité ». Dans Philippe Cabin et Jean-François Dortier, dir., *La Sociologie, histoire et idées*. Auxerre : Sciences Humaines Éditions , 39-43.
- Duhamel, Alain. 2015. « La crise identitaire française ». *Libération*. En ligne. [http://www.liberation.fr/france/2015/05/13/la-crise-identitaire-francaise\\_1308861](http://www.liberation.fr/france/2015/05/13/la-crise-identitaire-francaise_1308861) (page consultée le 20 mai 2016).
- Dupret, Beaudoin. 2006. *Droit et sciences sociales*. Paris: Armand Colin, collection cursus.
- Eberhard, Christoph. 2012. « L'impact méthodologique de l'analyse plurale dans l'étude anthropologique des cultures juridiques ». Dans Ghsilain Otis, dir., *Méthodologie du Pluralisme juridique*. Paris : Editions Karthala, 53-96.
- Eller, Jack D. 2002. « La culture au cœur du conflit : l'anthropologie, la différence culturelle et l'argument ethnique ». Dans Isabelle Schulte-Tanckhoff, dir., *Altérité et droit, contributions à l'étude du rapport entre droit et culture*. Bruxelles : Bruylant, 51-87.
- Encyclopédie Larousse. « La Nation ». En ligne. <http://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/nation/72712> (page consultée le 20 mars 2016).
- Faberon, Jean-Yves. 2012. *Des Institutions pour un pays, la Nouvelle-Calédonie en devenir*. Aix-en-Provence : Presses Universitaire d'Aix-Marseille.

Faberon-Tourette, Florence. 2012. « Pauvreté et cohésion sociale : les politiques publiques en Nouvelle-Calédonie ». Dans Jean-Yves Faberon et Thierry Mennesson, dir., *Peuple premier et cohésion sociale en Nouvelle-Calédonie, Identités et Rééquilibrages* (actes du colloque tenu à Nouméa les 30 et 31 août 2012). Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 403-13.

Fondation Danielle Mitterrand. 2009. « La Convention 169 de l'OIT, l'instrument juridique le plus contraignant en matière de droit des peuples autochtones ». En ligne. <http://www.france-libertes.org/?La-Convention-169-de-l-OIT-l> (page consultée le 2 mars 2017)

France. Constitution, 1958. Art. 1.

France. *Constitution*, 1958. Art. 7.

France. Cour de cassation, chambre criminelle. 10 octobre 2000, 00-81959.

France. Cour de cassation. 16 décembre 2005, n°005-0011.

France. Cour de cassation. 15 janvier 2007, n°007-0001.

Frezet, Pierre. 2012. « Politique et réforme foncière en Nouvelle-Calédonie : entre rééquilibrages et reconnaissance ». Dans Jean-Yves Faberon et Thierry Mennesson, dir., *Peuple premier et cohésion sociale en Nouvelle-Calédonie, Identités et Rééquilibrages* (actes du colloque tenu à Nouméa les 30 et 31 août 2012). Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 79-88.

Garde, François. 2012. « Les inégalités socio-spatiales : état des lieux. ». Dans Jean-Yves Faberon et Thierry Mennesson, dir., *Peuple premier et cohésion sociale en Nouvelle-Calédonie, Identités et Rééquilibrages* (actes du colloque tenu à Nouméa les 30 et 31 août 2012). Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 189-203.

Gay, Jean-Christophe. 2012. « Communications et mobilités au service 'une politique cohérente du pays ». Dans Jean-Yves Faberon et Thierry Mennesson, dir., *Peuple premier et cohésion sociale en Nouvelle-Calédonie, Identités et Rééquilibrages* (actes du colloque tenu à Nouméa les 30 et 31 août 2012). Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 189-203.

Gay, Thomas. 2004. *L'indispensable de la sociologie*. Paris : Studyrama.

Gingras, Denis. 1997. « L'autodétermination des peuples comme principe juridique ». *Laval théologique et philosophique* 53 (n° 2) : 365-75.

Graff, Stéphanie. 2012. « Quand combat et revendication kanak ou politique de l'État français manient indépendance, décolonisation, autodétermination et autochtonie en Nouvelle-Calédonie ». *Le Journal de la Société des Océanistes* 134 : 61-83.

Griffiths, John. 1986. « What is legal pluralism ? ». *Journal of legal pluralism* 24 : 1-55.

Guénaire, Michel. 2013. *Le retour des États*. Paris : Bernard Grasset.

Guérard de Latour, Sophie. 2009. « Le multiculturalisme, un projet républicain ». *La revue du CREUM* 4 (n° 2) : 44-54.

Gauchon Pascal et Jean-Marc Huissoud. 2010. *Les 100 Lieux de la Géopolitique*. Paris : Presses Universitaires de France.

Hadj Laure, Gael Lagadec, Lavigne Gérard et Catherine Ris. 2012. « Vingt ans de rééquilibrage en Nouvelle-Calédonie : Démocratisation de l'école mais persistance des inégalités ethniques ». *Formation emploi* 120 : 101-25.

Heywood, Andrew. 2007. *Political Ideologies: An Introduction*. New York : Palgrave MacMillan.

Houdan, Olivier. 2015. « Événements » ou Guerre ? (1981-1989). Conférence tenue au Centre culturel Tjibaou le 26 novembre 2015.

Israël, Liora. 2009. *L'arme du droit*. Paris : Presses Universitaires de Sciences Po.

Institut National des Statistiques et des Études Économiques. 2015. *Recensement de la population en Nouvelle-Calédonie en 2014*. En ligne : [http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?ref\\_id=ip1572#figure8](http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?ref_id=ip1572#figure8) (page consultée le 5 mai 2016).

INSEE. Indice de Gini. En ligne : <https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1551> (page consultée le 21 février 2017)

Joyau, Marc. 2004. « Décentralisation, adaptation, autonomie ». Dans Jean-Yves Faberon, dir., *L'outre-mer français, la nouvelle donne institutionnelle*. Paris : La Documentation Française, 18-41.

Kersting, Norbert. 2011. « Nation Building ». Dans Bertrand Badie, Dirk Berg-Schlosser et Leonardo Morlino, dir., *International Encyclopedia of Political Science*. Thousand Oaks : SAGE Publications, 1-7.

Kervégan, Jean-François. 2004. « Carl Schmitt et « l'unité du monde » ». *Les Études philosophiques* 1 (n° 68) : 3-23. En ligne. <https://www.cairn.info/revue-les-etudes-philosophiques-2004-1-page-3.htm> (page consultée le 2 août 2016).

Kymlicka, Will. 2001. *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism and Citizenship*. Oxford : Oxford University Press.

Kymlicka, Will. 2002. « Le nouveau débat sur les droits des minorités ». Dans Isabelle Schulte-Tanckhoff, dir., *Altérité et droit, contributions à l'étude du rapport entre droit et culture*. Bruxelles : Bruylant, 91-116.

Lafargue, Régis. 2010. *La coutume face à son destin*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

Lafargue, Régis. 2012. « La Coutume et le statut coutumier kanak dans le paysage juridique français : anachronisme ou solution innovante ? ». *Cahier d'anthropologie du droit* (2011-2012) : 165-82.

Landes, Xavier. 2008. *Libéralisme, Republicanisme et minorités*. Thèse de doctorat. Département de philosophie. Université de Montréal.

Laurens, Henry. 2011. « Métropoles et empires coloniaux ». *Le Débat* 2 (n° 164) : 70-84.

Lavorel, Sabine. 2007. *Des manifestations du pluralisme juridique en France : L'émergence d'un droit français des minorités nationales*. Thèse de doctorat. Faculté de Droit. Université Pierre Mendès France- Grenoble II.

Leca, Antoine, 2014. *Introduction au droit civil coutumier kanak*. Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix- Marseille.

Le Pourhiet, Anne-Marie. 2002. « Revendication égalitaire et droit à la différence : les paradoxes du post-modernisme ». Dans Norbert Rouland, dir., *Le droit à la différence*. Aix en Provence : Presses Universitaires d'Aix Marseille, 251-61.

Libération. 2008. « La France ne reconnaît pas l'existence des peuples indigènes sur son territoire ». En ligne. <http://www.liberation.fr/planete/2008/12/11/la-france-ne-reconnait-pas-l-existence-de-peuples-indigenes-sur-son-territoire-653123> (page consultée le 5 septembre 2016).

Ligue des Droits de l'Homme de Toulon. 2008. *La Nouvelle-Calédonie, colonie de peuplement*. En ligne. <http://ldh-toulon.net/la-Nouvelle-Caledonie-colonie-de.html> (consultée le 10 septembre 2016).

Lomakina, Irina B. 2005. « Aspects méthodologiques du droit coutumier à la lumière des paradigmes classiques et non classiques ». *Droit et Cultures* 50 (n° 2) : 49-63. En ligne. <https://droitcultures.revues.org/1071> (page consultée le 24 avril 2016).

Lyotard, Jean-François. 1979. *La condition postmoderne*. Paris: Les Éditions de Minuit.

Macdonald, Roderick. 2002. « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées ». *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* 33 : 133-52.

Madinier, Anne-Lise. 2011. *Contribution à la reconnaissance d'un droit autochtone kanak en Nouvelle-Calédonie*. Contrat de collaboration scientifique 2290/2011 /SC/GM entre le Sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie et Le Centre de Recherche sur les transformations de l'action publique de l'Université de Perpignan Via Domitia.

Manga, Jean-Baptiste. 2013. *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*. Thèse de doctorat. Département de droit. Université de la Nouvelle-Calédonie.

Marianne. 2012. « Les Kanak de la prison poubelle de Nouméa inquiètent Christiane Taubira ». En ligne. [http://www.marianne.net/Les-kanaks-de-la-prison-poubelle-de-Noumea-inquietent-Christiane-Taubira\\_a221479.html](http://www.marianne.net/Les-kanaks-de-la-prison-poubelle-de-Noumea-inquietent-Christiane-Taubira_a221479.html) (page consultée le 8 juillet 2016).

Martin, Philippe. 2012. « Adapter les règles de l'espace de travail ». Dans Jean-Yves Faberon et Thierry Mennesson, dir., *Peuple premier et cohésion sociale en Nouvelle-Calédonie, Identités et*

*Rééquilibrages* (actes du colloque tenu à Nouméa les 30 et 31 août 2012). Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 427-30.

Marx, Karl. 1975. *Critique du droit politique hégélien*. Paris : Éditions sociales.

Matthews, Bob and Liz Ross, 2010. *Research Methods, a practical guide for social sciences*. Essex : Pearson Education Limited.

Menot, Denis. 1999. *Grands repères culturels pour l'histoire*. Paris : Hachette Education.

Michalon, Thierry. 2002. « De l'illusion communautaire à l'égalité républicaine : itinéraire d'un fédéralisme jacobin ». Dans Norbert Rouland dir, *Le droit à la différence*. Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 225-49.

Mokaddem, Hamid. 2009. « Le destin commun à l'épreuve du corps à corps électoral en Nouvelle-Calédonie ». *CNEP Université de la Nouvelle-Calédonie* : 1-31.

Montoussé Marc et Gilles Renouard. 2012. *100 fiches pour comprendre la sociologie*. Paris : Bréal.

Moreau Defargues, Philippe. 1991. « L'organisation des Nations Unies et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ». *Politique Étrangère*. 58 (n°3) : 659-71.

Napoleon, Val. 2013. « Thinking about Indigenous Legal Orders ». Dans Coleen Sheppard et Rene Provost, dir., *Dialogue on Human Rights and Legal pluralism*. London : Springer, 229-46.

Nations Unies. 1948. *Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*. En ligne <http://www.un.org/fr/documents/udhr/index2.shtml> (page consultée le 15 mai 2015).

Nations Unies. 2007. *Déclaration des Nations Unies sur les Droits des Peuples Autochtones*. En ligne. [http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_fr.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_fr.pdf) (page consultée le 8 décembre 2014).

Noreau Pierre et Elisabeth Vallet. 2005. « Le droit comme ressources des minorités nationales : un modèle de mobilisation politique du droit ». Dans Pierre Noreau et José Woehrling, dir., *Diversité des appartenances culturelles et réaménagement des institutions politiques et de la citoyenneté*. Montréal : Wilson Lafleur, 55-77.

Nouvelle-Calédonie. 1998. *Accord de Nouméa*. En ligne. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000555817> (page consultée le 20 mars 2016).

Nouvelle-Calédonie. Direction du Travail et de l'Emploi de la Nouvelle-Calédonie. *Emploi local : les éléments fondamentaux de la loi*. En ligne. <https://dtenc.gouv.nc/emploi-local>. (page consultée le 23 décembre 2015).

Nouvelle-Calédonie. 2014. Sénat Coutumier. *Charte du Peuple Kanak : socle commun des valeurs et principes fondamentaux de la Civilisation kanak*. En ligne. [http://www.senat-coutumier.nc/phocadownload/userupload/nos\\_publications/charte\\_socle\\_commun\\_2014.pdf](http://www.senat-coutumier.nc/phocadownload/userupload/nos_publications/charte_socle_commun_2014.pdf) (page consultée le 2 novembre 2015).

Ortega, Jose del Carmen. 2005. *Le pluralisme juridique et les peuples autochtones*. Thèse de doctorat. Département de Droit- Économie Sciences Sociales. Université Panthéon ASSAS (Paris II).

Otis, Ghislain. 2012. « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique ». Dans Ghislain Otis, dir., *Méthodologie du pluralisme juridique*. Paris : Éditions Karthala, 9-24.

Ouattara, Ibrahim et Carole C. Tranchant. 2006. « Multiculturalisme cosmopolite et multiculturalisme pluraliste ». *Canadian Ethic Studies* 38 (n° 3) : 105-18.

Rangeon, François. 1989. « Réflexions sur l'effectivité du droit ». Dans Danièle Lochak, dir., *Les usages sociaux du droit*. Amiens : Centre Universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, PAGES.

Ris, Catherine. 2013. « Les inégalités dans l'accès à l'emploi ». *Économie et statistiques* 464, 465, 466 : 59-72.

Rodriguez, Daniel. 2012. « Du statut à l'identité ». Dans Jean-Yves Faberon et Thierry Mennesson, dir., *Peuple premier et cohésion sociale en Nouvelle-Calédonie, Identités et Rééquilibrages* (actes du colloque tenu à Nouméa les 30 et 31 aout 2012). Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 63-76.

Rouland, Norbert. 1988. *Anthropologie juridique*. Paris : Presses Universitaires de France.

Savidan, Patrick. 2009. *Le multiculturalisme*. Paris : Presses Universitaires de France, Collection Que sais-je ?.

Sénat Coutumier. *Les actes coutumiers*. En ligne : <http://www.senat-coutumier.nc/2013-08-16-02-18-37/les-actes-coutumiers> (page consultée le 22 février 2017)

Siroën, Jean-Marc 2006. « L'État-nation survivra-t-il à la mondialisation ? » Dans Pierre Berthaud, dir., *La question politique en économie internationale*. Paris : La Découverte, 1-16.

Spanou, Calliope. 1989. « Le droit instrument de la contestation sociale ? Les nouveaux mouvements sociaux face au droit ». Dans Danièle Lochak, dir., *Les usages sociaux du droit*. Amiens : Centre Universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie : 32-43.

St-Louis, Jean-Charles. 2014. « État (-nation), citoyenneté et contingence : éléments pour une problématisation de la hiérarchisation des appartenances au monde ». *Politique et Sociétés* 33 (n° 2) : 89-108.

Taylor, Charles. 1998. « Nationalism and modernity ». Dans John A. Hall, dir., *The state of the Nation*. Cambridge : Cambridge University Press, 191-218.

Tamanaha, Brian Z. 2008. « Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global ». *Sydney Law Review* 30 : 375-411.

Terrier, Christiane. 2010. *Histoire de la Nouvelle-Calédonie*. Paris : Maison de la Nouvelle-Calédonie.

Trépied, Benoit. 2010. « Roch Pidjot, un grand Kanak en politique ». *Revue juridique, politique et économique* 16 : 56-65.

United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation. 2001. *Déclaration Universelle sur la Diversité Culturelle*. En ligne. <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127162f.pdf> (page consultée le 5 décembre 2014).

United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation. « État-nation ». En ligne. <http://www.unesco.org/new/fr/social-and-human-sciences/themes/international-migration/glossary/nation-state/> (page consultée le 13 février 2016).

United Nations General Assembly. Resolution 2625. En ligne. <http://undocuments.net/a25r2625.htm> (page consultée le 20 janvier 2017)

Vanderlinden, Jacques. 2013. *Les Pluralismes Juridiques*. Bruxelles : Bruylant.

Verdier, Raymond. 1998. « En deca et au-delà de la modernité juridique ». Dans Andrée Lajoie, Roderick A. Macdonald, Richard Janda et Guy Rocher, dir., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*. Montréal : Les Éditions Thémis, 45-56.

Waltz, Kenneth, 1979. *Theory of international relations*. New-York : McGraw-Hill.

Wamytan, Léon. 2012. « L'identité kanak dans la jurisprudence du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie ». Dans Jean-Yves Faberon et Thierry Mennesson, dir., *Peuple premier et cohésion sociale en Nouvelle-Calédonie, Identités et Rééquilibrages* (actes du colloque tenu à Nouméa les 30 et 31 août 2012). Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 131-41.

Wierviorka, Michel. 1998. « Le multiculturalisme est-il la réponse ? ». *Cahiers Internationaux de Sociologie* 105 (juillet-décembre) : 233-60.

**ANNEXE 1**



